

NOVEMBRE 2013

Newsletter

Auteurs:Oliver Triebold
Lorenzo Olgiasi
Marcel Jakob

DROIT DES SOCIÉTÉS

La mise en œuvre de l'initiative Minder : Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb)

Le 20 novembre 2013, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb). Cette ordonnance oblige les sociétés anonymes suisses cotées en bourse à soumettre annuellement les rémunérations des dirigeants de l'entreprise à l'approbation contraignante des actionnaires. Elle comporte par ailleurs des nouveautés significatives en matière de gouvernement d'entreprise dans les sociétés ouvertes au public avec des répercussions directes sur les dirigeants, les actionnaires, les caisses de pension et les représentants institutionnels indépendants. Certaines dispositions doivent être observées dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance au 1^{er} janvier 2014.

1 CONTEXTE

Le 3 mars 2013, les citoyens suisses ont accepté l'initiative populaire "contre les rémunérations abusives", également appelée initiative Minder du nom de son initiateur, le conseiller aux Etats Thomas Minder. La Constitution fédérale suisse a ainsi été complétée par un nouvel art. 95 al. 3. Cet article constitutionnel prévoit pour les sociétés anonymes suisses cotées en bourse plusieurs principes qui visent à renforcer les droits de vote des actionnaires en matière de rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction (*Say on Pay*). Le nouvel article constitutionnel doit être concrétisé par des dispositions

légales et n'est pas directement applicable. L'initiative Minder réclame toutefois expressément une mise en œuvre provisoire dans un délai d'une année par l'adoption d'une ordonnance du Conseil fédéral. Ce dernier a rempli cette exigence en édictant l'ORAb. En comparaison avec l'avant-projet soumis par le Conseil fédéral en juin 2013, la version définitive contient de nombreux changements importants. L'ordonnance entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2014 et restera valable jusqu'à l'adoption de la législation d'application. Sur le fond, elle est susceptible d'influencer largement les futures dispositions légales.

2 CHAMP D'APPLICATION

L'ORAb ne s'applique qu'aux sociétés anonymes selon le code des obligations suisse dont les actions sont cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger. Elle ne vaut en particulier pas pour les sociétés n'ayant que des obligations ou des bons de participations cotés en bourse. Ne sont considérés comme bourses au sens de l'ordonnance que les organisations de commerce de valeurs mobilières réglementées et reconnues officiellement au sens de la loi sur les bourses.

"Dorénavant l'assemblée générale élit chaque année les membres du conseil d'administration, le président et les membres du comité de rémunération."

3 NOUVELLES REGLES DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

3.1 ELECTION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET DE SON PRÉSIDENT

La durée des fonctions des membres du conseil d'administration des sociétés concernées est désormais d'une année. Par conséquent, tous les membres du conseil d'administration doivent se présenter pour réélection lors de l'assemblée générale ordinaire 2014, même s'ils ont été élus pour un plus long mandat. Dès l'assemblée générale ordinaire 2014, celle-ci élit chaque année également le président du conseil d'administration, une élection qui était jusqu'ici le plus souvent réservée au conseil d'administration lui-même.

3.2 COMITÉ DE RÉMUNÉRATION

L'ordonnance prévoit dorénavant un comité de rémunération. Ce comité du conseil d'administration existe déjà sous une forme similaire dans de nombreuses sociétés, p. ex. comme comité de rémunération (*Compensation Committee*) selon le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise. Les membres du comité de rémunération ne seront plus désignés par le conseil d'administration, mais élus par l'assemblée générale parmi les membres du conseil d'administration. Ces élections devront aussi avoir lieu pour la première fois lors de l'assemblée générale ordinaire 2014. L'ORAb ne donne pas d'indications quant au contenu des tâches et compétences du comité de rémunération, mais exige que les principes les régissant soient inscrits dans les statuts de la société.

3.3 DÉLÉGATION DE LA GESTION

L'ordonnance n'autorise désormais la délégation de la gestion qu'à des personnes physiques (à l'exclusion des personnes morales). Désormais, la délégation de la gestion à une société appartenant au groupe n'est ainsi plus autorisée. En revanche, l'ORAb autorise explicitement la délégation de la gestion de fortune à des personnes morales, ce qui est notamment important pour les sociétés d'investissement cotées en bourse.

3.4 DISPOSITIONS STATUTAIRES NÉCESSAIRES

Outre les principes régissant les tâches et compétences du comité de rémunération mentionnés précédemment et les modalités du vote sur les rémunérations qui doivent encore être présentées, les statuts de la société doivent désormais déterminer les éléments suivants :

- > nombre de fonctions admises, occupées par les membres du conseil d'administration, de la direction et le cas échéant des conseils consultatifs, dans des organes de direction ou d'administration en dehors du groupe ; et
- > durée maximale et délai de congé maximal des contrats des membres du conseil d'administration et de la direction qui prévoient une rémunération. Le délai de congé des contrats à durée indéterminée et la durée des contrats à durée déterminée ne doivent pas excéder un an.

