



Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb)

Rapport explicatif

14 juin 2013

Table des matières

1	Contexte et nouvelle disposition constitutionnelle	5
2	Conception, structure et grandes lignes de l'ordonnance	6
2.1	Conception	6
2.2	Structure et grandes lignes	7
3	Commentaire des dispositions	8
3.1	Champ d'application (art. 1)	8
3.2	Assemblée générale (art. 2).....	10
3.3	Conseil d'administration (art. 3 à 6).....	10
3.3.1	Election et durée des fonctions	10
3.3.2	Attribution inaliénable	11
3.3.3	Délégation de la gestion.....	12
3.4	Comité de rémunération (art. 7)	12
3.5	Représentant indépendant (art. 8 à 11).....	13
3.5.1	Principe	13
3.5.2	Election et durée des fonctions	13
3.5.3	Octroi des pouvoirs et instructions.....	14
3.5.4	Tâches	14
3.6	Dispositions statutaires (art. 12).....	15
3.6.1	Dispositions nécessaires	15
3.6.2	Autres dispositions	16
3.7	Rapport de rémunération (art. 13 à 17).....	17
3.7.1	Etablissement, communication et publication	17
3.7.2	Transparence des indemnités	17
3.7.3	Vérification par l'organe de révision.....	18
3.8	Décisions de l'assemblée générale (art. 18 s.).....	19
3.8.1	Mécanisme d'approbation prévu par l'ordonnance	19
3.8.2	Deuxième proposition et assemblée générale extraordinaire	20
3.8.3	Règles statutaires	21
3.8.4	Montant complémentaire pour la direction.....	22
3.9	Indemnités interdites (art. 20 s.)	23

3.9.1	Indemnités interdites dans la société.....	23
3.9.2	Indemnités de départ	23
3.9.3	Indemnités anticipées, primes d'embauche.....	25
3.9.4	Provisions pour restructuration.....	25
3.9.5	Indemnités sans base statutaire (suffisante)	26
3.9.6	Indemnités interdites dans le groupe.....	26
3.10	Obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance (art. 22 s.).....	27
3.10.1	Remarque liminaire	27
3.10.2	Obligation de voter.....	27
3.10.3	Obligation de communiquer	29
3.11	Dispositions pénales (art. 24 et 25).....	30
3.11.1	Principe de la précision de la base légale.....	30
3.11.2	Echelon normatif	31
3.11.3	Principes de l'interprétation	31
3.11.4	Principe de proportionnalité.....	32
3.11.5	Peine encourue selon l'art. 95, al. 3, let. d, Cst.	32
3.11.6	Infraction poursuivie d'office ou sur plainte ?.....	33
3.11.7	Relation avec la partie générale du code pénal.....	35
3.11.8	Confiscation et restitution au lésé en rétablissement de ses droits.....	35
3.11.9	Punissabilité du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 24).....	35
3.11.10	Punissabilité dans le domaine des institutions de prévoyance.....	38
3.11.11	Les peines encourues selon les art. 24 et 25	38
3.12	Dispositions transitoires (art. 26 à 32).....	44
3.12.1	Droit applicable : en général.....	44
3.12.2	Adaptation des statuts et des règlements.....	44
3.12.3	Adaptation des contrats de travail conclus sous l'ancien droit	45
3.12.4	Election des membres du conseil d'administration et du comité de rémunération ..	45
3.12.5	Représentant indépendant	45

3.12.6	Approbations par l'assemblée générale	46
3.12.7	Obligation de voter et de déclarer des institutions de prévoyance	46
3.13	Entrée en vigueur (art. 33)	46
4	Conséquences économiques	47

1 Contexte et nouvelle disposition constitutionnelle

Le 3 mars 2013, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives»¹ à une large majorité². L'art. 95 de la Constitution (Cst.)³ relatif à l'activité économique lucrative privée a de ce fait été complété par un nouvel al. 3⁴:

¹ La Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.

² Elle veille à créer un espace économique suisse unique. Elle garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse.

³ En vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable, la loi oblige les sociétés anonymes suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger à respecter les principes suivants:

a. l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. Elle désigne chaque année le président du conseil d'administration et, un par un, les membres du conseil d'administration et les membres du comité de rémunération ainsi que le représentant indépendant. Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté. Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire;

b. les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni autre indemnité, aucune rémunération anticipée ni prime pour des achats ou des ventes d'entreprises, et ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe. La gestion de la société ne peut pas être déléguée à une personne morale;

c. les statuts règlent le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes de ces derniers, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction;

d. toute violation des dispositions prévues aux let. a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles.

L'art. 197 Cst., qui contient les dispositions transitoires de la Constitution fédérale, comporte désormais le ch. 10 suivant:

D'ici à l'entrée en vigueur des dispositions légales, le Conseil fédéral édictera, dans un délai d'une année après l'acceptation de l'art. 95, al. 3, par le peuple et les cantons, les dispositions d'exécution nécessaires.

Il faut donc que le Conseil fédéral édicte une ordonnance d'exécution de l'art. 95, al. 3, Cst. un an au plus tard après la votation populaire. L'Office fédéral de la justice a été chargé de

¹ Message du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF **2009** 265 (objet 08.080); Explications du Conseil fédéral concernant la votation populaire du 3 mars 2013.

² <http://www.admin.ch/ch/f/pore/va//20130303/index.html> (peuple: 68 % de oui; acceptée par tous les cantons).

³ RS **101**.

⁴ RO **2013** 1303.

planifier les travaux de mise en œuvre de telle sorte que cette ordonnance puisse déjà entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014⁵. Le DFJP concrétisera l'art. 95, al. 3, Cst. de manière aussi littérale que possible, tout en veillant à l'applicabilité des dispositions de l'ordonnance, à leur cohérence interne et à leur clarté.

Le contre-projet indirect du Parlement⁶ est devenu caduc en raison de l'acceptation de l'initiative par le peuple et les cantons. Il proposait des solutions plus flexibles et, de ce fait, il ne remplissait que partiellement les exigences de l'initiative, réalisées dans l'art. 95, al. 3, Cst.⁷.

Lors de sa séance du 25 avril 2013, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a décidé, par 22 voix contre 0 et une abstention, de proposer au Conseil national de renvoyer le projet de révision du droit de la société anonyme actuellement suspendu (projet 1 de l'objet 08.011) au Conseil fédéral, en priant ce dernier de le modifier compte tenu des nouvelles exigences constitutionnelles découlant de l'acceptation de l'initiative populaire. La commission tient à ce que ce remaniement soit effectué rapidement afin que l'art. 95, al. 3, Cst. puisse être transposé au plus vite dans une loi formelle⁸.

2 Conception, structure et grandes lignes de l'ordonnance

2.1 Conception

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) veut mettre en application l'ensemble des dispositions de l'art. 95, al. 3, Cst. par le biais d'une seule ordonnance, la nouvelle ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb). Celle-ci ne contient donc pas que des règles relevant du droit de la société anonyme, mais également des dispositions s'appliquant aux institutions de prévoyance et des dispositions pénales. L'avantage de cette approche est de confronter les destinataires à un seul acte normatif consolidé. De plus, lors de l'entrée en vigueur de la loi formelle adoptée par le Parlement, il ne faudra abroger qu'une seule ordonnance, au bénéfice de la clarté et de la sécurité du droit.

Une intervention directe dans le code des obligations (CO)⁹, la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹⁰ et le code pénal (CP)¹¹ a été sciemment écartée, ce qui permet de garantir le parallélisme quant à la forme

⁵ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 26 mars 2013.

⁶ Projet 1 de l'objet 10.443. Voir rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 octobre 2010: Initiative parlementaire. Contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», FF **2010** 7521; avis du Conseil fédéral du 17 novembre 2010 sur le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 octobre 2010: Initiative parlementaire. Contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives», FF **2010** 7589.

⁷ Voir communiqué de presse du Conseil fédéral du 18 décembre 2012.

⁸ Communiqué de presse de la CAJ-N du 26 mars 2013.

⁹ RS **220**.

¹⁰ RS **831.4**.

¹¹ RS **311**.

des actes et quant aux compétences. Le Conseil fédéral n'intervient ainsi pas formellement dans des lois fédérales qu'il incombe à l'Assemblée fédérale d'édicter (art. 163, al. 1, et 164, al. 1, Cst.).

2.2 Structure et grandes lignes

L'ordonnance s'articule autour des domaines du droit suivants:

- le droit de la société anonyme (sections 2 à 9),
- la prévoyance professionnelle (section 10) et
- le droit pénal (section 11).

Les normes qui relèvent du droit de la société anonyme sont subdivisées en plusieurs domaines, à savoir l'élection et les tâches des organes et des personnes visées par l'art. 95, al. 3, Cst. (sections 2 à 5), la réglementation et la transparence des rémunérations (sections 6 et 7) et l'admissibilité des rémunérations des organes (sections 8 et 9).

Dans les grandes lignes, l'ordonnance prévoit les règles suivantes:

- Section 1: Champ d'application
L'ordonnance s'applique aux sociétés anonymes ayant leur siège en Suisse et dont les actions sont cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger. Elle comporte également des normes qui s'appliquent aux institutions de prévoyance détenant des actions cotées en bourse.
- Section 2: Assemblée générale
L'assemblée générale a le droit intransmissible d'élire le président du conseil d'administration, les membres du comité de rémunération et le représentant indépendant. Elle doit en outre approuver toutes les rémunérations octroyées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif.
- Section 3: Conseil d'administration
Les membres du conseil d'administration sont élus pour un mandat (durée des fonctions) d'un an et ils peuvent être réélus. Le conseil d'administration conserve l'attribution intransmissible et inaliénable d'établir le rapport de rémunération. L'assemblée générale élit en outre le président du conseil d'administration.
- Section 4: Comité de rémunération
Les membres du comité de rémunération sont des membres du conseil d'administration et ils sont élus chaque année par l'assemblée générale. Les statuts déterminent les tâches et les compétences du comité de rémunération.
- Section 5: Représentant indépendant
La représentation des actionnaires par le depositaire ou par un membre des organes de la société est abolie. La seule représentation institutionnelle des droits de vote qui est

admise est celle du représentant indépendant, élu par l'assemblée générale. La société s'assure que les actionnaires peuvent conférer les pouvoirs et donner des instructions au représentant indépendant par la voie électronique.

- Section 6: Dispositions statutaires

Les statuts doivent contenir des dispositions sur les activités et les conditions d'engagement des organes, sur leur rémunération et sur le mécanisme d'approbation.

- Section 7: Rapport de rémunération

Le conseil d'administration établit annuellement un rapport de rémunération écrit, dans lequel il publie les rémunérations des membres des organes.

- Section 8: Approbations par l'assemblée générale

L'assemblée générale approuve les indemnités fixes des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif par anticipation et les indemnités variables a posteriori. Elle n'approuve pas les rémunérations individuelles des membres de ces organes mais uniquement le montant global des indemnités pour chaque organe. Les statuts peuvent prévoir un autre mécanisme d'approbation, à certaines conditions.

- Section 9: Indemnités interdites

Toute indemnité de départ, indemnité anticipée ou provision pour le transfert ou la reprise de la totalité ou d'une partie d'une entreprise est prohibée. Les indemnités rémunérant d'autres activités au sein du groupe sont autorisées pour autant qu'elles figurent dans le rapport de rémunération et qu'elles aient été approuvées par l'assemblée générale.

- Section 10: Obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance

Les institutions de prévoyance doivent exercer les droits de vote liés aux actions cotées en bourse qu'elles détiennent. Elles doivent voter dans l'intérêt de leurs assurés et les informer de la manière dont elles ont exercé leurs droits de vote.

- Section 11: Dispositions pénales

Les violations des dispositions impératives de l'ordonnance font l'objet de poursuites pénales.

- Section 12: Dispositions transitoires

L'ordonnance s'appliquera de manière échelonnée.

- Section 13: Entrée en vigueur

L'ordonnance doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2014.

3 Commentaire des dispositions

3.1 Champ d'application (art. 1)

L'art. 1, al. 1, définit le champ d'application de l'ordonnance contre les rémunérations abusives. Celle-ci vise directement ou indirectement les sociétés anonymes

- qui sont soumises au droit suisse de la société anonyme (art. 620 à 763 CO) et
- dont les actions sont cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger.

Conformément à la phrase introductive de l'art. 95, al. 3, Cst., l'ordonnance ne fait pas référence aux notions plus larges de société ouverte au public (art. 727, al. 1, ch. 1, CO) ou de titres de participation cotés en bourse (voir art. 958e, al. 1, ch. 2, et 963b, al. 1, ch. 1, CO), ces derniers incluant aussi les bons de participation et les bons de jouissance ainsi que «d'autres titres de participation». L'élément décisif est donc qu'une partie ou l'intégralité des actions nominatives ou au porteur de la société anonyme soient cotés en bourse en Suisse ou à l'étranger.

En Suisse, on entend par bourse toute organisation de commerce de valeurs mobilières qui vise l'échange simultané d'offres entre plusieurs négociants ainsi que la conclusion d'opérations (art. 2, let. b, de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses, LBVM¹²). Même si chaque Etat régule ses bourses de façon autonome, la définition suisse doit ici s'appliquer par analogie à la notion de bourse étrangère. Ainsi, seules les organisations réglementées et reconnues officiellement et qui correspondent à la définition de l'art. 2, let. b, LBVM justifient d'imposer à une société les obligations découlant de l'ordonnance¹³. En cas contraire, le législateur étranger, voire des organismes privés pourraient influencer directement sur le champ d'application matériel de l'ordonnance.

Selon l'art. 2, let. c, LBVM, on entend par cotation l'admission au négoce sur le marché principal ou sur le marché annexe. S'agissant de la notion de cotation en bourse, elle ne vise que la cotation effectuée à la demande de la société.

L'art. 1, al. 2, de l'ordonnance exprime le contenu implicite de l'art. 197, ch. 10, Cst., à savoir que les dispositions de l'ordonnance prévalent sur les dispositions contraires du CO. Cela concerne en particulier les points ci-après.

