

**Rapport
et avant-projet
de modification du code des obligations**

**(Transparence des indemnités versées
aux membres du conseil d'administration
et de la direction)**

Documentation pour la procédure de consultation

Novembre 2003

Condensé

Le présent projet de loi régit la transparence des indemnités perçues par les membres du conseil d'administration et de la direction de sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse. Des prescriptions sur la transparence ont déjà été édictées dans le cadre de l'autorégulation de la bourse. Le projet vise à inscrire ces prescriptions dans la loi et à élargir leur champ d'application.

Les nouvelles dispositions légales complètent les prescriptions actuelles du code des obligations sur le contenu de l'annexe au bilan. L'objectif est de soumettre les indications fournies à la vérification de l'organe de révision.

Devront ainsi être indiqués dans l'annexe au bilan le montant total des indemnités versées au conseil d'administration et à la direction, la somme perçue par chacun des membres du conseil d'administration, ainsi que la somme perçue par le membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée. En outre, les participations à la société que détiennent les membres du conseil d'administration et de la direction devront également être rendues publiques.

La réglementation de la transparence doit permettre, en premier lieu, d'éviter les conflits d'intérêts qui peuvent survenir du fait que le conseil d'administration fixe lui-même la rémunération de ses membres. Il s'agit aussi de tenir compte de l'intérêt légitime qu'ont les actionnaires d'être informés des indemnités perçues par le conseil d'administration et par la direction, afin qu'ils puissent exercer de manière optimale leurs droits de contrôle. Enfin, la législation proposée permettra d'exposer clairement la constellation d'intérêts découlant des participations à la société que détiennent les membres de son conseil d'administration et de sa direction.

Le renforcement de la transparence est un des objectifs du gouvernement d'entreprise (« corporate governance »). Cette matière est au cœur d'un vaste projet sur la révision, qui est actuellement en préparation. En raison de l'urgence particulière d'une législation sur la transparence pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, il a été décidé d'extraire cette partie du projet et de la traiter séparément de manière anticipée. Cette législation répond à une revendication politique et économique importante et contribuera au bon fonctionnement du marché des capitaux. Nombre d'autres pays de l'OCDE et de l'Union européenne s'emploient aussi à renforcer la transparence.

Les entreprises cotées en bourse dont la Confédération est l'actionnaire majoritaire sont, aujourd'hui déjà, soumises à des prescriptions légales concernant le salaire des cadres. Ces dispositions doivent être harmonisées avec la nouvelle réglementation proposée.

1 Partie générale

1.1 Contexte

Le droit de la société anonyme ne contient pas de prescription qui régit la question de la transparence des indemnités et des participations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Le conseil d'administration est certes tenu de fournir des informations sur la manière dont il gère la société, et les actionnaires, de leur côté, peuvent demander au conseil d'administration des renseignements sur les affaires de la société (art. 697 du code des obligations [CO; RS 220]). Dans la pratique, toutefois, ce droit à l'information est appliqué avec beaucoup de retenue, une pesée d'intérêts étant effectuée entre le droit des actionnaires d'être informés et l'intérêt qu'il peut y avoir à garder le secret. C'est la raison pour laquelle, selon la

doctrine, l'art. 697 CO oblige la société à révéler le montant global des indemnités, mais pas la somme perçue par chacune des personnes concernées.

A l'initiative de la Commission fédérale des banques, et en s'appuyant sur la compétence d'autorégulation prévue à l'art. 4 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1), la Bourse suisse (SWX Swiss Exchange) a édicté, le 17 avril 2002, une directive concernant les informations relative à la Corporate Governance (Directive Corporate Governance, DCG). Toutes les sociétés dont les actions sont cotées en bourse y sont soumises.

Le chapitre 5 de la DCG contient des normes contraignantes sur la transparence des rémunérations, participations et prêts aux organes. Ces prescriptions visent aussi bien les membres du conseil d'administration que ceux de la direction.

