CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Droit des sociétés

Situation juridique post-Minder

Par Rashid Bahar, Xenia Karametaxas le 20 mars 2013

Le 3 mars 2013, le peuple et les cantons suisses ont accepté l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives », également connue sous le nom de son initiant « initiative Minder ». La Constitution fédérale se voit désormais dotée d'un nouvel art. 95 al. 3 établissant un nouveau cadre pour le système de la gouvernance d'entreprise en Suisse. Le texte approuvé étant bref et ne posant que des principes, il n'est pas directement applicable et doit être concrétisé par le législateur.

D'un point de vue formel, la transposition au niveau légal de l'article 95 al. 3 (nouveau) Cst. se fera en deux étapes. En principe, il appartiendra au législateur d'adopter les dispositions nécessaires pour mettre en œuvre le nouvel article constitutionnel. Toutefois, afin d'éviter les retards liés à la procédure législative, l'art. 197 ch. 8 (nouveau) Cst. des dispositions transitoires confère au Conseil fédéral la compétence et l'obligation d'adopter, dans le délai d'une année à compter de l'adoption de l'article constitutionnel, les dispositions nécessaires en vue de mettre en application l'initiative. Ainsi, d'ici au 3 mars 2014, le Conseil fédéral devra édicter une ordonnance indépendante de substitution qui pourra modifier le texte de lois formelles, dont le code des obligations, jusqu'à ce que le législateur prenne le relai (voir aussi l'Ordonnance concernant le relèvement temporaire des taux de la taxe sur la valeur ajoutée pour le financement additionnel de l'assurance-invalidité du 21 avril 2010, RO 2010 2055, pour un autre exemple de modification par ordonnance d'un texte de loi). Toutefois, alors que l'assemblée générale pourra reprendre des idées du contre-projet indirect absentes de l'initiative (par exemple sur l'action en restitution des prestations indues ou sur le devoir de diligence en matière de rémunération) et, le cas échéant, faire preuve d'innovation, le Conseil fédéral devra se limiter à la concrétisation de l'article constitutionnel et ne pourra pas mettre en place d'autres instruments qui n'auraient pas été prévus par l'initiative.

Afin de respecter le principe de la non-rétroactivité des lois (art. 1 al. 1 Tit. Fin. CC) et en vue de faciliter la mise en œuvre par les sociétés concernées, il est probable que la nouvelle réglementation n'entre en vigueur qu'au début de l'année suivant l'adoption des dispositions d'exécution, soit au 1er janvier 2015 et ne concerne que les rémunérations décidées après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, à moins que l'on ne considère que l'initiative Minder concrétise une nouvelle conception de l'ordre public.

D'un point de vue matériel, la concrétisation du nouvel article de la Constitution soulève toute une série de questions et d'incertitudes qui vont occuper le Conseil fédéral et le parlement dans les mois à venir. La nouvelle disposition constitutionnelle, dont l'objectif est de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires, ainsi que d'assurer une gestion d'entreprise durable, peut être divisée en trois volets : (a) les rémunérations ; (b) la gouvernance d'entreprise ; (c) l'obligation de vote par les caisses de pension. Nous allons ci-après identifier

brièvement les controverses et incertitudes les plus marquantes dans chacune de ces catégories.

En tant que sujet central de l'initiative Minder, les rémunérations des organes dirigeants sont traitées sous différents aspects dans l'art. 95 al. 3 Cst. Tandis que le droit en vigueur ne prévoit aucune règle soumettant les rémunérations à l'approbation des actionnaires, le nouvel article constitutionnel rend impératif le vote annuel par l'assemblée générale sur la somme globale de la rémunération (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. Toutefois, il ne précise pas s'il s'agit d'un vote prospectif sur l'exercice à venir ou au contraire d'un vote rétrospectif sur l'exercice écoulé. Afin de mettre en œuvre le nouveau système des rémunérations, il est possible que le législateur recoure à la solution prévue par le contre-projet indirect et impose l'élaboration d'un règlement de rémunération édicté par le conseil d'administration, mais soumis impérativement à l'approbation de l'assemblée générale, qui définirait les éléments-clés de la rémunération et l'enveloppe à disposition pour l'exercice suivant. En cas d'écart, il serait encore possible à la fin de l'exercice d'octroyer une indemnité supplémentaire, toujours moyennant l'approbation de l'assemblée générale. Dans ce contexte, le Conseil fédéral puis l'Assemblée fédérale devront décider si la loi d'application de l'initiative Minder, à l'exemple du contre-projet, introduira également un droit de modifier le règlement par un des actionnaires détenant une participation qualifiée (0.25 % du capital-actions).