- Les rémunérations ne seront plus publiées dans l'annexe aux comptes annuels mais dans un rapport de rémunération (art. 13 à 17). Ce rapport remplacera les indications qui doivent figurer dans l'annexe au bilan conformément à l'art. 663b^{bis} CO.
- L'assemblée générale élira le président et les membres du conseil d'administration individuellement et pour une durée d'un an (art. 3 s.). Dispositions contraires du droit en vigueur: art. 710 et 712 CO.
- La représentation des actionnaires par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire sera interdite (art. 11). Dispositions contraires du droit en vigueur: art. 689c et 689d CO.
- L'assemblée générale élira le ou les représentants indépendants pour une durée d'un an (art. 8). Disposition contraire du droit en vigueur: art. 689c CO.

¹² RS 954.1.

¹³ Voir Basler Kommentar OR II, WATTER/MAIZAR, ad art. 727 n° 9; CHK-OERTLE/HÄNNI, ad art. 727-727a n° 16.

- La gestion ne pourra être déléguée qu'à des personnes physiques (art. 6). Disposition du droit en vigueur dont le libellé est moins contraignant: art. 716b, al. 1, CO.

De fait, les dispositions légales mentionnées qui sont contraires à l'art. 95, al. 3, Cst. et à l'ordonnance deviendront caduques pour les sociétés anonymes cotées en bourse pendant toute la durée de validité de l'ordonnance.

La priorité de l'ordonnance sur la LPP¹⁴ et sur le CP¹⁵ ne doit pas être précisée, car les dispositions concernant les institutions de prévoyance (art. 22 s.) ainsi que les dispositions pénales (art. 24 s.) n'ont aucune corrélation avec le droit en vigueur.

D'autres dispositions du droit de la société anonyme en vigueur sont complétées par l'ordonnance, comme l'art. 626, l'art. 627, l'art. 698, al. 2, et l'art. 716a, al. 1, CO.

Les parenthèses indiquées sous le titre de certains articles de l'ordonnance renvoient aux dispositions légales en lien direct avec la nouvelle disposition. La relation concrète entre la disposition de l'ordonnance et sa référence légale (abrogation de fait, modification ou complément de fait) n'est pas signalée explicitement dans le libellé de l'ordonnance et doit se déterminer selon la logique matérielle.

3.2 Assemblée générale (art. 2)

L'art. 2 énumère les droits intransmissibles conférés à l'assemblée générale par l'art. 95, al. 3, Cst., et par conséquent par l'ordonnance. Il s'agit des droits:

- d'élire le président du conseil d'administration et ses éventuels suppléants (art. 4);
- d'élire les membres du comité de rémunération (art. 7);
- d'élire le représentant indépendant (art. 8);
- d'approuver les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 18 s.).

Les autres droits intransmissibles de l'assemblée générale, en particulier le droit d'élire le conseil d'administration et le droit d'adopter et de modifier les statuts, découlent du droit de la société anonyme en vigueur (art. 698, al. 2, ch. 1 et 2, CO).

3.3 Conseil d'administration (art. 3 à 6)

3.3.1 Election et durée des fonctions

Selon le droit en vigueur, les membres du conseil d'administration sont élus pour trois ans, sauf disposition contraire des statuts. Mais la durée des fonctions ne peut excéder six ans (art. 710, al. 1, CO).

¹⁴ RS 831.4

¹⁵ RS 311

L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. exige que l'assemblée générale des sociétés anonymes cotées en bourse élise chaque année le président et, un par un, les membres du conseil d'administration. Cette volonté est transposée dans les art. 3 et 4. Les personnes concernées sont élues à chaque fois pour une durée qui s'étend jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante, et plus précisément jusqu'à la fin de cette assemblée générale. Sinon, il ne serait pas possible de garantir la continuité de la présidence du conseil d'administration.

Tant les membres du conseil d'administration (art. 3, al. 2, 2^e phrase) que le président (art. 4, al. 2, 2^e phrase) sont rééligibles.

L'assemblée générale peut désigner un ou plusieurs suppléants du président qui ont la faculté de le remplacer et de le représenter temporairement en cas d'absence ou d'empêchement¹⁶. Si le président du conseil d'administration démissionne ou décède, par exemple, cela permet d'éviter une vacance qui donnerait lieu à une carence dans l'organisation impérativement prescrite par la loi de la société (art. 731b et 941a CO)¹⁷.

Le droit de révocation de l'assemblée générale n'est pas touché (art. 705 CO), mais il est précisé en ce qui concerne le président du conseil d'administration (art. 4, al. 3) : l'assemblée générale peut révoquer le président du conseil d'administration, ou d'éventuels suppléants, à tout moment et avec effet immédiat, tout en les maintenant dans leur fonction de membre du conseil d'administration.

3.3.2 Attribution inaliénable

Jusqu'à présent, le conseil d'administration avait pour attribution inaliénable d'intégrer dans l'annexe aux comptes annuels les indications supplémentaires concernant les indemnités versées au conseil d'administration, à la direction et au conseil consultatif (art. 663b^{bis} en relation avec l'art. 716a, al. 1, ch. 6, CO).

Désormais, ces informations ne devront plus être publiées dans l'annexe aux comptes annuels mais dans un rapport de rémunération distinct (art. 13 ss.). Conformément aux règles de compétences actuelles, l'art. 5 prescrit donc que l'établissement de ce rapport est une attribution inaliénable du conseil d'administration. Bien entendu, il pourra – comme pour le rapport de gestion (art. 716a, al. 1, ch. 6, CO) – faire appel à des personnes qui ne font pas partie du conseil d'administration pour l'aider à établir le rapport de rémunération.

¹⁶ Voir IVO W. HUNGERBÜHLER, *Der Verwaltungsratspräsident*, Zurich 2003, p. 214 s.; ROLAND MÜLLER/PHILIPP THALMANN, *Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat*, REPRAX 2/2011, p. 14.

¹⁷ Message du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2002** 2949, 3028. Voir LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, *Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche- und zivilprozessuale Aspekte*, REPRAX 1/2012, p. 7 s.

3.3.3 Délégation de la gestion

L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. interdit que la gestion de la société soit déléguée à une personne morale.

C'est pourquoi l'art. 6 règle la délégation de la gestion à des personnes physiques. D'ailleurs l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC)¹⁸ interdit déjà que les personnes morales, entre autres, soient inscrites au registre du commerce en tant que membre d'un organe de direction ou d'administration ou en tant que personne habilitée à représenter l'entité juridique (art. 120 ORC).

3.4 Comité de rémunération (art. 7)

L'assemblée générale élit les membres du comité de rémunération jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante. Chaque membre est élu individuellement et une réélection est possible (art. 7, al. 1 et 3).

Conformément à l'art. 7, al. 2, l'assemblée générale peut uniquement élire des membres du conseil d'administration au sein du comité de rémunération. L'ordonnance ne précise pas les exigences que doivent remplir les membres du comité de rémunération, mais selon la recommandation du «Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise», tous les membres du comité de rémunération doivent être indépendants¹⁹. Cela permet d'éviter un éventuel conflit d'intérêts lors de la fixation des indemnités et de renforcer la gouvernance interne ainsi que la crédibilité du comité à l'égard des actionnaires.

Les membres du comité de rémunération auront exactement les mêmes droits qu'en leur qualité de membres du conseil d'administration, par exemple le droit aux renseignements et à la consultation (art. 715a CO). Dans la mesure où cela est nécessaire à l'accomplissement de ses tâches, chaque membre du conseil de rémunération pourra demander la production de livres (par ex. documents comptables) ou de dossiers (par ex. contrats de travail).

Les tâches et les compétences du comité de rémunération devront être inscrites dans les statuts (art. 7, al. 4, en relation avec l'art. 12, al. 1, ch. 3). La société sera donc fondamentalement libre dans la conception du comité de rémunération. Les statuts pourront par exemple prévoir que le comité de rémunération a une pleine compétence de décision, une compétence de décision sous réserve d'approbation de l'ensemble du conseil d'administration, ou encore une simple compétence de proposition²⁰. L'ordonnance garantit

¹⁸ RS 221 411. Voir CHRISTIAN CHAMPEAUX, SHK-HRegV, ad art. 120 n° 5.

¹⁹ Voir Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, economiesuisse, Zurich 2007, annexe 1, ch. 2.

²⁰ Voir Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, economiesuisse, Zurich 2007, annexe 1, ch. 1. Il est aussi possible de combiner ces modèles entre eux: par exemple le comité de rémunération propose au conseil d'administration le montant de l'indemnité du président du conseil d'administration et du président de la direction, mais fixe lui-même les rémunérations des autres membres du conseil d'administration et de la direction.

ainsi le droit de codécision des actionnaires tout en permettant la mise en place de solutions flexibles, adaptées à chaque situation.

3.5 Représentant indépendant (art. 8 à 11)

3.5.1 Principe

La représentation institutionnelle des actionnaires est une forme particulière de représentation prévue par la loi, qui est conçue spécifiquement pour garantir la représentation d'un grand nombre d'actionnaires lors des assemblées générales des sociétés anonymes. Le droit en vigueur (art. 689c s. CO) prévoit trois formes de représentation institutionnelle: par un membre des organes, par un représentant indépendant ou par le dépositaire.

L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. interdit désormais expressément la représentation par un membre d'un organe ou par un dépositaire et exige que le représentant indépendant soit élu chaque année par l'assemblée générale. Cela fait donc trois conditions à remplir: premièrement, les sociétés anonymes cotées en bourse doivent obligatoirement proposer un représentant indépendant à leurs actionnaires; deuxièmement, ce représentant indépendant doit être élu annuellement par l'assemblée générale; et troisièmement, les autres formes de représentation institutionnelle, comme la représentation par un membre d'un organe ou par un dépositaire, sont explicitement bannies.

Les art. 8 ss. posent donc de nouvelles règles pour la représentation institutionnelle dans les sociétés anonymes cotées en bourse, en précisant qu'une seule forme sera désormais admise: le représentant indépendant.

La représentation volontaire au sens de l'art. 689, al. 2, CO reste bien entendu possible.

3.5.2 Election et durée des fonctions

L'élection du représentant indépendant est un droit intransmissible de l'assemblée générale (art. 2, ch. 3). Celle-ci peut élire un ou plusieurs représentants indépendants, de façon à prévenir une éventuelle vacance. La représentation des actionnaires par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire, au sens des art. 689c et 689d CO, est explicitement interdite (art. 11).

En principe, l'élection intervient lors de l'assemblée générale ordinaire et le mandat dure jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante (art. 8, al. 1 et 3). L'assemblée générale n'élit donc pas le représentant indépendant uniquement en vue de la prochaine assemblée générale ordinaire, mais de toute assemblée générale extraordinaire qui serait convoquée entre le moment de son élection et l'assemblée générale ordinaire suivante. Une réélection est bien entendu possible (art. 8, al. 3, 2^e phrase).

Selon l'art. 8, al. 2, les personnes physiques et morales ainsi que les sociétés de personnes sont éligibles, mais elles doivent être indépendantes de la société. L'indépendance du représentant sera appréciée à l'aune des critères qui sont valables pour l'organe de révision dans le cadre du contrôle ordinaire (art. 728 CO).

A l'instar de l'organe de révision (voir art. 730a, al. 4, CO), le représentant indépendant peut être révoqué en tout temps et avec effet immédiat par l'assemblée générale (art. 8, al. 4).

3.5.3 Octroi des pouvoirs et instructions

Le conseil d'administration doit s'assurer que les actionnaires ont la possibilité de donner des instructions pour toutes les propositions. Les actionnaires doivent donc pouvoir donner des instructions individuelles pour chaque proposition mentionnée dans la convocation et relative à un objet porté à l'ordre du jour (art. 9, al. 1). Mais ils doivent aussi pouvoir donner des instructions générales sur les propositions non annoncées et sur les nouveaux objets au sens de l'art. 700, al. 3, CO (art. 9, al. 2). Cette condition peut par exemple être remplie en ajoutant au formulaire des rubriques «propositions non annoncées» et «nouveaux objets portés à l'ordre du jour» avec les options «accepter», «refuser», «s'abstenir» ou «voter comme le conseil d'administration».

L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. exige que les actionnaires puissent voter à distance par voie électronique. La norme constitutionnelle ne vise toutefois que le vote indirect, soit la possibilité pour les actionnaires de conférer les pouvoirs et de donner des instructions au représentant indépendant par la voie électronique. Les sociétés ne doivent donc pas obligatoirement permettre une participation directe des actionnaires à l'assemblée générale par la voie électronique, mais elles le peuvent, en se fondant sur l'art. 95, al. 3, Cst.

Selon l'art. 9, al. 3, le conseil d'administration doit prendre les mesures nécessaires afin que les actionnaires puissent conférer les pouvoirs et donner les instructions au représentant indépendant par la voie électronique. Les sociétés sont totalement libres quant aux systèmes d'identification et de communication électroniques qu'elles mettent en place, tant que ceux-ci ne limitent pas les droits des actionnaires. Il s'ensuit que la société peut aussi déterminer jusqu'à quand la transmission électronique des pouvoirs et des instructions doit être possible (les statuts pourraient par exemple prévoir que tel doit être le cas jusqu'à une heure avant le début de l'assemblée générale).

3.5.4 Tâches

Le représentant indépendant doit exercer les droits de vote qui lui ont été confiés conformément aux instructions données (art. 10, al. 1). Dans l'optique de la protection du rapport de confiance entre les actionnaires et le représentant indépendant, il paraît judicieux

que les actionnaires envoient leurs pouvoirs et leurs instructions directement au représentant, sans devoir préalablement les transmettre à la société.

Afin que la volonté réelle des actionnaires soit exprimée au plus près de la vérité dans le cadre du processus de formation des décisions de la société, l'art. 10, al. 2, prévoit que le représentant indépendant s'abstient lorsqu'il n'a reçu aucune instruction. Conformément aux règles générales de majorité fixées à l'art. 703 CO, les abstentions ont l'effet d'une voix contre.

3.6 Dispositions statutaires (art. 12)

3.6.1 Dispositions nécessaires

En sus des dispositions prévues à l'art. 626 CO, les statuts devront impérativement contenir des dispositions dans trois nouveaux domaines (art. 12, al. 1).

L'art. 95, al. 3, let. c, Cst. exige que les statuts réglementent «le nombre de mandats externes» des membres des organes. C'est pourquoi l'art. 12, al. 1, ch. 1, de l'ordonnance exige que les statuts contiennent une disposition sur le nombre de fonctions admises, occupées par les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, dans des organes supérieurs de direction ou d'administration d'entités juridiques qui ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce et qui ne sont pas contrôlées par la société, ou qui ne contrôlent pas cette dernière. La notion d'entité juridique renvoie ici à la définition donnée à l'art. 2, let. a, ORC²¹.