Les sociétés doivent, en particulier, fournir les indications suivantes :

- les rémunérations (honoraires, salaires, notes de crédit, bonifications et prestations en nature), octroyées, directement ou indirectement, par la société ou par une société du même groupe aux membres du conseil d'administration et de la direction (ch. 5.2 DCG) ou aux anciens membres de ces mêmes organes (ch. 5.3 DCG) ; la rémunération globale la plus élevée doit être indiquée séparément (sans mention de l'identité de la personne concernée);
- les actions et les options attribuées, durant l'exercice, aux membres du conseil d'administration et de la direction, ou à des personnes qui leur sont proches (ch. 5.4 et 5.6 DCG), ainsi que les actions de la société détenues par ces mêmes personnes (ch. 5.5 DCG);
- les honoraires et rémunérations additionnels que les membres du conseil d'administration et de la direction générale, ainsi que les personnes qui leur sont proches, ont facturés à la société ou à une société du même groupe, dans la mesure où la somme facturée atteint ou dépasse la moitié de la rémunération ordinaire de la personne concernée (ch. 5.7 DCG);
- le montant global et les modalités des sûretés ainsi que des prêts, avances ou crédits en cours qui ont été accordés par la société ou par une société du même groupe aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale, ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches (ch. 5.8 DCG).

En outre, l'Instance d'admission de la SWX a approuvé le 20 octobre 2003 une directive relative à la publicité des transactions du management qui oblige à annoncer à la SWX l'acquisition et l'aliénation de droits de participations, de droits de conversion ou d'acquisition ainsi que des instruments financiers qui sont liés aux droits susmentionnés.

Economiesuisse a élaboré le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise du 25 mars 2002 (Code suisse). Contrairement à la DCG, le Code suisse n'est qu'une recommandation. Comme la DCG, il s'adresse en premier lieu aux sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse. Les sociétés ou organisations économiques importantes dont les actions ne sont pas cotées peuvent toutefois reprendre ses idées directrices (avant-propos au Code suisse, ch. 3). Le ch. 30 du Code suisse renvoie à la DCG en ce qui concerne la publicité.

Pour les entreprises et les établissements de la Confédération, la transparence est régie par la loi fédérale du 20 juin 2003¹ sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants. En vertu du nouvel art. 6a de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1), le Conseil fédéral édicte les principes applicables aux salaires et honoraires des membres du conseil d'administration et des cadres du plus haut niveau hiérarchique des entreprises et des établissements soumis à la LPers, à d'autres conditions contractuelles convenues avec les mêmes personnes, ainsi qu'aux activités accessoires qu'elles exercent (al. 1 à 3). Les salaires, honoraires et autres conditions contractuelles sont publics (al. 4). La loi ne prévoit pas une publication officielle obligatoire, mais les renseignements doivent être communiqués sur demande. Doivent être donnés les chiffres suivants :

- le montant total des salaires et honoraires versés aux membres du conseil d'administration et aux cadres du plus haut niveau hiérarchique, ainsi que les autres conditions contractuelles convenues avec ces personnes ;
- le salaire et les honoraires versés à chacun des présidents des organes dirigeants.

S'agissant des *sociétés anonymes cotées en bourse dont le capital et les voix sont détenus à titre majoritaire par la Confédération*, le Conseil fédéral n'est pas habilité à édicter les principes applicables aux salaires et honoraires, ni autres conditions contractuelles et activités accessoires. Pour ces sociétés, seules les prescriptions sur l'obligation de fournir les renseignements sont applicables par analogie (al. 6, 2^e phrase).

1.2 Genèse du projet

Le 9 mai 2001, le conseil national Pierre Chiffelle a déposé une initiative parlementaire intitulée « Plus de transparence dans les sociétés cotées en bourses » (01.424 n). Cette initiative visait à réviser le code des obligations pour que les sociétés anonymes cotées en bourse soient tenues d'indiquer, dans l'annexe au bilan de leur comptabilité annuelle, l'ensemble des montants versés aux membres du conseil d'administration au titre de leur fonction, ainsi que la part du capital-action que ces derniers détiennent. Le 11 mars 2002, le Conseil national a décidé de donner suite à cette initiative. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a été chargée d'élaborer un projet de loi. Le 28 octobre 2002, la CER-N a confié au professeur Max Boemle, de Berne, le mandat d'élaborer des propositions en ce sens. A la fin mars 2003, ce dernier a rendu son rapport d'expertise, assorti de propositions de réglementation pour une plus grande transparence dans l'administration des sociétés cotées en bourses.

En parallèle, et pour faire suite à plusieurs interventions parlementaires dans le domaine du gouvernement d'entreprise, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a institué un groupe de travail baptisé « Corporate Governance » (ci-après : groupe de travail CG), composé des professeurs Peter Böckli, de Bâle, Claire Huguenin, de Zurich, et François Dessemontet, de Lausanne. Un délai au 30 septembre 2003 a été fixé à ce groupe de travail pour présenter un rapport évaluant si le droit suisse de la société anonyme répondait de manière adéquate aux principes du gou-

¹ FF 2003 4110 ss.

vernement d'entreprise ou s'il était nécessaire d'y apporter des modifications. A la demande du président de la commission parlementaire compétente, le groupe de travail CG a été chargé de traiter en priorité la question de la transparence des indemnités et des participations. Le 25 mars 2003, il a rendu un rapport intermédiaire sur la transparence des rémunérations et crédits octroyés aux membres des organes dirigeants des sociétés anonymes.