3.5 REPRÉSENTATION DES DROITS DE VOTE

La représentation par un membre d'un organe ou un dépositaire est abolie dès le 1^{er} janvier 2014. Dès l'assemblée générale ordinaire 2014, seul le représentant indépendant interviendra. Ce dernier doit dorénavant remplir les mêmes conditions d'indépendance que l'organe de révision et est élu chaque année par l'assemblée générale. Si la société n'a pas de représentant indépendant élu par l'assemblée générale, par exemple en raison d'un désistement de dernière minute, le conseil d'administration peut en nommer un à titre exceptionnel. L'ORAb renonce à introduire des votes électroniques directs à distance, mais oblige les sociétés à s'assurer que les procurations et instructions destinées au représentant indépendant puissent également être données par voie électronique dès l'assemblée générale ordinaire 2015.

"L'ordonnance impose des votes contraignants sur les rémunérations, mais laisse à la société le soin d'en régler les modalités dans ses statuts."

4 NOUVELLES REGLES DE REMUNERATION

4.1 VOTES SUR LES RÉMUNÉRATIONS

L'obligation de toutes les sociétés anonymes suisses cotées en bourse d'organiser des votes contraignants sur les rémunérations constitue probablement l'innovation la plus significative. L'assemblée générale doit voter annuellement et séparément sur la somme globale des rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et le cas échéant des conseils consultatifs. A la différence de certaines lois de rémunération étrangères, l'ORAb n'impose toutefois pas de limite de montant (*Cap*).

Les sociétés sont tenues de régler elles-mêmes les modalités du vote sur les rémunérations dans leurs statuts. Plusieurs modèles sont envisageables : il est ainsi possible de voter sur un budget de rémunération qui permet aux actionnaires de se prononcer à l'avance sur les montants maximaux que les organes cités peuvent percevoir pour l'exercice à venir. Il serait également possible de voter (à l'avance) sur les indemnités fixes pour la période allant jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante et (rétrospectivement) sur les indemnités liées aux résultats pour l'exercice écoulé. Les premiers votes sur les rémunérations devront avoir lieu lors de l'assemblée générale ordinaire 2015.

Les statuts peuvent également régler la marche à suivre en cas de refus des rémunérations par l'assemblée générale. Le rapport additionnel du Conseil fédéral souligne toutefois que la compétence de décision de l'assemblée

générale ne doit pas en être affectée. Des dispositions statutaires qui, en cas de refus, reconduiraient la validité des dernières rémunérations approuvées ou qui transfèreraient le pouvoir de décision au comité de rémunération, seraient "clairement illicites".

4.2 RAPPORT DE RÉMUNÉRATION

A partir du 1^{er} janvier 2014 ou dès le début de l'exercice commençant ultérieurement, les indemnités versées ne seront plus publiées dans l'annexe aux comptes annuels, mais dans un rapport de rémunération distinct qui devra être vérifié par l'organe de révision et porté à la connaissance des actionnaires de manière analogue au rapport de révision sur les comptes annuels. Sur le fond, le rapport de rémunération ne diffère que légèrement de l'ancienne annexe aux comptes annuels.

4.3 INDEMNITÉS INTERDITES

L'ORAb interdit de manière générale de verser des indemnités aux membres du conseil d'administration, de la direction et le cas échéant des conseils consultatifs sous forme d'indemnités de départ contractuelles ou statutaires, d'indemnités anticipées (p. ex. avances sur salaire) ou de provisions pour des restructurations au sein du groupe. Restent autorisées, pour autant qu'elles soient approuvées par l'assemblée générale, les primes d'embauche (couvrant p. ex. la perte des prétentions à l'encontre de l'ancien employeur), les indemnités de départ prévues par la loi (p. ex. par le droit du travail), les provisions pour des restructurations externes au groupe ainsi que les indemnités pour prohibition de concurrence de durée raisonnable conformes aux conditions du marché. La distinction difficile à établir dans un cas particulier entre les indemnités qui restent admises et celles qui sont désormais interdites, revêt une grande importance en raison des sanctions pénales.

"Les indemnités couvrant la perte de prétentions en raison d'un changement de poste restent autorisées contrairement aux indemnités anticipées."