La notion de contrôle d'une entité juridique est reprise du droit comptable (art. 963, al. 1 et 2, CO)²².

Le respect de la limite fixée dans les statuts pour le nombre de fonctions supplémentaires ne signifie cependant pas que l'exercice en soi d'une telle fonction est admissible. L'on peut ainsi imaginer que l'acceptation de trois mandats d'administrateur en dehors du groupe soit conforme aux statuts (si les statuts fixent la limite à cinq fonctions supplémentaires par ex.), mais qu'en raison de la charge supplémentaire qu'ils représentent, cela ne soit pas compatible avec le devoir général de diligence prévu à l'art. 717, al. 1, CO.

En vertu de l'art. 12, al. 1, ch. 2, les statuts devront également contenir des dispositions sur la durée des contrats de travail des membres de la direction. Cette disposition nécessaire des statuts a pour but d'empêcher les sociétés de se soustraire à l'interdiction de verser des indemnités de départ. L'art. 95, al. 3, let. c, Cst. n'exige certes pas explicitement une disposition statutaire sur les délais de congé, mais en vertu de son devoir général de

²¹ Voir NICHOLAS TURIN, SHK-HRegV, ad art. 2 n° 3.

²² Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1543.

diligence, le conseil d'administration devra veiller à ce que la règle sur la durée maximale des contrats de travail inscrite dans les statuts ne soit pas vidée de son sens par des délais de congé excessifs. Conformément au but de cette réglementation – la transparence sur l'engagement maximal fondé sur les contrats de travail –, les dispositions statutaires ne devront pas décrire de manière trop générale ou irréaliste la durée des contrats de travail (obligation d'appliquer le droit sans biaiser l'esprit de la loi).

Enfin, les statuts doivent aussi définir les tâches et les compétences du comité de rémunération (art. 12, al. 1, ch. 3, en relation avec l'art. 7, al. 4).

3.6.2 Autres dispositions

En plus de celles énumérées à l'art. 627 CO, les dispositions suivantes prévues à l'art. 12, al. 2, ne seront valables qu'à condition de figurer dans les statuts:

- le montant des prêts, des crédits et des rentes octroyés aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 12, al. 2, ch. 1; art. 15, al. 1 et 2);
- les principes de l'octroi de rémunérations liées à la prestation aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 12, al. 2, ch. 2; art. 14, al. 2, ch. 1; art. 18, al. 1, ch. 2, 4 et 6);
- les principes de l'octroi de titres de participation, droits de conversion et droits d'option aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 12, al. 2, ch. 3; art. 14, al. 2, ch. 4);
- la faculté de déléguer la gestion à un ou plusieurs membres du conseil d'administration ou à d'autres personnes physiques (art. 12, al. 2, ch. 4; art. 6);
- le montant complémentaire destiné à assurer la rémunération de membres de la direction nommés après l'approbation de l'indemnité fixe (art. 12, al. 2, ch. 5; art. 19);
- la dérogation aux dispositions légales concernant l'approbation des rémunérations selon l'art. 18, al. 3 (art. 12, al. 2, ch. 6).

Le terme «principes» (art. 12, al. 2, ch. 2 et 3) est utilisé afin qu'il soit clair que les statuts ne doivent pas contenir une réglementation détaillée dans le domaine visé. Les actionnaires auront toutefois la possibilité de définir les conditions et fondements essentiels, et de fixer ainsi le cadre de la réglementation.

Si les statuts ne contiennent par exemple aucune disposition sur les principes régissant les rémunérations liées à la prestation ou sur l'attribution de titres de participation, droits de conversion et droits d'option aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, ce type d'indemnités est interdit (art. 20, ch. 4 et 5). Et si de telles indemnités étaient malgré tout octroyées, la société disposerait d'une créance exigible avec

effet immédiat envers les bénéficiaires²³. De plus, la responsabilité civile des organes serait probablement engagée si ces indemnités n'étaient pas restituées et s'il en découlait un préjudice pour la société.

3.7 Rapport de rémunération (art. 13 à 17)

3.7.1 Etablissement, communication et publication

Selon l'art. 13, al. 1, 1^{re} phrase, le conseil d'administration doit établir annuellement un rapport de rémunération écrit, dans lequel il présentera, à l'attention de l'assemblée générale, divers aspects des indemnités versées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, ainsi qu'aux proches.

Jusqu'à présent, ces informations ne faisaient pas l'objet d'un rapport distinct mais figuraient dans l'annexe au bilan²⁴ (art. 663*b^{bis}* CO). Désormais, les sociétés ne devront plus faire cet exercice de transparence à travers l'annexe au bilan mais dans un rapport de rémunération distinct, qui devra tout de même encore être vérifié par l'organe de révision (art. 17). Cette séparation a pour but d'éviter que l'assemblée générale n'approuve les rémunérations et lors de l'approbation des comptes annuels (art. 698, al. 2, ch. 4, CO) et lors de l'approbation des montants globaux des rémunérations (art. 18 s.). Cela permet aussi de prévenir des votes contradictoires. Ainsi l'ordonnance abroge-t-elle de fait l'art. 663*b^{bis}* CO (art. 13, al. 1, 2^e phrase).

Les art. 696 et 958e, al. 1, CO s'appliqueront par analogie à la communication et à la publication du rapport de rémunération (art. 13 à 16) ainsi qu'au rapport de l'organe de révision (art. 17). Cela correspond à la systématique du droit en vigueur et rien ne change donc pour les sociétés.

3.7.2 Transparence des indemnités

Les art. 14 à 16 décrivent de manière détaillée quelles informations concernant quelles personnes, organes ou proches doivent figurer dans le rapport de rémunération. Ces dispositions correspondent pour l'essentiel à l'art. 663*b^{bis}* CO. Quelques adaptations ont toutefois été nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'art. 95, al. 3, Cst.:

- Les indemnités de départ, qui sont interdites en vertu de l'art. 20, ch. 1, ont été supprimées (jusqu'à présent art. 663*b^{bis}*, al. 2, ch. 5, CO).
- La définition des indemnités selon l'art. 14, al. 2, ch. 3, inclut désormais les prestations de service. Cela ne constitue cependant pas une extension du champ matériel du rapport de

²³ Voir par analogie Basler Kommentar OR II, KURER/KURER, ad art. 680 n° 25 ss.

²⁴ Nouveau: annexe aux comptes annuels (art. 959c CO).

rémunération, puisque l'énumération actuelle n'est pas non plus exhaustive (voir la phrase introductive de l'art. 663b^{bis}, al. 2, CO).

- L'art. 15, al. 2, mentionne, outre les indemnités et les crédits, les prêts. Cela n'étend pas non plus le champ matériel du rapport de rémunération mais instaure une cohérence entre le premier et le deuxième alinéa²⁵.

En ce qui concerne l'art. 14, al. 2, ch. 7, il convient de souligner que les prestations issues d'avoirs soumis à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)²⁶ ne sont pas des indemnités au sens de l'art. 14, car elles ne proviennent pas de la société mais de l'institution de prévoyance – y compris celles versées aux membres du conseil d'administration. En revanche, les charges de la société imputables à des prestations de prévoyance ont la qualité d'indemnités (art. 14, al. 2, ch. 7).

Le contenu de l'art. 663b^{bis} CO est en outre subdivisé en trois dispositions afin d'en améliorer la lisibilité:

- L'art. 14 reprend les al. 1 et 2 de l'art. 663b^{bis}.
- L'art. 15 reprend les al. 3 et 4.
- L'art. 16 réunit dans une seule disposition sur les proches les al. 5, 1, ch. 5, et 3, ch. 3²⁷.

L'élément déterminant pour l'obligation de publier les indemnités dans le rapport de rémunération est – comme dans le droit actuel – le moment où celles-ci doivent être portées en compte. Le rapport de rémunération se réfère donc à l'exercice écoulé²⁸.

3.7.3 Vérification par l'organe de révision

Selon le droit actuel, les indemnités doivent être publiées dans l'annexe au bilan (art. 663b^{bis} CO). Celle-ci faisant partie des comptes annuels en vertu de l'art. 958, al. 2, CO, l'organe de révision vérifie aussi que les indications concernant les indemnités sont conformes à la loi, aux statuts et au référentiel comptable choisi (art. 728a, al. 1, ch. 1 CO)²⁹.

Les art. 13 ss. ont pour effet de transférer les informations concernant les indemnités de l'annexe au bilan (dorénavant aux comptes annuels) dans le nouveau rapport de rémunération. Il faut donc adapter formellement les attributions de l'organe de révision quant à la vérification du rapport de rémunération. C'est la raison pour laquelle l'art. 17 prévoit que l'organe de révision doit vérifier si le rapport de révision est conforme aux dispositions

²⁵ Le message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF **2004** 4223, 4243, utilise les termes «crédits» et «prêts» comme des synonymes.

²⁶ RS **831.42**.

²⁷ Voir Information concernant la pratique 1/09 de l'Office fédéral du registre du commerce du 12 mars 2009, ch. 9, avec renvois.

²⁸ Tel était déjà le cas dans le message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF **2004** 4223, 4243.

²⁹ Voir Manuel suisse d'audit, Tome 1, Zurich 2009, p. 303 s.

légales, à l'ordonnance (art. 13 à 16) et aux statuts. Il fait rapport par écrit à l'assemblée générale sur le résultat de cette vérification.

Si les indications concernant les indemnités versées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif sont inexactes, l'organe de révision devra généralement en informer l'assemblée générale puisque cela constitue en principe une violation grave conformément à l'art. 728c, al. 2, ch. 1, CO. L'indication de données incomplètes ou erronées dans le rapport de rémunération biaise la formation de l'opinion de l'assemblée générale et porte ainsi atteinte au droit de codécision des actionnaires inscrit à l'art. 95, al. 3, Cst.³⁰.

3.8 Décisions de l'assemblée générale (art. 18 s.)

3.8.1 Mécanisme d'approbation prévu par l'ordonnance

L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. veut que «l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif».

Ces approbations sont des conditions *ex lege*, autrement dit qui découlent directement tant de la Constitution que de l'ordonnance. Ainsi ne doivent-elles par exemple pas être mentionnées explicitement dans un contrat de travail pour déployer leurs effets juridiques.

L'ordonnance transpose les exigences impératives de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. comme suit:

- selon l'art. 18, al. 1, ch. 1, 3 et 5, l'assemblée générale doit approuver le montant global des indemnités fixes du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif pour la période allant jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante;
- selon l'art. 18, al. 1, ch. 2, 4 et 6, elle doit en outre approuver le montant global des indemnités variables des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif pour l'exercice annuel écoulé.

Le conseil d'administration doit ainsi soumettre six propositions motivées à l'assemblée générale, qui les approuve ou les refuse.

Les indemnités variables comportent des éléments qui dépendent de la performance individuelle et des résultats de l'entreprise. Il ne s'agit cependant pas d'une utilisation du bénéfice au sens de l'art. 677 CO et de fait, elles figurent déjà dans les comptes de charges et de provisions des comptes annuels soumis au contrôle ordinaire.

Lorsqu'il existe un rapport de travail, les indemnités variables doivent être qualifiées de gratifications au sens de l'art. 322d CO et elles ne fondent donc pas un droit. Etant donné qu'elles doivent toujours être approuvées par l'assemblée générale, elles ne pourront pas, au

³⁰ Voir Basler Kommentar OR II, WATTER/MAIZAR, ad art. 728c n° 22.

fil du temps, finir par fonder un droit pour les membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif.

Conformément à l'art. 18, les décisions d'approbation de l'assemblée générale portent sur deux périodes différentes:

- L'indemnité fixe est approuvée à l'avance pour la période allant jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante (par ex. de l'assemblée générale ordinaire de mars X jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante en avril X+1). L'indemnité fixe génère une sécurité juridique pour la société et pour ses organes, dans la mesure où les montants globaux sont définitifs pour le conseil d'administration, la direction et le conseil consultatif.
- L'indemnité variable est approuvée rétrospectivement pour l'exercice annuel écoulé (par ex. lors de l'assemblée générale de mars X pour l'exercice allant du 1^{er} janvier au 31 décembre X-1). Elle dépend en grande partie de critères qui ne sont fixés définitivement qu'après la clôture des comptes annuels ou l'établissement du rapport de gestion.

L'approbation des indemnités doit se faire séparément pour chacun des trois organes. Elle porte cependant toujours sur le montant global des indemnités fixes et variables, respectivement. Cela permet d'éviter des actions punitives et polémiques dirigées contre certains membres. Le rapport de rémunération montre toutefois quel montant a été versé à chacun des membres du conseil d'administration (art. 15, al. 2, ch. 1) et du conseil consultatif (art. 15, al. 2, ch. 3). Le membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée est également nommé dans le rapport de rémunération (art. 15, al. 2, ch. 2).

L'approbation de l'assemblée générale n'a fondamentalement aucun effet sur la responsabilité des membres du conseil d'administration et du comité de rémunération. S'il existe un lien de causalité adéquate entre une indemnité et le préjudice que celle-ci porte à la société, et que le membre du conseil d'administration ou du comité de rémunération a agi de manière fautive, cette personne doit répondre du dommage même si l'indemnité en cause a été approuvée par l'assemblée générale. L'approbation des indemnités par l'assemblée générale ne libère donc pas le conseil d'administration de son devoir de diligence dans le cadre de la fixation de la politique de rémunération de l'entreprise.

3.8.2 Deuxième proposition et assemblée générale extraordinaire

Lorsque l'assemblée générale refuse d'approuver un montant global, en vertu de l'art. 18, al. 2, le conseil d'administration pourra lui soumettre une nouvelle proposition lors de la même assemblée.