La CER-N a pris acte du rapport Boemle et du rapport intermédiaire du groupe de travail CG. Sur proposition du DFJP, la commission a ensuite décidé de suspendre ses travaux jusqu'à la présentation, par le Conseil fédéral, d'un projet de réglementation. Le présent rapport, destiné à la procédure de consultation, a été élaboré par l'Office fédéral de la justice sur la base des travaux préliminaires effectués par le groupe de travail CG et par le professeur Boemle.

Quant à savoir si d'autres mesures s'imposent pour lutter efficacement contre les abus dans le domaine des rémunérations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction générale, et si, outre les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, d'autres sociétés doivent être soumises à des impératifs de transparence, ces questions seront examinées de manière plus approfondie dans le cadre de la *future révision du droit de la société anonyme* (flexibilisation du capital-actions et gouvernement d'entreprise). La procédure de consultation sur ce projet devrait s'ouvrir dans le courant de l'année 2004.

1.3 Nécessité de la transparence concernant les indemnités et participations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction

1.3.1 Transparence et gouvernement d'entreprise

La transparence des indemnités et participations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction est un aspect partiel du gouvernement d'entreprise. Ce dernier terme désigne l'ensemble des principes concernant la direction et la surveillance d'une entreprise. Le gouvernement d'entreprise a pour objectif de garantir l'équilibre des forces dans la société anonyme par l'instauration d'un système efficace de « checks and balances ».

Les principes du gouvernement d'entreprise concernent, en premier lieu, les rapports entre les différents organes d'une société. A l'interne, le but est d'arriver à une réglementation équilibrée des relations entre la direction, le conseil d'administration et l'organe de révision.

En outre, les principes du gouvernement d'entreprise revêtent aussi une importance considérable pour les relations avec l'extérieur. Sur ce plan, il s'agit de veiller à assurer l'équilibre entre les intérêts de l'entreprise, ceux des actionnaires, ceux des investisseurs sur le marché des capitaux et ceux d'autres acteurs intéressés.

Un rapport de force équilibré ne peut être garanti que si les milieux concernés disposent des informations dont ils ont besoin. L'un des objectifs premiers du gouvernement d'entreprise est ainsi de renforcer la transparence concernant les faits pertinents pour la gestion de la société.

1.3.2 Opérations pour compte propre des membres du conseil d'administration

Le fait qu'à l'heure actuelle, les membres du conseil d'administration déterminent en règle générale eux-mêmes le montant de leur rémunération pose problème, tant sous l'angle juridique que sous l'angle du fonctionnement de la société. Les membres du conseil d'administration concluent, au nom de la société, des contrats avec eux-mêmes ou s'attribuent eux-mêmes, à la charge de la société, des indemnités ou d'autres prestations. Ils sont habilités à agir pour le compte de la société et se sont engagés à défendre les intérêts de celle-ci. Parallèlement, cependant, ils représentent aussi l'autre partie de la transaction : au titre de bénéficiaires de prestations, ils sont, en principe, intéressés à obtenir une rémunération élevée.

Comme ils représentent à la fois leurs propres intérêts et ceux de la société, qui est l'autre partie au contrat, l'on est en présence d'une opération dite « pour compte propre » (« self-dealing », « Insichgeschäft ») qui porte inévitablement en elle un conflit d'intérêts. Le renforcement de la transparence permettra, à cet égard, un contrôle plus efficace.

1.3.3 Obligation de rendre compte

Au sens large, les membres du conseil d'administration peuvent être considérés comme les *mandataires* des actionnaires (art. 394 CO). Or, le mandat a un droit essentiel d'être informé des activités du mandataire (art. 400 CO). C'est la seule façon, pour lui, de savoir si le mandataire exécute fidèlement les tâches qui lui sont confiées et s'il utilise efficacement les ressources mises à sa disposition (art. 398 CO). Un contrôle efficace n'est pas possible sans information.