Par ailleurs, l'art. 95 al. 3 Cst. prohibe toute une série de formes d'indemnités dont les contours restent incertains. Ainsi, la notion « d'autres indemnités » est particulièrement plastique. Dans ce contexte, il ne peut sans aucun doute pas être question d'interdire toute forme d'indemnité. Ainsi, il est probable que la disposition s'attaque plutôt à des indemnités assimilables à des indemnités de départ, étant précisé que la distinction peut être délicate en pratique. De même, il s'agira de distinguer les indemnités anticipées (version allemande : « *vorausbezahlte Vergütungen* ») et autres avances sur salaire des primes d'engagement destinées à compenser des pertes d'avantages auprès d'un précédent employeur.

En matière de gouvernance d'entreprise et d'organisation de l'assemblée générale, le texte de l'initiative exige d'élargir la compétence élective de l'assemblée générale en introduisant l'élection annuelle et individuelle du président du conseil d'administration, des membres du comité de rémunération et du représentant indépendant. De plus, l'initiative propose de supprimer la représentation par les organes et les dépositaires. Dès lors, les actionnaires qui souhaiteraient se faire représenter ne pourront le faire qu'en ayant recours à un représentant indépendant. Dans ce contexte, il est également envisageable, voire probable, que le législateur s'inspire du contre-projet afin de régler les détails. Enfin, l'initiative exige de donner aux actionnaires la possibilité d'exercer leur droit de vote par voie électronique. A ce stade, la question de savoir si le droit de vote par voie électronique sera obligatoire uniquement dans la phase préalable à l'assemblée générale ou si les actionnaires pourront également l'exercer durant l'assemblée générale, ce qui leur permettrait de réagir directement en fonction des évènements présentés et discutés à l'assemblée générale, reste ouverte. D'autres questions ayant trait au vote électronique restent ouvertes, notamment celles concernant la responsabilité et les conséquences en cas de système de vote défaillant. Ces questions devront également être réglées et, ici aussi, le contre-projet devrait servir de source d'inspiration.

Le troisième volet, soit l'obligation pour les caisses de pension d'exercer le droit de vote et de publier la manière dont elles ont voté, soulève également son lot de questions. D'abord il s'agira de clarifier le champ d'application et le critère de rattachement de cette norme : s'applique-t-elle à toutes les institutions de prévoyance professionnelle, suisses et étrangères, et est-ce que l'obligation d'exercer le droit de vote s'étend aux instruments émis dans des

ordres juridiques étrangers ? Il s'agira également de déterminer si l'abstention peut constituer une forme appropriée de l'exercice du droit de vote, dans la mesure où elle ne viole pas les intérêts des assurés, notamment dans l'hypothèse d'une participation de peu d'importance. S'agissant de l'obligation de transparence, il faudra déterminer si la transparence se limitera au résultat du vote ou si elle comprendra des informations sur les modalités pour parvenir à une conclusion donnée (p.ex. recours à un comité de gouvernance ou aux recommandations de conseillers en matière de droit de vote). Enfin, la mise en œuvre de cette règle, que ce soit par des instruments de droit privé, administratif ou pénal, devra également être précisée.
En synthèse, l'approbation de l'initiative Minder par le peuple et les cantons laisse de nombreuses questions ouvertes auxquelles le Conseil fédéral et le parlement devront apporter des réponses prochainement. La prochaine étape sur le chemin de la concrétisation du nouvel article 95 al. 3 Cst. sera la procédure de consultation attendue cet été et organisée par le Conseil fédéral en vue de l'élaboration de son ordonnance. Cependant, la saga de la révision du droit de la société anonyme n'est pas encore parvenue à sa conclusion et nous pouvons encore nous attendre à quelques rebondissements avant que la loi ne soit adoptée.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Rashid Bahar, Xenia Karametaxas, Situation juridique post-Minder, publié le 20 mars 2013 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/870/