S'il ne soumet pas de nouvelle proposition ou si celle-ci est également refusée, il devra convoquer une nouvelle assemblée générale dans un délai de trois mois. Cette assemblée générale n'est pas une prolongation de la première mais une nouvelle assemblée générale à part entière. Toutes les exigences légales et statutaires doivent donc à nouveau être

satisfaites quant à la convocation et au déroulement de cette assemblée. Il se pourrait que le conseil d'administration soit amené à inscrire l'élection de nouveaux membres du conseil d'administration à l'ordre du jour de cette deuxième assemblée générale. Car si les propositions concernant les indemnités de la direction ou du conseil d'administration devaient à nouveau être rejetées par deux fois, il n'y aurait probablement aucune autre issue que de renouveler – au moins partiellement – le conseil d'administration. En vertu de son devoir de diligence (art. 717 CO), le conseil d'administration doit en effet prévenir toute carence dans l'organisation impérativement prescrite par la loi de la société (art. 731*b* et 941*a* CO).

3.8.3 Règles statutaires

L'assemblée générale peut adopter une règle statutaire dérogeant au mécanisme d'approbation de l'art. 18, al. 1, mais sans détourner de leur but les exigences posées par l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., en particulier en matière de droits des actionnaires. L'art. 18, al. 3, ch. 1 à 3, fixe donc les conditions impératives suivantes:

- Le mécanisme d'approbation doit être inscrit dans les statuts. En se fondant sur la description donnée dans les statuts, les actionnaires doivent pouvoir comprendre comment les indemnités octroyées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif sont approuvées (art. 18, al. 3, phrase introductive).
- Conformément au ch. 1, l'assemblée générale doit pouvoir voter annuellement sur les indemnités octroyées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. Une règle statutaire permettant par exemple d'approuver les indemnités pour une période de plusieurs années ne serait pas permise.
- Conformément au ch. 2, l'assemblée générale doit pouvoir voter séparément sur les montants globaux accordés aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. Un vote séparé pour les indemnités fixes et variables n'est pas exigé. On peut aussi imaginer qu'une indemnité fixe ne soit pas approuvée pour la période séparant deux assemblées générales ordinaires, mais pour l'exercice annuel à venir.
- Les votes à caractère consultatif portant par exemple sur le rapport de rémunération ou sur les indemnités octroyées aux membres de la direction sont interdits. Conformément au ch. 3, le vote de l'assemblée générale doit donc avoir un caractère contraignant, notamment pour le conseil d'administration. Les artifices statutaires ou contractuels ne satisfaisant pas à cette exigence devront être qualifiés de fraude à la loi.

L'art. 18, al. 3, n'autorise des dérogations qu'au mécanisme d'approbation prévu à l'al. 1, par exemple l'approbation d'un «budget» (séparé pour le conseil d'administration, la direction et le conseil consultatif) pour l'exercice suivant. Les autres dispositions de l'ordonnance demeurent intégralement applicables, par exemple l'obligation d'établir annuellement un rapport de rémunération contenant toutes les informations prescrites. Il va de soi que la

société peut se doter de règles plus strictes, en exigeant par exemple l'approbation individuelle des indemnités de tous les membres des organes.

Une règle statutaire conforme à l'art. 18, al. 3, n'empêche pas que la société recoure tout de même aux possibilités prévues à l'art. 18, al. 2, (deuxième proposition) et à l'art. 19 (montant complémentaire).

Le conseil d'administration répond de la pleine exécution des exigences fixées à l'art. 18, al. 3. Le prix à payer pour une plus grande flexibilité est donc un certain risque civil et pénal lié à la conception et à la mise en œuvre des mécanismes d'approbation statutaires.

3.8.4 Montant complémentaire pour la direction

La nomination des membres de la direction est une attribution inaliénable du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 4, CO). Cet acte – contrairement à l'élection des membres du conseil d'administration – ne doit pas intervenir dans le cadre d'une assemblée générale. L'approbation obligatoire, par l'assemblée générale, de l'indemnité fixe de la direction peut donc poser problème si le conseil d'administration nomme un ou plusieurs nouveaux membres de la direction entre deux assemblées générales ordinaires et que le montant global de l'indemnité fixe approuvé par l'assemblée générale ne suffit alors plus.

Obliger le conseil d'administration à convoquer une assemblée générale extraordinaire uniquement pour cette raison serait disproportionné pour une société cotée en bourse. Mais d'un autre côté, exclure complètement du mécanisme d'approbation cette partie de l'indemnité fixe excédant le montant approuvé par l'assemblée générale ne serait pas compatible avec les exigences impératives de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. L'art. 19 prévoit donc une solution de compromis.

Selon l'al. 1, les statuts pourront prévoir, pour l'éventualité où de nouveaux membres de la direction seraient nommés, un montant complémentaire permettant d'assurer leur rémunération, en plus du montant global de l'indemnité fixe de la direction qui a déjà été approuvé. Ce montant supplémentaire sera utilisé lorsque l'indemnité fixe approuvée pour la direction ne sera plus suffisante pour rémunérer correctement les nouveaux membres de la direction. La disposition des statuts devra prévoir un montant complémentaire concret ou au moins clairement calculable par les actionnaires.

Conformément à l'al. 2, l'assemblée générale n'aura pas à approuver le montant complémentaire a posteriori, puisqu'elle aura déjà pu intervenir et voter lors de l'adoption de la disposition statutaire (art. 12, al. 2, ch. 5).

3.9 Indemnités interdites (art. 20 s.)

3.9.1 Indemnités interdites dans la société

En vertu de l'art. 20, al. 1, ch. 1 à 5, il est interdit de verser les indemnités suivantes aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif:

- les indemnités de départ;
- les indemnités anticipées;
- les provisions pour le transfert ou la reprise de la totalité ou d'une partie d'une entreprise;
- les prêts, les crédits, les rentes et les rémunérations liées à la prestation, lorsqu'ils ne sont pas prévus par les statuts et
- les titres de participation, les droits de conversion et les droits d'option, lorsqu'ils ne sont pas prévus par les statuts.

En principe, le bénéficiaire d'une indemnité interdite pourra difficilement invoquer la bonne foi. L'interdiction des indemnités énumérées ci-dessus découle à la fois de l'art. 95, al. 3, let. b, Cst. et de l'ordonnance.

3.9.2 Indemnités de départ

Le versement d'indemnités de départ, notamment d'indemnités forfaitaires sans contrepartie, aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif est prohibé en vertu de l'art. 20, ch. 1. En précisant que «les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni autre indemnité», l'art. 95, al. 3, let. b, Cst. ne laisse la porte ouverte à aucune exception. Il exclut donc aussi le versement d'indemnités de départ aux hauts dirigeants de l'entreprise en cas de changement de contrôle de l'entreprise³¹. Le conseil d'administration devra appliquer l'interdiction totale des indemnités de départ en conséquence, notamment dans les contrats de travail avec les membres de la direction.

L'indemnité de départ étant déjà une notion juridique indéterminée, l'ordonnance évite volontairement de reprendre l'expression «autres indemnités» –notion encore plus imprécise et sujette à interprétation. Il est cependant clair, en relation avec l'art. 95, al. 3, let. b, Cst., que l'interdiction des indemnités de départ doit être interprétée de la manière la plus large possible.

Pour les membres du conseil d'administration, l'interdiction des indemnités de départ ne pose pas de réel problème puisqu'ils sont élus annuellement (art. 3, al. 1). L'indemnité fixe approuvée par l'assemblée générale (art. 18, al. 1, ch. 1) ou du moins une partie de celle-ci devrait être suffisante pour rémunérer une activité de quelques mois seulement. Le

³¹ Les indemnités de départ de ce type ne sont également admissibles que de façon restrictive dans le régime actuel du droit de la société anonyme et du droit boursier; voir BEAT BRECHBÜHL, Goldene Fallschirme oder silberne Brücken?, Ein Beitrag zu den Kontrollwechselklauseln, RSJ 100 (2004), N° 2, p. 34.

raisonnement est le même pour les membres du conseil consultatif, même si eux peuvent être élus pour une période de plus d'un an. D'ailleurs les conseils consultatifs sont plutôt rares dans la pratique.

Les membres de la direction ont généralement un contrat de travail de durée indéterminée, que le conseil d'administration peut résilier sous réserve des délais de congé ordinaires (art. 335a ss. CO). Souvent, il existe en outre un juste motif qui, selon les règles de la bonne foi, ne permet pas d'exiger du conseil d'administration qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 CO). Ici aussi, la mise en application de l'interdiction des indemnités de départ ne pose pas de problème majeur. De fait, l'indemnité fixe ou une partie de celle-ci couvre les prétentions financières du membre de la direction dont les rapports de travail ont été dénoncés par l'entreprise.

Les contrats de travail de durée déterminée, courant sur plusieurs années, qui sont conclus avec des membres de la direction – soit des contrats sans possibilité de résiliation dans les délais de congé ordinaires (art. 335a ss. CO) – paraissent problématiques au regard des exigences de l'art. 95, al. 3, Cst. et de l'ordonnance. Toutes les rémunérations accordées aux membres de la direction doivent être approuvées annuellement par l'assemblée générale. Compte tenu de cette exigence et en raison de l'interdiction explicite des indemnités de départ, ces contrats de travail pluriannuels de durée déterminée reviendraient de fait à introduire des indemnités de départ – même si elles ne sont pas désignées comme telles (art. 18, al. 1, CO)³².

La prolongation marquée des délais de congé ordinaires (art. 335b s. CO) paraît tout aussi problématique.

L'interdiction des indemnités de départ couvre aussi les indemnités à raison de longs rapports de travail visées à l'art. 339b ss. CO, dont l'importance pratique est pratiquement insignifiante. De plus, les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif d'une société cotée en bourse n'ont pas besoin de cette couverture financière.

Plusieurs voix ont également réclamé l'interdiction des clauses de non-concurrence imposées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif³³. Une interdiction généralisée irait toutefois trop loin et n'entrerait pas dans le champ de l'art. 95, al. 3, Cst. De plus, il peut être tout à fait justifié de convenir d'une clause de non-concurrence avec un membre de la direction qui détient par exemple des informations sensibles issues de la recherche et développement de l'entreprise. Le cas échéant, cela mérite aussi une indemnité pour prohibition de concurrence qui soit conforme aux conditions du marché. S'il apparaît toutefois – notamment sur la base de l'art. 18 CO – que cette

³² Voir HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, *Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei"?*, GesKR 1/2013, p. 27 s.

³³ Voir par exemple la motion 13.3202 VISCHER du 21 mars 2013. Mise en œuvre de l'initiative Minder.

indemnité pour prohibition de concurrence dissimule une indemnité de départ, elle doit être interdite en vertu de l'art. 95, al. 3, let. b, Cst. et de l'art. 20³⁴.

3.9.3 Indemnités anticipées, primes d'embauche

L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. et l'art. 20, ch. 2, de l'ordonnance interdisent les indemnités anticipées. Le but est d'éviter que des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ne reçoivent de (grosses) prestations financières ou en nature avant même d'avoir été actifs au sein de la société, d'y avoir assumé des responsabilités et d'avoir généré une plus-value.

Il convient d'établir une différence entre les indemnités anticipées et les primes d'embauche. Une prime d'embauche est une indemnité particulière dont le but est d'inciter un membre du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif à accepter un poste. La notion d'indemnité anticipée ne fait cependant pas référence à la nature de l'indemnité mais au moment où l'indemnité est versée. L'interdiction des indemnités anticipées a pour effet que la société ne peut verser les indemnités qu'après que le bénéficiaire a fourni une prestation. Cela correspond aussi à la pratique courante du droit du travail, selon laquelle, en vertu de l'art. 323, al. 1, CO, les travailleurs doivent fournir la prestation d'avance³⁵.

La base constitutionnelle fait défaut pour interdire les primes d'embauche (par ex. les indemnités couvrant les inconvénients effectifs subis par une personne du fait du changement de poste). Il appartiendra au Parlement, lorsqu'il débattera de la loi formelle transposant l'art. 95, al. 3, Cst., de décider s'il veut aussi interdire en tout ou en partie les primes d'embauche (primes de bienvenue, ponts d'or, etc.).

Les primes d'embauche devront aussi être indiquées dans le rapport de rémunération et être approuvées par l'assemblée générale.

3.9.4 Provisions pour restructuration

Selon l'art. 95, al. 3, let. b, Cst., les membres des organes ne reçoivent pas de «prime pour des achats ou des ventes d'entreprises». L'art. 20, ch. 3, de l'ordonnance concrétise cette exigence formulée de manière ouverte et non juridique de la manière suivante.

Les provisions versées aux membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif au titre du transfert ou de la reprise de la totalité ou d'une partie d'une entreprise sont interdites. La formulation est volontairement lâche afin de ne pas viser que les fusions, les scissions et les transferts de patrimoine au sens de la loi du 3 octobre 2003

³⁴ Voir LUKAS GLANZMANN, Die "Abzockerei-Initiative" und ihre Folgen, Eine Annäherung an Art. 95 Abs. 3 BV, GesKR Online 1/2013, p. 5 s.

³⁵ Voir MANFRED REHBINDER, Commentaire bernois, VI 2/2/1, Berne 1985, Art. 323 OR N 7; REMY WYLER, Droit du travail, 2^e édition, Berne 2008, p. 190.

sur la fusion³⁶, mais également les transactions assimilables à ces processus tels que les quasi-fusions et les fusions imparfaites³⁷.

La notion de provision est empruntée au droit du travail (art. 322b CO) et a pour but de souligner que les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ne peuvent être rémunérés spécifiquement pour une transaction. Il restera toutefois possible de tenir compte des prestations fournies dans le cadre de restructurations lors de la fixation de l'indemnité variable.

3.9.5 Indemnités sans base statutaire (suffisante)

Alors que l'interdiction des indemnités visées aux ch. 1 à 3 ne souffre aucune exception, les indemnités visées aux ch. 4 et 5 ne sont interdites que si elles ne sont pas conformes aux dispositions des statuts ou si la base statutaire fait défaut (art. 12, al. 2, ch. 1 à 3).

3.9.6 Indemnités interdites dans le groupe

L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. prévoit que les membres des organes «ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe».

L'esprit de cette disposition constitutionnelle n'est pas que les membres des organes ne doivent conclure strictement aucun contrat (par ex. mandats ou contrats de travail) avec d'autres sociétés du groupe. Cela compliquerait le contrôle et la conduite des groupes de sociétés de façon disproportionnée. L'art. 95, al. 3, let. b, Cst. a plutôt pour but d'éviter que la part de la rémunération des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif qui provient d'autres sociétés du groupe ne soit pas dévoilée ou que la même activité soit rémunérée plusieurs fois. De plus, si ces indemnités ne figurent pas dans le rapport de rémunération, elles échappent aussi à la compétence d'approbation de l'assemblée générale (art. 18 s.).