La nécessité de rendre compte s'impose également si l'on examine les relations entre la société et les membres du conseil d'administration uniquement sous l'angle du droit des sociétés. En vertu des art. 698 et suivants du code des obligations, cette relation est structurée, à bien des égards, comme un mandat. Les membres du conseil d'administration, qui appartiennent à un organe de haute direction et de surveillance, doivent faire preuve de la même diligence que si un contrat de mandat avait été conclu entre eux et la société (art. 717 et 754 CO). Le devoir de fidélité est le même que pour un mandat (art. 717, al. 1, CO). Il existe également une obligation de rendre compte comparable à celle qui est prévue dans la cadre d'un mandat (art. 400 CO) : les membres du conseil d'administration doivent périodiquement présenter aux actionnaires un rapport sur leurs activités (art. 696, al. 1, CO). Le rapport de gestion englobe le rapport annuel, qui expose la marche des affaires et la situation économique et financière de la société (art. 663d CO), ainsi que les comptes annuels et, s'il y a lieu, les comptes du groupe (art. 662 CO).

Il existe, cependant, une différence fondamentale entre l'obligation de rendre compte prévue par les dispositions régissant le mandat et l'obligation de rendre compte qui découle des dispositions du droit de la société anonyme. Le rapport de gestion, en effet, omet une information essentielle dont un mandant dispose naturellement ou qu'il peut exiger du mandataire en tout temps (art. 400 CO) : le rapport de gestion n'indique que les frais de personnel *globaux* (art. 663, al. 3, CO) et ne fournit pas *d'informations séparées* sur ce que les fonctions de haute direction ont coûté aux actionnaires durant l'exercice.

Ainsi, la particularité du statut des membres du conseil d'administration tel que le définit le droit en vigueur tient non seulement au fait qu'ils sont habilités à déterminer

le montant de leurs propres indemnités, mais également à l'absence, dans le droit des sociétés, d'une norme qui les obligerait à publier ce montant. La nécessité de la transparence découle du besoin qu'ont les actionnaires de savoir combien les activités du conseil d'administration ont coûté à la société durant l'exercice. L'obligation de rendre compte présente donc une lacune, que le législateur doit combler.

Ces considérations ne valent pas uniquement pour les membres du conseil d'administration, qui s'occupent directement de la gestion des affaires de la société. La transparence dans l'obligation de rendre compte devrait aussi s'appliquer aux membres de la direction, puisque le conseil d'administration leur a délégué la gestion des affaires de la société.

1.3.4 Attribution de tantièmes

Conformément à l'art. 677, en liaison avec l'art. 627, ch. 2, CO, la décision d'attribuer des tantièmes aux membres du conseil d'administration relève de la compétence de l'assemblée générale. Il s'agit d'un droit inaliénable (art. 698, al. 2, ch. 4, CO). Compte tenu de ce régime contraignant de compétences, les actionnaires ont toujours connaissance du montant des tantièmes octroyés.

Le montant de cette rémunération dépend du succès de l'entreprise. En cas de pertes (tout comme lorsque le bénéfice est trop modeste pour permettre aux actionnaires de toucher un dividende supérieur à 5%), la loi interdit l'attribution de tantièmes (art. 677 CO).

Depuis quelques temps, cependant, pour des raisons qui tiennent à la fiscalité, les tantièmes ont perdu de leur importance pratique : ils sont, en effet, considérés comme une part du bénéfice et, partant, ne sont pas déductibles des montants imposables. En revanche, une indemnité fixe est considérée comme une charge et peut, dès lors, être déduite.

Sous l'angle du droit des sociétés, un inconvénient s'oppose néanmoins à cet avantage fiscal, dans la mesure où le montant d'une rémunération fixe est déterminé non plus par l'assemblée générale, mais par le conseil d'administration lui-même. En principe, les actionnaires n'interviennent pas dans la décision. Ainsi, les membres du conseil d'administration peuvent continuer de percevoir les rémunérations qu'ils se sont eux-mêmes accordées même lorsque les actionnaires n'encaissent aucun dividende ou doivent constater une perte au bilan.

Le recul de la rémunération sous forme de tantièmes a ainsi entraîné une diminution de la transparence : il n'existe pas de dispositions légales obligeant explicitement les membres du conseil d'administration à informer les actionnaires des conditions d'octroi des rémunérations fixes ou de leur montant. A la lumière de la réglementation contraignante prévue pour le versement des tantièmes, il est permis de supposer que cette lacune n'a pas été voulue par le législateur.

1.3.5 Transparence concernant les droits de participation

Sous l'angle des principes du gouvernement d'entreprise, les actionnaires ont aussi un intérêt légitime à être informés des droits de participation au capital octroyés aux membres du conseil d'administration et de la direction de la société.