L'ORAb prévoit par ailleurs que d'autres indemnités et prestations aux organes cités doivent avoir une base statutaire dès l'assemblée générale ordinaire 2015. Cela vaut pour l'octroi de prêts et de crédits, pour les prestations de prévoyance en dehors de la prévoyance professionnelle, pour lesquels le montant doit être indiqué, ainsi que pour les rémunérations liées aux résultats et les titres de participation, dont les principes doivent être fixés dans les statuts. Malgré la base statutaire, les prestations ou rémunérations effectives restent soumises à l'approbation de l'assemblée générale et à la publication dans le rapport de rémunération. Les statuts et règlements doivent avoir été adaptés d'ici l'assemblée générale ordinaire 2015, les contrats de travail contraires à l'ordonnance d'ici la fin 2015.

5 INSTITUTIONS DE PREVOYANCE

Les institutions de prévoyance au sens de la loi sur le libre passage, habituellement appelées caisses de pension, sont soumises dès 2015 à une obligation de voter et de communiquer en ce qui concerne les actions des sociétés anonymes suisses cotées en bourse qu'elles détiennent. Les

actions détenues indirectement sont également concernées, pour autant que la caisse de pension puisse tout de même exercer son droit de vote ou que les actions soient détenues par un fonds qu'elle contrôle (p. ex. fonds à investisseur unique). Les caisses de pension doivent exercer leur droit de vote lors d'élections, de votes sur les rémunérations et de votes sur les dispositions statutaires concernant les rémunérations. Il n'y a pas d'obligation de voter sur les autres objets portés à l'ordre du jour. Même pour un objet soumis à l'obligation de voter, les caisses de pension peuvent s'abstenir de voter à condition que ce soit dans l'intérêt des assurés. L'organe suprême de la caisse de pension doit définir d'ici la fin 2014 dans un règlement les principes servant à déterminer l'intérêt des assurés lors de l'exercice des droits de vote. Enfin, les caisses de pension doivent désormais communiquer une fois par an sur la manière dont elles ont voté en indiquant chaque objet pour lequel elles n'ont pas suivi le conseil d'administration ou pour lequel elles se sont abstenues.

"Les précisions apportées par l'ORAb permettent de réduire considérablement le risque de s'exposer involontairement à des sanctions."

6 DISPOSITIONS PENALES

L'initiative Minder prévoit que toute infraction aux "principes" qu'elle énonce est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles. L'ORAb transpose cette exigence dans un catalogue d'infractions différencié en ne sanctionnant que les violations commises "sciemment" (dol direct). Seul celui qui, sciemment, en tant que membre du conseil d'administration, de la direction ou de conseils consultatifs, reçoit ou octroie des indemnités prohibées est obligatoirement puni d'une peine privative de liberté et d'une peine pécuniaire. Les autres infractions ne devraient en pratique pas entraîner de peines privatives de liberté. Celles-ci ne peuvent par ailleurs être commises en qualité d'auteur que par les membres du conseil d'administration ainsi que par l'organe suprême et les personnes chargées de la gestion des caisses de pension. Par rapport à l'avant-projet, les précisions apportées par l'ORAb permettent de réduire considérablement le risque de s'exposer involontairement à des sanctions pénales. La prudence est néanmoins de rigueur pour les actes pouvant avoir une portée pénale, étant donné que toutes les infractions sont conçues comme des infractions poursuivies d'office.

7 DEMARCHES NECESSAIRES

Ce sont essentiellement les démarches suivantes qui s'imposent pour les sociétés concernées :

- > Les propositions d'élections (p.ex. comité de rémunération, représentant indépendant) doivent être préparées pour la prochaine assemblée générale ordinaire 2014 et la documentation utilisée jusqu'à présent doit être adaptée aux nouvelles exigences.
- > Les possibilités d'aménagement des votes sur la rémunération doivent être examinées rapidement afin de choisir un modèle de vote sur mesure.

- > Même si les statuts et règlements ne doivent être adaptés aux nouvelles exigences que pour l'assemblée générale ordinaire 2015, une révision complète des statuts pour l'assemblée générale ordinaire 2014 doit être envisagée.
- > Tous les systèmes de primes, plans de participation et contrats de rémunération passés avec les membres des organes doivent être examinés et adaptés aux nouvelles conditions en temps voulu.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



Jean-Jacques Ah Choon

Associé
jean-jacques.ahchoon@swlegal.ch



Jean-Yves De Both

Associé
jean-yves.deboth@swlegal.ch

A Zurich:



Oliver Triebold

Associé
oliver.triebold@swlegal.ch



Lorenzo Olgiati

Associé
lorenzo.olgiati@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer SA

Avocats

GENÈVE

15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
F +41 22 707 8001
geneva@swlegal.ch

ZURICH

Löwenstrasse 19
Case postale 1876
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
F +41 44 215 5200
zurich@swlegal.ch

www.swlegal.ch