L'art. 21 prévoit donc la solution suivante: les indemnités rémunérant les activités des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif dans des entreprises qui sont contrôlées directement ou indirectement par la société ne sont admissibles qu'à de strictes conditions. Elles doivent être conformes à l'ordonnance et aux statuts et elles doivent être approuvées par l'assemblée générale de la société. L'obligation de publier ces indemnités dans le rapport de rémunération de la société découle a priori de la formulation de l'art. 14, al. 1 («versées [...] indirectement»).

Les notions de «contrôle» et d'«entreprise» sont reprises des nouvelles dispositions sur les comptes consolidés en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 (art. 963, al. 1 et 2, CO)³⁸.

³⁶ RS 221.31.

³⁷ Voir LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 2^e éd., Berne 2008, n° 60 ss.

Il est bien entendu interdit d'utiliser la porte entrouverte par les indemnités admissibles sous condition au sein du groupe, au sens de l'art. 21, pour verser des indemnités interdites en vertu de l'art. 20 aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif de la société (par ex. des indemnités de départ ou des provisions pour la reprise ou le transfert de la totalité ou d'une partie d'une entreprise).

3.10 Obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance (art. 22 s.)

3.10.1 Remarque liminaire

Les institutions de prévoyance suisses gèrent un patrimoine dépassant les 600 milliards de francs. Elles détiennent environ 10 % des actions cotées en Suisse. Ce sont donc de grands investisseurs institutionnels qui jouent un rôle important dans la perspective de l'exercice des droits des actionnaires. Pourtant, elles ont souvent un comportement passif et n'utilisent ni leurs droits de vote ni leurs autres droits sociaux.

L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. oblige les institutions de prévoyance à voter, à communiquer ce qu'elles ont voté, et à le faire dans l'intérêt de leurs assurés. Si l'organe suprême de l'institution n'exerce pas l'obligation de voter dans l'intérêt des assurés, il doit en répondre pénalement et/ou civilement. La décision de l'assemblée générale de la société ne pourra cependant pas être attaquée en justice en vertu des art. 706 s. CO pour ce seul motif.

3.10.2 Obligation de voter

Selon l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., «les caisses de pension [doivent voter] dans l'intérêt de leurs assurés». Aujourd'hui déjà, en vertu de l'art. 49a, al. 2, let. b, de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)³⁹ l'organe suprême a pour tâche de définir les règles applicables à l'exercice des droits d'actionnaire de l'institution de prévoyance.

Mais cette formulation ouverte doit être précisée quant à l'exercice du droit de vote, puisque la Constitution prévoit une obligation de voter. Une précision portant aussi sur les autres droits sociaux ne reposerait cependant sur aucune base constitutionnelle.

³⁸ Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1543 s. en relation avec 1515. Sur la définition non explicite de la notion d'entreprise dans la loi, voir: FLORIAN ZIHLER, Les comptes consolidés selon le futur droit comptable, L'Expert-comptable suisse 5/2012, p. 293.

³⁹ RS **831.441.1**.

En vertu de l'art. 22, al. 1, l'obligation de voter est applicable à toutes les institutions de prévoyance soumises à la LFLP⁴⁰ et elle vise toutes les actions de sociétés anonymes suisses cotées en bourse qui sont détenues par les institutions de prévoyance (art. 1, al. 1). Il s'ensuit pour ces institutions une obligation de requérir leur inscription dans le registre des actions des sociétés en question pour pouvoir ensuite exercer les droits de vote attachés aux actions.

L'obligation de voter s'étend à tous les points de l'ordre du jour qui sont soumis à l'assemblée générale (rapport de gestion, comptes annuels, décharge au conseil d'administration, utilisation du bénéfice, élection des membres du conseil d'administration, élection de l'organe de révision, vote sur les rémunérations, etc.).

L'institution de prévoyance n'est tenue de voter que pour les actions qu'elle détient directement, autrement dit lorsqu'elle est elle-même propriétaire du titre. Si elle détient par exemple des parts d'une fondation d'investissement ou d'un fonds de placement, elle n'est ni propriétaire des actions ni titulaire des droits de vote au sens de l'ordonnance.

Les art. 95, al. 3, let. a, Cst. et 22, al. 2, de l'ordonnance prévoient que les institutions de prévoyance «votent dans l'intérêt des assurés». Même dans des cas de figure relativement simples, il n'est pas possible de décrire le sens concret de cette disposition de manière générale et abstraite (par ex. dividende élevé ou autofinancement à long terme; décharge ou non au conseil d'administration; élection ou révocation de membres du conseil d'administration; exercice ou non du droit de souscription lors d'une augmentation de capital; remboursement des apports en capital ou financement durable de la société par des capitaux propres).

La situation juridique est donc encore plus complexe lorsque plusieurs niveaux d'intérêts entrent en jeu. Prenons l'exemple d'une institution de prévoyance qui détient des actions de la société Employeur SA. Cette dernière est rachetée par une société d'investissement. La transaction aurait certes un effet positif sur le cours des actions d'Employeur SA, et par conséquent sur la fortune de l'institution de prévoyance. Mais le rachat pourrait aussi conduire à des restructurations, puis à des licenciements, ce qui pourrait entraîner à son tour une liquidation partielle de l'institution de prévoyance ainsi que la distribution des fonds libres ou des découverts, en cas de sous-couverture. Dans de tels cas de figure, qui se jouent sur plusieurs niveaux, il n'est pas non plus possible de déterminer à l'avance, de façon générale et abstraite, quel est l'intérêt des assurés⁴¹.

Selon l'art. 22, al. 3, les institutions de prévoyance peuvent s'abstenir ou même renoncer à participer au vote, mais à condition que ce soit dans l'intérêt des assurés. Elles peuvent par exemple s'abstenir de voter sur les objets pour lesquels il n'existe aucun motif significatif

⁴⁰ RS 831.42

⁴¹ Au sujet de l'examen et de la pondération des intérêts, voir HANS-UELI VOGT/MANUEL BASCHUNG, *Wie weiter im Aktienrecht nach der Annahme der Volksinitiative "gegen die Abzockerei"?*, GesKR 1/2013, p. 25 s.

pour approuver ou pour refuser la proposition. Si les capacités de l'administration de l'institution sont limitées et que les raisons de cette limitation ne sont manifestement pas à chercher dans une organisation déficiente, il lui sera permis de fixer des priorités dans le traitement des convocations et des ordres du jour et pour la participation aux assemblées générales. Les priorités devront être fixées d'après des critères objectifs tels que la portée économique de l'objet dans l'optique de l'intérêt des assurés ou du poids financier des actions détenues par l'institution.

Conformément à l'art. 22, al. 4, et à la pratique actuelle, l'organe suprême de l'institution fixera dans un règlement les principes qui doivent guider l'institution dans la détermination de l'intérêt des assurés. L'art. 49a, al. 2, let. b, OPP⁴² sera applicable par analogie. Il faudra notamment veiller à ce que les bénéfices de l'entreprise soient répartis équitablement et judicieusement entre les actionnaires, de sorte que l'institution de prévoyance puisse utiliser ces liquidités en faveur des assurés et des bénéficiaires de rentes.

3.10.3 Obligation de communiquer

L'art. 95, al. 3, let. a, Cst. exige que «les caisses de pension [...] communiquent ce qu'elles ont voté». Cette obligation de déclarer est transposée à l'art. 23.

Etant donné que le droit de vote doit être exercé dans l'intérêt des assurés (art. 22), c'est à ces derniers que l'institution doit rendre des comptes sur sa manière de voter. L'art. 86b LPP⁴³ oblige déjà les institutions de prévoyance à donner certaines informations à leurs assurés.

L'information revêtira la forme d'un rapport synthétique qui sera publié une fois par an au moins, ce qui n'engendrera pas une charge disproportionnée pour les institutions de prévoyance. La publication peut se faire en même temps que le rapport annuel de l'institution, sur la page internet de cette dernière ou sous toute autre forme réputée appropriée. La publication dans l'annexe aux comptes annuels, qui est auditée par l'organe de révision, semble être une solution particulièrement indiquée, car elle offre des garanties de continuité en termes de lieu et de nature de la publication.

Les informations sur la manière dont l'institution a rempli son obligation de voter doivent être publiées au plus tard dans l'année civile qui suit l'assemblée générale (par ex. jusqu'à fin 2016 au plus tard pour l'assemblée générale qui s'est tenue en mai 2015).

Un compte rendu plus fréquent ou plus détaillé est autorisé. L'ordonnance ne fixe que des exigences minimales.

⁴² RS 831.411.1

⁴³ RS 831.4

3.11 Dispositions pénales (art. 24 et 25)

3.11.1 Principe de la précision de la base légale

Il faut d'abord examiner si la norme pénale inscrite à l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. est suffisamment précise pour être appliquée telle quelle par les autorités pénales (ministères publics, tribunaux pénaux). Si tel était le cas, il serait inutile de prévoir des dispositions d'exécution sur le plan pénal. Les autorités pénales pourraient se fonder sur l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. pour rendre leurs décisions. Dans le cas contraire, le Conseil fédéral devrait édicter les dispositions d'exécution au niveau de l'ordonnance, en se fondant sur l'art. 197, ch. 10, Cst.

Le principe de la précision de la base légale (art. 7, ch. 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950⁴⁴; art. 1 CP), émanation du principe de légalité (art. 5, al. 1, Cst.), veut que la définition de l'infraction et les suites juridiques d'une norme pénale, à quelque niveau que celle-ci se situe dans la hiérarchie des normes, soient suffisamment précises pour que chacun puisse régler sur elle son comportement⁴⁵. Le degré de précision requis dépend notamment de la complexité de la matière réglée et de la peine encourue⁴⁶.

L'art. 95, al. 3, let. d, Cst. réprime de manière assez floue des infractions notamment au droit des sociétés anonymes. Non seulement la définition des infractions, mais aussi les conséquences juridiques, sont indéterminées. D'abord, il y a un certain flottement sur qui entre dans le cercle des auteurs possibles. Par exemple, les caisses de pension doivent voter dans l'intérêt de leurs assurés et communiquer ce qu'elles ont voté (art. 95, al. 3, let. a). En cas de manquement, qui est punissable: la caisse de pension en tant que personne morale, ou les membres de ses organes, c'est-à-dire des personnes physiques ? Quant aux conséquences juridiques, il faut concrétiser le terme de « rémunération annuelle ». L'autre question qui se pose est de savoir si le terme de « peine pécuniaire » fait référence à l'instrument du code pénal (art. 34 CP) ou s'il s'agit, au sens plus large, d'une peine *de nature* pécuniaire (qui pourrait aussi être une amende).

En conclusion, l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. ne satisfait pas aux exigences du principe de la précision de la base légale. La référence au législateur, dans la phrase introductive de l'art. 95, al. 3, Cst.⁴⁷, vient renforcer l'idée que la norme n'est pas directement applicable. Le Conseil fédéral doit donc aussi édicter des dispositions d'exécution dans le domaine du droit pénal, en se fondant sur l'art. 197, ch. 10, Cst.⁴⁸.

⁴⁴ RS 0.101.

⁴⁵ Sur l'application directe de normes constitutionnelles, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_828/2011 du 12 octobre 2012, consid. 4.3.2.

⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_345/2011 du 17 novembre 2011, consid. 4.1.

⁴⁷ « En vue de protéger l'économie, [...] la loi oblige [...] à respecter les principes suivants. »

⁴⁸ S'il ne le faisait pas, l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. risquerait de rester lettre morte. Au cas où, faute de disposition d'exécution, un tribunal pénal rendait une décision en se fondant directement sur la Constitution et où le Tri-

3.11.2 Echelon normatif

Les infractions aux nouvelles dispositions sont passibles non seulement d'une peine pécuniaire mais aussi d'une peine privative de liberté de trois au plus. Une peine privative de liberté de trois ans au plus représente une grave atteinte à la liberté personnelle (art. 10, al. 2, Cst.). Or, selon l'art. 36, al. 1, Cst., toute restriction grave d'un droit fondamental doit être prévue par une loi au sens formel. D'autres sanctions telles que les amendes peuvent reposer sur une ordonnance dès lors que celle-ci se tient dans les limites de la Constitution et de la loi⁴⁹.

En l'occurrence, les actes punissables (dans leurs grandes lignes) et la peine encourue sont décrits par la Constitution et disposent d'une légitimité démocratique suffisante. De plus, l'art. 197, ch. 10, Cst. enjoint explicitement au Conseil fédéral d'édicter l'ordonnance de substitution nécessaire à l'exécution de l'art. 95, al. 3, Cst., ce qui confère également aux dispositions d'exécution une légitimité démocratique. La base juridique peut donc être considérée comme suffisante dans le cas présent.

3.11.3 Principes de l'interprétation

Pour interpréter une initiative populaire, on se fonde en principe sur son texte et non sur l'intention subjective de ses auteurs. On peut cependant tenir compte des motivations éventuelles de la volonté populaire et des opinions exprimées par le comité d'initiative⁵⁰. Même si les circonstances ayant mené au dépôt de l'initiative peuvent jouer un rôle dans l'interprétation, celle-ci doit avoir lieu selon les principes usuels⁵¹.

La particularité de l'interprétation constitutionnelle réside dans l'indétermination des normes. Les mandats législatifs découlant des normes de compétence, en général relativement imprécis dans leur formulation, reflètent souvent seulement un premier consensus sur la nécessité, le domaine et le but d'une tâche de l'Etat. Face à de telles normes, il s'agit souvent moins d'interprétation que de concrétisation.

De plus, tant que le constituant n'assigne pas lui-même expressément un ordre hiérarchique à l'intérieur de la Constitution, les normes constitutionnelles sont toutes de même valeur⁵². Lors de la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles, il est essentiel de te-

bunal fédéral, saisi d'un recours en matière pénale, parviendrait à la conclusion que la norme pénale constitutionnelle ne peut être directement invoquée, les autorités pénales cesseraient par la suite de l'appliquer.

⁴⁹ ATF 124 IV 23, consid. 1.

⁵⁰ La relation entre droit international et droit interne, rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, FF 2010 2067, ch. 8.7.1.2.

⁵¹ Voir ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER / HELEN KELLER, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 8^e éd. 2012, n° 130.