Il est tout à fait habituel que des actionnaires importants s'efforcent d'obtenir une place au conseil d'administration. Toutefois, le fait, pour une personne habilitée à

diriger une société, d'en être en même temps actionnaire, peut, dans certains cas, générer une constellation d'intérêts assez particulière. La qualité d'actionnaire peut déterminer l'activité de la personne concernée. Ainsi, la gestion de la société par des membres du conseil d'administration ou de la direction qui en détiennent des actions peut être influencée par la perspective de toucher, à court terme, des dividendes élevés, les intérêts de la société à moyen ou à long terme étant relégués au second plan.

En outre, il est dans l'intérêt des actionnaires de savoir si les membres du conseil d'administration ou de la direction ont augmenté ou réduit leur participation au cours de l'exercice écoulé. En effet, ces derniers disposant de connaissances de première main sur la situation économique de la société, une modification de leur niveau de participation peut éventuellement donner des indications sur la marche des affaires de l'entreprise².

Par ailleurs, il est possible qu'un membre du conseil d'administration ou de la direction exerce une grande influence sur l'assemblée générale en raison du nombre de parts du capital social qu'il détient. Le contrôle de ces participations est déjà garanti, en partie, par l'actuel art. 663c CO, qui prévoit que les actionnaires importants et leurs participations doivent être indiqués dans l'annexe au bilan. Compte tenu des interactions entre le statut d'actionnaire et la gestion d'une société, il est judicieux de prévoir d'une manière générale la publication des participations et des droits de conversion ou d'option détenus par les membres du conseil d'administration et de la direction.

1.3.6 Transparence globale ou individuelle ?

L'obligation de rendre compte implique, en premier lieu, que soit indiqué le *montant global* des rémunérations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Sur la base de ces indications, il est possible d'établir combien la gestion de la société a coûté durant l'exercice.

Les membres du *conseil d'administration* sont élus individuellement par l'assemblée générale. Les tâches étant en principe réparties entre les différents membres, les actionnaires ont un intérêt légitime à savoir quelle somme touche quelle personne. Comme, par ailleurs, le problème de l'opération pour compte propre se pose s'agissant des indemnités octroyées aux membres du conseil d'administration, il est indispensable d'indiquer séparément le montant perçu par *chacun des membres*.

Un argument parfois avancé pour s'opposer à la publication individuelle des montants perçus est celui de la protection de la personnalité des membres du conseil d'administration, qui interdirait une transparence aussi poussée. Cependant, l'objectif étant non seulement de connaître les coûts de l'administration de la société, mais aussi de prévenir les abus, la publication individuelle des montants que chacun des membres du conseil d'administration a touché est indispensable. La motion Leutenegger Oberholzer 01.3153 n (Transparence des salaires des cadres et des indem-

² Voir ch. 2 de la directive de la SWX du 20 octobre 2003 relative à la publicité des transactions du management selon lequel la publicité "contribue à la bonne information des investisseurs, car en règle générale les dirigeants responsables d'un émetteur disposent avant le public d'informations susceptibles d'influencer la valeur de ses titres de participation et le fait qu'ils en achètent ou vendent permet de tirer des conclusions sur l'évolution future de la valeur".

nités des administrateurs; transmise sous forme de postulat), tout comme l'initiative parlementaire du groupe de l'Union démocratique du centre 02.406 n (Publication des indemnités et des participations des membres du conseil d'administration et de la direction), exigent explicitement que la transparence des indemnités soit établie au niveau individuel. De plus, selon la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1), les indications relatives au revenu et à la fortune ne font pas partie des données personnelles sensibles. En outre, selon l'art. 13, al. 1 LPD une atteinte à la personnalité n'est illicite que si elle n'est pas justifiée par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

En revanche, s'agissant des membres de la *direction*, le risque d'un conflit d'intérêts est moins grand: il n'y a pas d'opération pour compte propre, puisque leurs indemnités sont fixées non par eux-mêmes, mais par le conseil d'administration; il existe un contrôle interne à la société des montants octroyés par le conseil d'administration. L'on peut, dès lors, renoncer à exiger la publication séparée du montant des indemnités perçues par chacun des membres de la direction. Celui des membres de la direction qui perçoit la *rémunération la plus élevée* doit, toutefois, être contraint de communiquer le montant en question, pour éviter qu'une personne, dans le but de se soustraire aux règles de la transparence des coûts, reprenne la présidence de la direction générale plutôt que celle du conseil d'administration.

Il n'en va pas de même de la transparence concernant les participations. Comme il s'agit ici d'évaluer les activités de chaque personne à titre individuel, la publication globale des participations du conseil administratif ou de la direction n'est pas suffisante. Les participations doivent être indiquées *séparément pour chaque membre du conseil d'administration et de la direction*.

1.4 Autorégulation ou réglementation légale?

La Bourse suisse, qui se fonde sur l'autorégulation, a déjà adopté des dispositions en matière de transparence des indemnités et des participations. Le chiffre 5 DCG contient des règles impératives ayant trait à la transparence des indemnités et des participations (cf. ch. 1.1). On peut se demander si ces dispositions sont suffisantes ou si une réglementation légale est nécessaire.

La DCG se fonde sur la compétence dont jouit la Bourse en matière d'autorégulation qui vise à assurer une réaction rapide et flexible en cas d'évolution institutionnelle et technique sur les marchés financiers internationaux³. D'après sa nature, l'autorégulation convient plutôt à des questions de moindre importance politique. Certes, elle a fait ses preuves, dans la mesure où la DCG relative à la transparence a permis d'améliorer la situation à court terme. L'autorégulation n'a cependant pas de légitimation démocratique. Au vu de l'importance politique et économique de la transparence, il appartient au législateur d'ancrer lui-même de telles mesures dans le droit de la société anonyme et de procéder aux pesées d'intérêts nécessaires.

Sur le fond, la réglementation de la transparence prévue par la DCG doit être améliorée, en particulier sur les points suivants :

³ Message du 24.2.1993 concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, FF 1993 I 1269, 1283.

- La DCG requiert uniquement l'indication de la somme des indemnités versées à l'ensemble des membres du conseil d'administration et de la direction, ainsi que l'indemnité la plus élevée versée à un membre du conseil d'administration sans indiquer son nom. On ne tient ainsi pas compte du besoin avéré de transparence des actionnaires concernant les traitements de chacun des membres du conseil d'administration (cf. ch. 1.3.6). Il existe également un déficit de transparence par rapport à la réglementation prévue dans d'autres Etats qui prévoient, le plus souvent, une publication individuelle.
- En ce qui concerne les participations, des données globales ne suffisent pas non plus pour contrôler la gestion. Une publication individuelle est indispensable (cf. ch. 1.3.6).
- Comme les réglementations en matière boursière régissent en premier lieu les rapports juridiques entre la Bourse et l'émetteur, seules les sociétés sont destinataires des normes contenues dans la DCG. Corollairement, les sanctions⁴ sont également dirigées uniquement contre les sociétés. Il n'est pas possible d'appréhender sur le plan juridique les membres du conseil d'administration et de la direction agissant pour la société. Pour ce faire, il est nécessaire de créer une base légale particulière.

Il est nécessaire que le législateur soit actif, afin d'améliorer la transparence et de renforcer la confiance des investisseurs et du public dans l'activité des sociétés dont les actions sont cotées en bourse, dans le but de consolider la place économique suisse. Il lui incombe de prendre des mesures claires en tenant compte de tous les intérêts en présence et de veiller à les faire appliquer.

1.5 Droit comparé

1.5.1 Développement à l'étranger

Les principes du gouvernement d'entreprise, en particulier celui de la transparence en matière d'octroi d'indemnités et de participations, prennent de plus en plus d'importance au niveau international⁵.

Ainsi, les 26 et 27 mai 1999, les principes de la *Corporate Governance de l'OCDE* ont été adoptés au niveau ministériel lors de la séance du Conseil de l'OCDE. Les principes relatifs à la transparence sont réglés au ch. IV. L'obligation de transparence s'applique notamment aux informations importantes concernant les membres du conseil d'administration et du directoire, ainsi que leurs indemnités.

Sur le plan international, le *Sarbanes-Oxley Act*, signé par le Président des Etats-Unis le 30 juillet 2002 et qui s'applique à toutes les sociétés cotées en bourse aux

⁴ L'art. 82 du règlement de cotation du 24 janvier 1996 pour l'admission de valeurs mobilières à la SWX Swiss Exchange prévoit, à titre de sanctions, l'*avertissement*, la *publication du fait* que l'émetteur ou le donneur de sûretés a été sommé sans succès de publier ou d'annoncer des informations réglementaires, la *publication des informations réglementaires* qui n'ont pas été publiées par l'émetteur ou le donneur de sûretés, pour autant que l'instance d'admission soit en mesure de le faire, une *amende* jusqu'à CHF 200'000.-, la *suspension* du négoce, la radiation de la cotation (*décotation*), l'*exclusion* de l'émetteur ou du donneur de sûretés de nouvelles cotations, la *suppression* du statut de *représentant agréé* au sens de l'art. 50 ainsi que la *publication de la sanction*.