⁵² PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweiz. Eidgenossenschaft, 3^e éd. 2011, § 4 n° 13, § 9 n° 5; JÖRG PAUL MÜLLER, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter 01.03.2010, n° 7; voir aussi ATF 105 Ia 330 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 2C_828/2011 du 12 octobre 2012, consid. 4.2.1.

nir compte, outre des éléments généraux pertinents pour l'interprétation, de la « concordance pratique » (aussi appelée interprétation « harmonisante »⁵³). Ce principe requiert du législateur qu'il préserve un équilibre entre toutes les exigences découlant de la Constitution et qui s'appliquent en l'occurrence. Les normes constitutionnelles doivent donc être interprétées de manière à éviter autant que possible des antagonismes au sein même de la Constitution.

3.11.4 Principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité revêt une importance particulière dans l'interprétation des normes constitutionnelles. Il est cité à l'art. 5, al. 2, Cst. parmi les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit, et à l'art. 36, al. 3, Cst. comme une des conditions auxquelles doit satisfaire la restriction d'un droit fondamental. Le principe de la proportionnalité des actions de l'Etat est une des idées maîtresses de notre régime juridique. En droit pénal, il convient de lui porter une attention particulière au moment d'ordonner des mesures; dans le domaine des peines, il préside au principe « *pas de peine sans culpabilité* ».

En accord avec la doctrine, le Tribunal fédéral voit dans le principe de proportionnalité un principe de base qui est déterminant dans tous les domaines du droit public, donc qui domine tout le droit administratif et vaut tant pour l'application du droit que pour l'activité législative⁵⁴. La doctrine et la jurisprudence sont aussi unanimes quant à la fonction du principe de proportionnalité: celui-ci doit protéger les citoyens contre les interventions excessives de l'Etat⁵⁵. Comme ce principe régit l'ensemble de l'activité de l'Etat, il est aussi utilisé dans l'interprétation des normes constitutionnelles (dans le cadre de la concordance pratique).

3.11.5 Peine encourue selon l'art. 95, al. 3, let. d, Cst.

L'art. 95, al. 3, let. d, Cst., statue que « toute violation des dispositions prévues aux let. a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles ».

La peine maximale de trois ans de privation de liberté indique qu'il s'agit d'un délit (art. 10, al. 3, CP).

Il reste à déterminer si toutes les violations à régler dans l'ordonnance doivent être passibles de la même peine ou bien si le texte constitutionnel permet, par exemple, de punir certains actes d'une simple peine pécuniaire, ou encore d'en qualifier certains de contraventions et de les punir seulement d'une amende.

⁵³ RENE RHINOW / MARKUS SCHEFER, Schweiz. Verfassungsrecht, 2^e éd. 2009, n° 524, 529; YVO HANGARTNER, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), in: PJA 2011, p. 473. Arrêt du Tribunal fédéral 2C_828/2011 du 12 octobre 2012, consid. 4.2.2.

⁵⁴ ATF 96 I 234 consid. 5.

⁵⁵ ATF 102 la 243 consid. 5c. Voir aussi le message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution, FF 1997 I 133.

La question est importante pour la raison suivante: le principe de la proportionnalité (« pas de peine sans culpabilité », voir ch. 3.11.4) requiert que la peine encourue corresponde à la « valeur négative » de l'acte, en d'autres termes, qu'elle soit proportionnée à la gravité de l'acte⁵⁶. Les sanctions prévues doivent donc être échelonnées en fonction de l'importance de l'atteinte au bien juridique protégé et harmonisées avec les autres normes pénales⁵⁷.

Or, comme les comportements visés par l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. ne présentent pas tous le même degré d'iniquité, on est en droit de se demander s'il est conforme au principe de proportionnalité de prévoir une peine aussi lourde pour le non-respect, par une caisse de pension, de l'obligation de communiquer ce qu'elle a voté (art. 95, al. 3, let. a, Cst.) que pour l'obtention d'une indemnité interdite de plusieurs millions de francs par un membre d'un organe (art. 95, al. 3, let. b, Cst.). Il faudrait prévoir une sanction plus légère pour les infractions qui représentent un tort moindre.

Pour des raisons de proportionnalité, nous proposons donc des peines différentes aux art. 24 et 25. A l'art. 24, nous reprenons la peine décrite par la disposition constitutionnelle, mais nous proposons de prévoir à l'art. 25 une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus. La nouvelle norme constitutionnelle vise, comme l'indique le titre de l'initiative populaire, à empêcher le versement d'indemnités et autres rémunérations excessives dans les sociétés anonymes et à renforcer les droits des actionnaires. Le non-respect de ces exigences sera puni en application de l'art. 24, et donc lourdement sanctionné. Mais les infractions commises dans le domaine des institutions de prévoyance sont subjectivement moins graves, car elles ne peuvent pas enrichir leur auteur. Cela justifie une peine moins sévère. De plus, il faut noter que le maximum de « six rémunérations annuelles » n'a guère de sens dans ce contexte, car les membres de l'organe suprême de l'institution de prévoyance ne reçoivent parfois aucune rémunération pour cette activité; ils sont libérés par leur employeur pour l'exercer. La peine encourue à l'art. 25 correspond à celle que prévoit l'art. 76 LPP.

Pour la concrétisation des peines encourues, on trouvera plus de détails au ch. 3.11.11.

3.11.6 Infraction poursuivie d'office ou sur plainte ?

La norme constitutionnelle ne précise pas si l'infraction doit être poursuivie d'office ou seulement sur plainte.

En droit suisse, la plupart des infractions pénales sont poursuivies d'office, c'est-à-dire que l'autorité n'a pas besoin d'être saisie d'une plainte pour agir. Dans les autres cas, elle n'ouvre la poursuite pénale que si une personne habilitée a déclaré qu'elle voulait porter

⁵⁶ ATF 123 IV 29 consid. 4c.

⁵⁷ Voir aussi, à ce sujet, le rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur l'harmonisation des peines dans le code pénal, le code pénal militaire et le droit pénal accessoire, ch. 1.4, consultable à l'adresse: www.dfjp.admin.ch > Thèmes > Sécurité > Législation > Harmonisation des peines.

plainte.

Selon la doctrine dominante, le législateur peut décider de faire d'un acte une infraction poursuivie sur plainte pour les raisons suivantes: a) parce que son degré d'illicéité n'est pas très élevé; b) parce que la procédure pénale porte souvent atteinte à la sphère privée du lésé; c) parce que la poursuite pénale pourrait mettre à mal les liens personnels étroits qui existent entre l'auteur et la victime⁵⁸. La personne habilitée à porter plainte est en règle générale celle qui est directement lésée dans ses droits par l'acte punissable.

Le fait que les actes considérés ici touchent essentiellement les droits de participation et les intérêts pécuniaires des actionnaires (art. 24) ou le droit à l'information et les intérêts pécuniaires des personnes affiliées aux institutions de prévoyance (art. 25), soit, en somme, des intérêts individuels des actionnaires et des assurés, parle en faveur d'une poursuite sur plainte. Les principes du droit privé et de l'économie privée qui imprègnent le droit des sociétés anonymes vont aussi dans le même sens. Par contre, il n'est pas certain que les actionnaires et les assurés soient lésés directement dans leurs intérêts pécuniaires ni que les infractions touchent un intérêt protégé par la loi. Pour citer une situation similaire, en cas de gestion déloyale (art. 158 CP) au détriment d'une société anonyme, celle-ci peut déposer plainte, mais non ses actionnaires⁵⁹.

L'obligation de porter plainte recèle en outre un risque dans le cas présent: le plaignant et le prévenu peuvent conclure un arrangement, ce qui mène au classement de la procédure (art. 316 CPP). Si le prévenu dispose de ressources financières importantes, il peut acheter son impunité, ce qui ne saurait être le sens de la nouvelle disposition constitutionnelle. Certes, il est aussi possible, lorsque l'infraction est poursuivie d'office, qu'aucune peine ne soit infligée ou que la procédure soit classée, mais les conditions sont plus sévères.

Les infractions poursuivies d'office sont en règle générale des atteintes relativement graves aux biens juridiques protégés (lésions corporelles graves, viol, etc.). Celles qu'il s'agit de réprimer ici sont pour certaines d'un assez grand degré d'illicéité (par ex. le fait de verser une rémunération interdite de plusieurs millions de francs, art. 24, al. 1, ch. 2), et pour d'autres non (par ex. le fait d'empêcher les actionnaires de donner des pouvoirs ou des instructions électroniques au représentant indépendant, art. 24, al. 1, ch. 8). Pourtant, vu que l'art. 24 prévoit que la peine encourue comporte obligatoirement une peine privative de liberté et que celle-ci peut aller jusqu'à trois ans (voir ch. 3.11.5), on ne peut considérer aucune de ces infractions comme mineures. S'y ajoute le fait qu'il s'agit de protéger non seulement les intérêts des actionnaires et des assurés mais aussi, dans une certaine mesure, l'économie dans son ensemble⁶⁰. Il existe donc, pour une part de ces infractions, un intérêt public spécifique à la poursuite pénale, ce qui plaide en faveur de la poursuite d'office.

⁵⁸ CHRISTOF RIEDO, Basler Kommentar Strafrecht I, 2^e éd. 2007, remarques précédant l'art. 30, n° 9, avec d'autres références.

⁵⁹ M. A. NIGGLI, Basler Kommentar Strafrecht II, 2^e éd. 2007, ad art. 158, n° 151.

⁶⁰ Voir la phrase introductive de l'art. 95, al. 3, Cst.: « En vue de protéger l'économie, ... ».

Vu les considérations qui précèdent, il semble au total préférable de poursuivre d'office les actes punissables visés.

3.11.7 Relation avec la partie générale du code pénal

En vertu de l'art. 333, al. 1, CP, les dispositions de la partie générale du code pénal s'appliqueront à l'ordonnance proposée. A l'exception de l'art. 24, al. 2, qui statue une exception à l'art. 34, al. 2, 1^{re} phrase, CP (montant maximal du jour-amende), l'ordonnance ne contient pas de dispositions divergentes qui auraient la primauté. S'appliqueront donc notamment les règles générales relatives à la fixation de la peine, à la tentative, à la qualité d'auteur et à la participation à un délit propre (pour plus d'explications, voir ch. 3.11.9).

3.11.8 Confiscation et restitution au lésé en rétablissement de ses droits

Selon l'art. 70, al. 1, CP, le juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits. On notera que la restitution au lésé passe avant la confiscation⁶¹. Cela signifie que les valeurs patrimoniales soustraites sont directement reversées au lésé – si son identité est connue – sans qu'il soit nécessaire de les confisquer au préalable ni de les allouer au lésé conformément à l'art. 73 CP⁶². Le fait est d'importance dans le cas des actes visés par l'art. 24 (violation des dispositions sur les rémunérations). Comme l'identité du lésé est connue – c'est la société anonyme – la confiscation n'a pas lieu d'être. Les rémunérations versées à tort et séquestrées en vertu de l'art. 263 CPP pourront être reversées directement à la société.

3.11.9 Punissabilité des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 24)

Qualité d'auteur

Comme nous l'avons expliqué au ch. 3.11.1, toute norme pénale doit satisfaire au principe de précision. La phrase introductive de l'art. 24, al. 1, concrétise l'art. 95, al. 3, let. d, Cst. en désignant comme personnes punissables les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. La restriction du cercle des auteurs possibles à ces personnes se justifie par leur responsabilité dans la (haute) direction de la société⁶³ et par le pouvoir décisionnel (autonome) dont ils sont dotés – sauf les membres du conseil consultatif qui n'ont qu'une fonction de conseil.

⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_491/2012 du 18 avril 2013, consid. 5.3.

⁶² FLORIAN BAUMANN, Basler Kommentar Strafrecht I, 2^e éd. 2007, ad art. 70/71, n° 42.

⁶³ En tant que telles, elles peuvent avoir à répondre, sur le plan civil, du dommage causé par la société (art. 754 CO).

Il s'agit donc de délits propres, c'est-à-dire de délits qui ne peuvent être commis que par les personnes ayant en propre une qualité définie⁶⁴. Celles ne possédant pas cette qualité (réviseurs, avocats, fiduciaires, par ex.) ne peuvent être punissables qu'en tant qu'instigateurs (art. 24 CP) ou complices (art. 25 CP) ; elles n'échappent donc pas tout à fait à la norme pénale. Elles encourront la même peine que l'auteur, mais cette peine sera atténuée (art. 26 CP).

Comportement délictueux

Nous exposerons ici quels actes doivent être déclarés punissables, après concrétisation de l'art. 95, al. 3, let. a à c, Cst. Si le comportement à juger repose sur une *décision collective* (par ex. une décision du conseil d'administration de déléguer la gestion de la société à une personne morale), chaque membre sera jugé en fonction de son vote. En vertu du principe de l'imputation objective qui régit le droit pénal, seuls les membres qui ont approuvé la décision incriminée seront punissables⁶⁵.

Les ch. 1 et 2 de l'art. 24, al. 1, décrivent des violations de règles sur les rémunérations édictées par la société elle-même. Ce ne sont pas seulement ceux qui octroient la rémunération qui encourent une sanction, mais aussi celui qui la reçoit⁶⁶. Cette symétrie de la punissabilité se justifie par le fait qu'il existe souvent des cumuls de fonctions ou des concentrations d'intérêts parmi les membres des organes directeurs.

Selon l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif (voir art. 18 et 19). Si un de leurs membres ne se tient pas à ces prescriptions, par exemple en octroyant ou en recevant une rémunération sur laquelle l'assemblée générale n'a pas du tout pu voter ou qu'elle a refusée, il est punissable en vertu du *ch. 1*.

Le *ch. 2* sanctionne les membres des organes mentionnés qui reçoivent ou octroient une indemnité interdite telle qu'elle est définie à l'art. 20 ou 21 (cf. art. 95, al. 3, let. b et c, Cst.). Sont interdites dans tous les cas et sans exception: les indemnités de départ, les indemnités anticipées et les provisions pour le transfert ou la reprise de la totalité ou d'une partie d'une entreprise (art. 20, ch. 1 à 3). Certaines rémunérations (prêts, crédits, rentes, etc.) ne sont interdites que si elles ne sont pas prévues par les statuts, ou qu'elles y sont prévues mais qu'elles n'en respectent pas les prescriptions (art. 20, ch. 4 et 5). A des conditions déterminées, certaines indemnités octroyées ou reçues pour des activités supplémentaires au sein des groupes de sociétés sont interdites (art. 21).