⁵ Pour le droit de l'Union européenne, voir ch. 4.

USA, joue également un rôle essentiel. Il concerne en particulier la question des crédits octroyés à des employés occupant une fonction dirigeante (voir ch. 2.1.2).

1.5.2 Allemagne et Autriche

En Allemagne, l'obligation de transparence en matière de versement d'indemnités est réglée au niveau de la loi. Ainsi, le paragraphe 285, ch. 9, du code de commerce (*Handelsgesetzbuch; HGB*) du 10 mai 1897 prévoit qu'en ce qui concerne les membres d'un directoire, d'un conseil d'administration, d'un conseil consultatif ou d'un organe semblable (respectivement pour chaque groupe de personnes), l'annexe des comptes annuels doit contenir les informations suivantes:

- "a. les rémunérations totales versées pour l'activité exercée durant l'exercice annuel (salaires, participations aux gains, droit de souscription et autres indemnités basées sur les actions, indemnités de frais, prestations d'assurance, commission et prestations accessoires de toutes sortes). Les rémunérations totales comprennent également les rémunérations qui ne sont pas versées, mais qui sont converties en prétentions d'un autre genre ou qui sont utilisées pour augmenter d'autres prétentions. Outre les rémunérations octroyées durant l'exercice annuel doivent aussi être déclarées les autres rémunérations accordées durant le même exercice, mais qui ne figurent jusqu'à présent dans aucun compte annuel;
- b. les rémunérations totales (indemnités, pensions de retraite, rentes pour survivants et prestations semblables) octroyées aux anciens membres des organes précités et à leurs survivants. La let. a, 2^e et 3^e phrase, s'applique par analogie. Le montant de la réserve constituée pour les pensions actuelles et futures de ce groupe de personnes, et le montant de la réserve non constituée pour ces pensions doivent également être indiqués;
- c. la totalité des avances et des crédits avec indication des intérêts, des conditions essentielles et, le cas échéant, des montants remboursés durant l'exercice annuel, ainsi que les obligations contractées en faveur de ces personnes; ..."

Une réglementation similaire est prévue dans le paragraphe 239, al. 1, ch. 2 à 5, du code de commerce autrichien (*Handelsgesetzbuch*) du 10 mai 1897.

D'autres règles sur la transparence sont prévues dans le *Deutsche Corporate Governance Kodex*, adopté par une commission gouvernementale instituée le 26 février 2002 par le Ministère fédéral de la justice. Le ch. 4.2.4, dans la version du 21 mai 2003, prévoit ce qui suit:

« La rémunération des membres du directoire doit figurer dans l'annexe au bilan du groupe. Elle est répartie entre la part fixe, la part liée au résultat et la part déployant des effets incitatifs à long terme. Les données doivent être individualisées. »

1.5.3 France

Selon le droit français, les indemnités des organes doivent être publiques. Cette question est réglée par le « décret n° 83-1020 du 29 novembre 1983 pris en application de la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 et relatif aux obligations comptables des commerçants ». Selon l'art. 24, ch. 18, l'annexe doit contenir les données sur le

montant des rémunérations allouées au titre de l'exercice aux membres des organes d'administration, de direction et de surveillance à raison de leurs fonctions. Ces informations sont données de façon globale pour chaque catégorie.

Selon l'art. L. 225-102-1 du code de commerce (art. 116 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques), les indemnités et les participations doivent être indiquées individuellement dans le rapport annuel.

1.5.4 Grande-Bretagne

En Grande-Bretagne, les entreprises ont l'obligation de donner des informations complètes sur les rémunérations. La réglementation déterminante à ce sujet est le *Combined Code* du *London Stock Exchange*, qui contient des directives et des règles standard relatives à la bonne surveillance d'une entreprise (« *Principles of Good Governance* », « *Code of Best Practice* »). Le *Combined Code* rassemble les recommandations de trois rapports d'experts (Cadbury Report de 1992, Greenbury Report de 1995 et Hampel Report de 1998). Selon ce code, les rémunérations des membres du conseil d'administration doivent être mentionnées de manière détaillée dans le bilan annuel.