⁶⁴ GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4^e éd. 2011, § 9 n° 5.

⁶⁵ Concernant la responsabilité pour des décisions collectives, voir: ANDREAS EICKER, Haftung für Dritte: Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Führungspersonen in Unternehmen nach dem revidierten Allgemeinen Teil des StGB, PJA 6/2010, p. 683 ss.

⁶⁶ Voir l'art. 95, al. 3, let. b, Cst.: « les membres des organes ne *reçoivent* ni ... ».

Selon l'art. 95, al. 3, let. c, Cst., les statuts doivent régler le nombre de mandats exercés par les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif hors des sociétés du groupe (art. 12, al. 1, ch. 1). Si l'un d'eux ne respecte pas cette limite, il est punissable selon l'art. 24, al. 1, *ch. 3*.

Est également interdit, aux termes de l'art. 95, al. 3, let. b, Cst., de déléguer la gestion de l'entreprise à une personne morale (art. 6). Outrepasser cette interdiction sera puni par le *ch. 4*.

La représentation des actionnaires par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire est interdite (art. 95, al. 3, let. a, Cst.). L'art. 11 de l'ordonnance précise que la représentation institutionnelle ne peut être assurée que par un représentant indépendant, élu, selon l'art. 8, al. 1, par l'assemblée générale. Si le conseil d'administration, par exemple, met en place une représentation par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire, ou s'il désigne un représentant indépendant mais qui n'a pas été élu par l'assemblée générale, ses membres tombent sous le coup du *ch. 5*.

Les *ch. 6 à 9* répriment les actes qui empêchent les actionnaires d'exercer leurs droits de participation dans le cadre de l'assemblée générale.

L'assemblée générale élit chaque année, un par un, les membres et le président du conseil d'administration, les membres du comité de rémunération et le représentant indépendant (art. 95, al. 3, let. a, Cst.; art. 2 à 4, 7 et 8 de l'ordonnance). Si le conseil d'administration y fait obstacle, par exemple en omettant de porter l'élection à l'ordre du jour (voir art. 700, al. 3, CO), le *ch. 6* s'appliquera.

Conformément à l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 18). Si elle en est empêchée, le *ch. 7* s'appliquera.

Le conseil d'administration doit veiller à ce que les actionnaires puissent conférer les pouvoirs au représentant indépendant et lui donner des instructions par la voie électronique (art. 95, al. 3, let. a, Cst.; art. 9 de l'ordonnance⁶⁷). Les en empêcher – par exemple en ne prenant pas les dispositions nécessaires – sera réprimé par le *ch. 8*.

Enfin, le *ch. 9* punit les membres du conseil d'administration ou de la direction qui empêchent l'assemblée générale, par exemple en ne mettant pas au vote les propositions nécessaires, d'arrêter les prescriptions statutaires requises par l'art. 12, al. 1, de l'ordonnance (art. 95, al. 3, let. c, Cst.).

Dol

Les infractions visées au *ch. 1 à 9* de l'art. 24, al. 1, ne seront punissables que si elles sont *intentionnelles*, c'est-à-dire commises avec conscience et volonté (art. 12, al. 2, CP). La né-

⁶⁷ Concernant l'octroi des pouvoirs ou d'instructions par la voie électronique, voir le commentaire de l'art. 9 (ch. 3.5.3).

gligence ne sera pas punissable (art. 12, al. 1, CP) ; ce ne serait pas conforme au principe de proportionnalité, vu le faible degré d'illicéité d'une partie des actes visés.

3.11.10 Punissabilité dans le domaine des institutions de prévoyance

Selon l'art. 95, al. 3, let. a, Cst., les caisses de pension devront voter dans l'intérêt de leurs assurés et communiquer ce qu'elles auront voté. Ces exigences sont précisées aux art. 22 et 23 de l'ordonnance. L'art. 25 désigne comme auteurs possibles d'une violation de ces dispositions les personnes chargées de la gestion et les membres de l'organe suprême (par ex. les membres du conseil de fondation) d'une institution de prévoyance soumise à la LFLP⁶⁸. Comme à l'art. 24, il s'agit de restreindre la qualité d'auteur aux personnes qui disposent d'un certain pouvoir décisionnel. Ici aussi, d'autres personnes qui n'ont pas cette qualité peuvent être punissables à titre d'instigateur ou de complice (voir ch. 3.11.9).

Les comportements punissables sont les violations des art. 22 et 23: le non-exercice du droit de vote (art. 22, al. 1), à moins que l'abstention ou la non-participation au vote ne réponde aux intérêts des assurés (art. 22, al. 3) ; le fait de voter à l'encontre de l'intérêt des assurés ou en dépit des critères fixés par le règlement (art. 22, al. 2 et 4) ; le fait de ne pas fixer dans un règlement les critères précisant l'intérêt des assurés (art. 22, al. 4). Est également punissable celui qui ne publie pas, dans un rapport annuel, la manière dont l'obligation de voter a été accomplie (art. 23). Ces actes seront passibles d'une peine s'ils ont été commis intentionnellement, mais non s'ils résultent d'une négligence.

3.11.11 Les peines encourues selon les art. 24 et 25

L'art. 95, al. 3, let. d, Cst., exige que les infractions aux let. a à c soient punies d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles.

Il convient d'abord de définir ce qu'il faut entendre par « peine pécuniaire » et par « rémunération annuelle », puis d'examiner comment cette peine s'insère dans le système actuel du CP. Comme nous l'avons exposé au ch. 3.11.5, nous proposons des peines différentes aux art. 24 et 25.

La notion de « peine pécuniaire »

Nous avons soulevé cette question plus haut: la norme constitutionnelle vise-t-elle une peine pécuniaire au sens de l'art. 34 CP, ou bien utilise-t-elle ce terme en un sens générique, simplement pour signifier que la peine privative de liberté doit absolument se doubler d'une sanction de nature financière, c'est-à-dire soit une peine pécuniaire au sens technique (art.

⁶⁸ RS 831.42

34 CP), soit une amende (art. 106 CP) ?

Il faut se rappeler que la peine pécuniaire au sens strict existe dans les faits depuis le 1^{er} janvier 2007, et que l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » a été lancée l'année précédente, en 2006⁶⁹. Le terme de « peine pécuniaire » n'est dès lors pas forcément à comprendre au sens technique.

On peut donc envisager deux manières d'interpréter la peine encourue.

Cumul d'une peine privative de liberté et d'une peine pécuniaire

Le cas de figure le plus fréquent dans le CP est une peine privative de liberté (avec ou sans limite maximale) *ou* une peine pécuniaire, mais quelques dispositions prévoient le *cumul obligatoire* de ces deux types de peine. C'est le cas par exemple de l'art. 135, al. 3 (représentation de la violence), de l'art. 182, al. 3 (traite d'êtres humains), de l'art. 197, ch. 4 (pornographie), de l'art. 226^{ter} (actes préparatoires punissables), de l'art. 229, al. 1 (violation des règles de l'art de construire) et de l'art. 305^{bis}, ch. 2 (blanchiment d'argent). A la différence de ce que prévoit l'art. 42, al. 4, CP, la peine pécuniaire est alors prononcée en sus de la peine privative de liberté même si cette dernière est ferme ou assortie d'un sursis partiel⁷⁰. Ceci étant, si les conditions sont réunies, le juge peut assortir ces sanctions (peine privative de liberté et peine pécuniaire) du sursis ou du sursis partiel, conformément aux art. 42 ss CP.

Avant toute explication sur le mécanisme de la peine pécuniaire, il faut préciser que le régime des sanctions est en cours de révision⁷¹. Le Conseil fédéral propose entre autres de supprimer la peine pécuniaire avec sursis et de faire passer le maximum de cette peine de 360 à 180 jours-amende. Toutefois, nous nous baserons ici sur le droit actuel.

La peine pécuniaire existe depuis le 1^{er} janvier 2007, date à laquelle elle a remplacé l'amende comme sanction financière dans le domaine des crimes et délits⁷².

La peine pécuniaire se calcule en *jours-amende* (art. 34 CP). Le juge procède en deux temps: il fixe le *nombre* de jours-amende, en fonction de la *culpabilité* de l'accusé. Sauf disposition contraire de la loi⁷³, la peine pécuniaire maximale est de 360 jours-amende (art. 34, al. 1, CP). Puis le juge détermine le *montant* du jour-amende en fonction de la *situation personnelle* et *économique* de l'auteur au moment du jugement. Le jour-amende ne

⁶⁹ Voir <http://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis348.html>.

⁷⁰ Voir BRIGITTE TAG / MAX HAURI (éd.), *Das revidierte StGB Allgemeiner Teil*, 2006, p. 85 s.

⁷¹ Pour l'avancement de cette révision, voir sous: www.djfp.admin.ch > Thèmes > Sécurité > Législation > Modification du régime des sanctions.

⁷² Voir le message du 21 septembre 1999 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, 1823.

⁷³ Par ex. l'art. 305^{bis}, ch. 2, CP (blanchiment d'argent), qui prévoit un maximum de 500 jours-amende.

peut excéder 3 000 francs (art. 34, al. 2, CP)⁷⁴. Le nombre et le montant des jours-amende sont indiqués dans le jugement (art. 34, al. 4, CP). La sanction effective résulte de la multiplication du nombre de jours-amende et du montant du jour-amende. Si le condamné ne paie pas la peine pécuniaire, il se voit infliger une peine privative de liberté de substitution, un jour-amende correspondant à un jour de privation de liberté (art. 36, al. 1, CP). La peine privative de liberté de substitution maximale est donc en règle générale d'un tout petit peu moins d'un an.

Cumul d'une peine privative de liberté et d'une amende

Depuis l'entrée en vigueur de la peine pécuniaire, l'amende est essentiellement une peine financière pour les contraventions (art. 103 CP). Le cumul obligatoire d'une peine privative de liberté et d'une amende pour un crime ou un délit n'existe donc nulle part dans le droit matériel. Selon l'art. 42, al. 4, CP, le juge peut cependant assortir d'une amende (à payer immédiatement⁷⁵) une peine privative de liberté (ou une peine pécuniaire) avec sursis.

L'amende, contrairement à la peine pécuniaire, est directement exprimée en francs (système de la somme d'argent). Certes, la loi prévoit que le juge la fixe en tenant compte de la situation de l'auteur et de la faute commise (art. 106, al. 3, CP), mais pour des raisons pratiques, on prononce souvent des amendes standard selon un tarif, notamment dans la délinquance de masse (infractions mineures). Quoi qu'il en soit, contrairement au système des jours-amende, la part du degré de culpabilité n'est pas apparente.

Le juge doit enfin fixer dans le jugement le montant d'une éventuelle peine privative de liberté de substitution. Celle-ci ne peut excéder trois mois, selon l'art. 106, al. 2, CP.

Solution proposée à l'art. 24: cumul d'une peine privative de liberté et d'une peine pécuniaire

Comme le cumul de la peine privative de liberté et de l'amende n'existe plus dans le CP actuel pour les crimes et les délits, l'avant-projet prévoit à l'art. 24 de combiner la peine privative de liberté avec une peine pécuniaire obligatoire au sens de l'art. 34 CP et non avec une amende au sens de l'art. 106 CP. Cette solution permet de préserver la cohérence du droit pénal. Le système des jours-amende sur lequel se fonde la peine pécuniaire tient mieux compte de la culpabilité et de la situation économique de l'auteur que le système de la somme d'argent. Enfin, les peines pécuniaires peuvent être assorties du sursis ou du sursis partiel, ce qui n'est pas vrai des amendes.

La peine privative de liberté et la peine pécuniaire devront toutefois être prononcées de manière à former, ensemble, une peine conforme à la culpabilité de l'auteur, en application

⁷⁴ Donc, si la loi ne prévoit pas un nombre maximal particulier de jours-amende, la peine pécuniaire peut atteindre jusqu'à 1,08 million de francs.

⁷⁵ Les dispositions sur le sursis et le sursis partiel ne s'appliquent pas aux amendes (art. 105, al. 1, CP).

des art. 47 ss CP.

Calcul de la peine pécuniaire

Comme on l'a déjà exposé, la peine pécuniaire se calcule selon le système des jours-amende (art. 34 CP).

La question est de savoir comment une peine pécuniaire « [...] pouvant atteindre six rémunérations annuelles » peut s'insérer dans ce système.

On pourrait, pour obtenir ce résultat, fixer le nombre maximal de jours-amende à six ans, soit à 2 160 jours-amende (6 x 360). Toutefois, ce dé plafonnement du nombre des jours-amende doit être rejeté pour la raison suivante: si le juge choisit la peine maximale et que la personne condamnée ne paye pas la peine pécuniaire sans sursis, celle-ci sera remplacée par une peine privative de liberté de substitution de six ans. Cela ne serait pas conforme au principe de proportionnalité et par conséquent pas justifiable.

Il faut donc conserver le maximum de 360 jours-amende autorisé par l'art. 34, al. 1, CP. La valeur maximale du jour-amende est de 3 000 francs (art. 34, al. 2, 1^{re} phrase, CP). Comme le montant maximal possible d'une peine pécuniaire est ainsi de 1,08 million de francs⁷⁶, ce qui pourrait être trop peu par rapport aux six rémunérations annuelles prévues par le texte constitutionnel, nous proposons, à l'art. 24, de permettre au juge de s'écarter de l'art. 34, al. 2, 1^{re} phrase, CP pour fixer le *montant* du jour-amende. Certes, c'est aussi s'écarter d'un montant limite que le législateur avait fixé en s'appuyant sur des raisons qui relevaient des principes de l'Etat de droit⁷⁷. Il faut toutefois préciser que la peine pécuniaire ne sera pas d'un montant illimité.

Par « rémunération annuelle », on entend la somme de toutes les prestations en espèces et en nature (pour ces dernières, sous forme de leur valeur en argent) que la société dans laquelle l'infraction a eu lieu a versé au condamné durant une année⁷⁸. Il ne semble ni objectif, ni conforme au principe de proportionnalité d'y inclure des indemnités annuelles qui auraient été versées au condamné pour d'autres mandats par d'autres sociétés (du groupe ou extérieures au groupe) dans lesquelles aucune infraction n'a été commise.

C'est le moment auquel l'acte a été commis qui sera déterminant pour calculer la rémunération annuelle.

Quoique, dans les cas visés par l'art. 24 de l'ordonnance, le juge ne soit pas lié par le montant maximum du jour-amende fixé à l'art. 34, al. 2, 1^{re} phrase, CP, il n'en devra pas moins se conformer au droit et à la jurisprudence pour fixer le montant du jour-amende⁷⁹. Il se basera sur la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement,

⁷⁶ 360 jours-amende de 3 000 francs = 1 080 000 francs.

⁷⁷ Voir le message sur la révision de la partie générale, FF **1999** 1824. Voir aussi l'art. 48, ch. 1, par. 2, aCP (le juge n'était pas lié par le maximum de l'amende lorsque le délinquant avait agi par cupidité).

⁷⁸ Les périodes à considérer pour le calcul peuvent être différentes: l'assemblée générale approuve à l'avance les indemnités fixes et rétrospectivement les indemnités variables. Sur cette question, voir le commentaire de l'art. 18.

⁷⁹ Pour plus de détails sur le mode de calcul: ANNETTE DOLGE, Basler Kommentar Strafrecht I, 2^e éd. 2007, ad art. 34, n° 42 ss.

notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital, en application de l'art. 34, al. 2, 2^e phrase, CP.

Il importe que ces modalités soient appliquées, dans le cas des condamnations au titre de l'art. 24 de l'ordonnance, pour des raisons d'égalité de traitement et de cohérence du droit pénal. Si le juge ne devait se fonder que sur les « rémunérations annuelles » reçues par l'auteur pour ses services au sein de la société pour fixer la peine pécuniaire, il ne prendrait en compte qu'une partie de son revenu. Ce serait une inégalité de traitement envers tous les délinquants qui sont condamnés à une peine pécuniaire pour d'autres infractions (par ex. en vertu du CP) et dont l'ensemble du revenu est pris en compte pour fixer leur peine, quelle que soit sa provenance. Il ne serait pas justifiable d'accorder un traitement à part aux membres de conseils d'administration, de directions et de conseils consultatifs qui se rendraient coupables d'une infraction à l'ordonnance.

La rémunération annuelle que l'auteur reçoit de la société concernée au moment de l'acte servira cependant au calcul de la limite maximale que pourra atteindre le montant total de la peine pécuniaire. Celle-ci ne pourra excéder en effet le sextuple de la rémunération annuelle. Cependant, tant que le plafond de 1,08 million de francs ne sera pas atteint, ce sont les règles de calcul habituelles qui s'appliqueront. On évitera ainsi de prononcer à l'encontre d'une personne dont la rémunération annuelle est modeste au sein de la société considérée une peine pécuniaire qui ne tient pas compte de sa situation personnelle et économique. Prenons un exemple: une personne fait partie du conseil d'administration de trois sociétés anonymes. En 2012, elle reçoit de la société X une rémunération annuelle de 10 000 francs, de la société Y une rémunération annuelle de 500 000 francs et de la société Z un million de francs. Cette année-là, elle commet une infraction dans la société X. Si l'on appliquait la règle des six rémunérations annuelles, la peine pécuniaire ne pourrait excéder 60 000 francs, ce qui, au vu du revenu total de la personne en question, limiterait indûment la sanction infligée.

Le juge devra par contre tenir compte de la limite des six rémunérations annuelles s'il entend prononcer une peine pécuniaire supérieure au total aux 1,08 million de francs qu'autorise l'art. 34 CP. En plafonnant ainsi la peine pécuniaire, on évitera que les sanctions infligées n'aient pas de limite.

En résumé, on ne s'écartera du système des peines pécuniaires tel qu'il est conçu dans le droit pénal actuel que lorsqu'il s'agira de réprimer une rémunération véritablement scandaleuse. Après tout, dans toute la mesure du possible, il s'agit de ne pas traiter ces délinquants mieux ni moins bien que les autres auteurs d'actes punis par le code pénal ou le droit pénal accessoire.

A l'art. 25, où la peine encourue est une « peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus », la question des rémunérations annuelles ne se pose pas. Le juge suivra les principes

généralement applicables pour fixer le montant du jour-amende.

3.12 Dispositions transitoires (art. 26 à 32)

3.12.1 Droit applicable: en général

Ni l'art. 95, al. 3, ni l'art. 197, ch. 10, Cst. n'interdisent une entrée en vigueur progressive de l'ordonnance. On a donc procédé à une pesée des intérêts entre l'entrée en vigueur immédiate des dispositions et la nécessité, pour les sociétés, d'avoir un délai convenable pour adapter leurs façons de faire et leurs statuts ou règlements aux nouvelles exigences.

L'art. 26 fixe deux principes concernant le droit transitoire:

- Selon l'al. 1, les art. 1 à 4 du titre final du code civil (CC)⁸⁰ s'appliqueront à l'ordonnance, sauf disposition contraire des art. 27 à 32.
- Selon l'al. 2, les dispositions de l'ordonnance s'appliqueront à toutes les sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse (art. 1) dès leur entrée en vigueur (soit le 1^{er} janvier 2014, voir art. 33).

Le graphique en annexe au présent rapport donne une vue d'ensemble du droit transitoire et de l'application de l'ordonnance.

3.12.2 Adaptation des statuts et des règlements

Les sociétés auront deux ans pour adapter leurs statuts et leurs règlements aux dispositions de l'ordonnance (art. 27, al. 1). L'élection individuelle des membres du conseil d'administration pour un mandat d'une année aura lieu lors de la première assemblée générale ordinaire après l'entrée en vigueur de l'ordonnance (art. 29, al. 1) ; si les statuts contiennent une disposition contraire, il ne sera nécessaire de la modifier qu'au terme du délai de deux ans, par une décision de l'assemblée générale, qui devra faire l'objet d'un acte authentique.

Les dispositions nécessaires des statuts et les dispositions qui doivent figurer dans les statuts pour être valables (art. 12) devront être adoptées dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Avant cette date, par exemple, il ne sera pas nécessaire d'inscrire dans les statuts la durée des contrats de travail des membres de la direction (art. 12, al. 1, ch. 2). La disposition pénale (art. 24, al. 1, ch. 3) et celle sur les indemnités interdites (art. 20, ch. 4 et 5) suffiront à empêcher que les organes de la société ne demeurent les bras croisés au-delà du délai de deux ans.

Les institutions de prévoyance soumises à la LFLP⁸¹ devront adapter leurs règlements et leur organisation aux prescriptions des art. 22 et 23 de l'ordonnance dans un délai d'un an à

⁸⁰ RS 210

⁸¹ RS 831.42

compter de l'entrée en vigueur de cette dernière (art. 27, al. 2).

3.12.3 Adaptation des contrats de travail conclus sous l'ancien droit

Aux termes de l'art. 28, les contrats de travail devront être adaptés dans l'année suivant l'entrée en vigueur de l'ordonnance (1^{er} janvier 2014) aux dispositions de cette dernière. Passé ce délai, celle-ci s'appliquera sans distinction à tous les contrats de travail. Vu les nombreux cas d'application possibles, nous renonçons à régler explicitement les conséquences juridiques, qui devront être déterminées dans les cas d'espèce par les tribunaux.

L'art. 28 empêchera que les dispositions contraignantes de l'art. 95, al. 3, Cst. ou de l'ordonnance restent largement inopérantes durant des années. Il clarifie en outre la situation juridique et favorise la sécurité du droit. Il s'inspire de l'art. 7, al. 1, des dispositions finales et transitoires du titre dixième du CO (révision du droit du travail du 25 juin 1971), qui poursuivait le même but à l'égard des employeurs et des travailleurs et qui a empêché une application en ordre dispersé du nouveau droit⁸².

Si un nouveau contrat de travail est conclu au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance ou à une date ultérieure, le nouveau droit lui sera applicable immédiatement et sans réserve.

3.12.4 Election des membres du conseil d'administration et du comité de rémunération

En vertu de l'art. 29, al. 1, l'assemblée générale élira les membres du conseil d'administration (art. 3), le président du conseil d'administration (art. 4) et les membres du comité de rémunération (art. 7) lors de la première assemblée générale ordinaire après l'entrée en vigueur de l'ordonnance (1^{er} janvier 2014). Cette disposition évitera que certaines sociétés n'élisent en 2013 les membres de leur conseil d'administration pour une longue période (qui peut aller jusqu'à six ans selon l'art. 710, al. 1, CO) de sorte à empêcher l'ordonnance de déployer ses effets pendant encore plusieurs années.

Selon l'art. 29, al. 2, le conseil d'administration déterminera les tâches et les compétences du comité de rémunération jusqu'à l'adoption des nouveaux statuts (art. 12, al. 1, ch. 3, en relation avec l'art. 27, al. 2).

3.12.5 Représentant indépendant

Les sociétés devront disposer d'un représentant indépendant dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance (1^{er} janvier 2014); la représentation par un membre d'un organe de la société

⁸² Voir le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 25 août 1967 concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (du contrat de travail), FF **1967** II 249, 439.

ou par un dépositaire sera interdite dès cette date.

Etant donné que l'identité du représentant indépendant doit être annoncée dans la convocation à l'assemblée générale, on ne peut pas exiger qu'il ait déjà été élu par les actionnaires lorsque se tiendra la première assemblée générale suivant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. L'art. 30, al. 1, prévoit donc qu'il sera exceptionnellement désigné par le conseil d'administration pour cette première assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire, à moins qu'il n'ait été élu au préalable par les actionnaires sur une base volontaire.

L'octroi des pouvoirs ou d'instructions par la voie électronique au représentant indépendant (art. 9, al. 3) pourra n'être mis en place que pour la deuxième assemblée générale ordinaire après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, selon l'art. 30, al. 2. Les sociétés auront ainsi un délai suffisant pour adapter leur infrastructure informatique.

3.12.6 Approbations par l'assemblée générale

Selon l'art. 31, al. 1, les dispositions concernant l'approbation des montants globaux des indemnités fixes des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (voir art. 18, al. 1, ch. 1, 3 et 5) s'appliqueront au plus tard lors de la deuxième assemblée générale ordinaire après l'entrée en vigueur de l'ordonnance (1^{er} janvier 2014).

Selon l'art. 31, al. 2, les dispositions concernant l'approbation des montants globaux des indemnités variables des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (voir art. 18, al. 1, ch. 2, 4 et 6) s'appliqueront à l'exercice qui commencera en même temps que l'entrée en vigueur de l'ordonnance (1^{er} janvier 2014) ou au premier exercice qui suivra cette date.

3.12.7 Obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance

Selon l'art. 32, les institutions de prévoyance soumises à la LFLP devront exercer leurs droits de vote (art. 22) et communiquer ce qu'elles ont voté (art. 23) conformément au nouveau droit à partir du 1^{er} janvier 2015.

3.13 Entrée en vigueur (art. 33)

L'art. 197, ch. 10, Cst. prescrit que le Conseil fédéral édictera les dispositions d'exécution nécessaires dans un délai d'une année après la votation populaire, soit au plus tard le 3 mars 2014.

Il est prévu cependant de faire entrer l'ordonnance en vigueur dès le 1^{er} janvier 2014⁸³. L'avantage est que l'ordonnance entrera en vigueur au début d'une année civile, ce qui cor-

⁸³ Communiqué du Conseil fédéral du 26 mars 2013.

respond au début de l'exercice de nombreuses sociétés.

La durée de validité de l'ordonnance n'est pas explicitement limitée. Le Conseil fédéral l'abrogera au moment où les dispositions d'exécution au niveau de la loi formelle entreront en vigueur, sur la base de l'art. 197, ch. 10, Cst.

4 Conséquences économiques

Les prescriptions de l'art. 95, al. 3, Cst. renforcent les droits des actionnaires. Elles empêchent que les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ne reçoivent des indemnités excessives, néfastes à une gestion durable de l'entreprise, et parent aux dommages qui en résultent sur les plans macro- et microéconomique.

Les prescriptions contraignantes de cette disposition entraîneront cependant des coûts pour les sociétés concernées, par exemple dans les domaines suivants:

- Les sociétés devront adapter leurs statuts aux nouvelles dispositions. Les nouveaux statuts devront faire l'objet d'un acte authentique et être communiqués au registre du commerce.
- Le conseil d'administration devra adapter les contrats, notamment ceux des membres de la direction.
- Les élections annuelles et les compétences de l'assemblée générale en matière d'approbation créeront de nouvelles tâches organisationnelles pour le conseil d'administration.
- Des frais découleront aussi de la mise en place de systèmes informatiques d'identification et de communication en vue de la transmission par la voie électronique des pouvoirs et des instructions au représentant indépendant. Les sociétés devront soit développer leur propre système, soit les commander à un développeur externe.

L'obligation faite aux institutions de prévoyance soumises à la LFLP⁸⁴ de voter et de communiquer ce qu'elles ont voté entraînera aussi un surcroît de travail administratif.

Le montant concret des coûts pour les sociétés anonymes et pour les institutions de prévoyance dépend trop fortement des circonstances concrètes pour qu'il soit possible d'en faire d'ores et déjà une estimation. Le DFJP s'est efforcé de concevoir l'ordonnance de telle manière qu'elle ne leur cause pas davantage de dépenses que ce qu'exige la réalisation des prescriptions de l'art. 95, al. 3, Cst.

Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer les problèmes auxquels sera confrontée une société dont l'assemblée générale n'approuverait pas les rémunérations proposées pour le conseil d'administration et la direction. L'ordonnance tente de réduire ce risque autant que possible,

⁸⁴ RS 831.42

sans déroger aux exigences de l'art. 95, al. 3, Cst.:

- Le conseil d'administration pourra soumettre une nouvelle proposition, avec un montant global inférieur, lors de la même assemblée générale (art. 18, al. 2).
- L'ordonnance prévoit un mécanisme d'approbation permettant de fixer une composante prospective de la rémunération fixe; cela donne une certaine sécurité juridique aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 18, al. 1, ch. 1, 3 et 5).
- Les sociétés peuvent, à certaines conditions, prévoir dans les statuts un mécanisme indépendant correspondant à leurs besoins (art. 18, al. 3).

Si la société utilise un système de rémunération simple, transparent et donc compréhensible, le risque de désaveu par l'assemblée générale et ses conséquences en termes économiques seront encore moindres.