En outre, le 25 juillet 2002, ont été adoptées, - en complément au *Companies Act* de 1985 – les *Directors' Remuneration Report Regulations*, qui prévoient l'établissement d'un *Remuneration Report* (rapport sur les rétributions) mentionnant de manière détaillée pour chaque « Director » les indemnités, les droits d'option et d'autres formes de rétribution qui ont été attribués (*Schedule 7A*).

2 Commentaire de l'avant-projet

2.1 Art. 663^{bis} CO (nouveau)

2.1.1 Champ d'application personnel

Conformément à l'initiative parlementaire Chiffelle, ainsi qu'à d'autres interventions parlementaires, l'avant-projet prévoit le renforcement de la transparence pour les sociétés dont les actions sont *cotées en bourse* (introduction de l'al. 1). Pour ces sociétés, il existe un intérêt public à la publication des indemnités.

La prévention des abus est particulièrement importante s'agissant des sociétés dont les actions sont cotées en bourse, car l'influence que les actionnaires individuels peuvent exercer sur les organes dirigeant de la société est souvent limitée. A cela s'ajoute que ces actions sont traitées en bourse. Il s'agit donc de protéger le marché des capitaux dans son ensemble.

En outre, il conviendra d'examiner dans le cadre du projet "gouvernement d'entreprise" actuellement en préparation, si la transparence des indemnités et participations doit être étendue à d'autres sociétés.

2.1.2 Champ d'application matériel

En vertu de la clause générale de l'al. 1, la transparence concerne d'abord l'ensemble des *indemnités*, que la société accorde aux membres du conseil d'administration et de la direction (sur les personnes concernées, cf. ch. 2.1.3). Peu importe la nature de ces indemnités ou les bases juridiques sur lesquelles elles se fondent. La formule « versées directement ou indirectement » établit clairement

qu'une indemnité doit être indiquée même si elle n'a pas été versée par la société elle-même, mais par une société du même groupe (art. 663e, al. 1, CO) ou par un tiers. En outre, l'usage de cette formulation permet d'éviter que le principe de transparence soit éludé par le choix d'une forme particulière de rémunération.

En complément de la clause générale de l'al. 1, l'al. 2 présente différents exemples d'indemnités qui doivent être rendues publiques. Cette énumération n'est pas exhaustive.

Selon l'al. 2, doivent, notamment, être indiqués :

- *les honoraires, les salaires, les bonifications et les notes de crédit (ch. 1)*: les honoraires et les salaires visent les cas typiques d'indemnités fixes versées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Les bonifications et les notes de crédit, en revanche, représentent les indemnités variables.
- *les tantièmes, les participations au chiffre d'affaires et autres participations au résultat d'exploitation (ch. 2)*.
- *les prestations en nature (ch. 3)*: il s'agit des prestations complémentaires souvent octroyées dans la pratique et qui ne consistent pas en versements d'argent liquide ou de note de crédit (« fringe benefits »).
- *l'attribution de participations, de droits de conversion et de droits d'option (ch. 4)*: doivent être indiqués les participations, droits de conversion et droits d'option octroyés pendant l'exercice écoulé (cf. également art. 663c, al. 3, AP CO).
- *les indemnités de départ versées aux membres quittant ou ayant précédemment quitté le conseil d'administration ou la direction (ch. 5)*: la nécessité d'une indication spécifique des indemnités de départ résulte également de la volonté d'éviter les conflits d'intérêts. La mention des anciens membres des organes de la société permet de préciser que cette disposition vise également les versements aux membres du conseil d'administration ou de la direction qui ont quitté leurs fonctions au cours d'un exercice précédent.
- *les cautionnements et les autres sûretés (ch. 6)*: ces transactions doivent être indiquées parce qu'elles ont pour effet de transférer le risque économique à la société. Les contrats de garantie, les reprises de dettes et la constitution de gage en faveur d'un tiers doivent notamment être mentionnés.
- *la renonciation à des créances (ch. 7)*: la renonciation à une créance impliquant un transfert d'actifs au détriment de la société, elle doit également être indiquée.
- *les charges qui fondent ou augmentent les prétentions à des prestations de prévoyance (ch. 8)* : dans la pratique, il est tout à fait courant que la société procède à une augmentation des prestations de prévoyance en faveur du personnel au profit des membres du conseil d'administration ou de la direction. Comme ces opérations favorisent la situation patrimoniale des bénéficiaires, il est normal qu'elles soient également signalées.

L'al. 3 exige la publication des prêts et autres crédits, qui constituent une forme particulière d'indemnités. Sous l'angle du gouvernement d'entreprise, les crédits alloués aux organes sont considérés, de manière générale, comme problématiques. Ainsi, la section 402 du « Sarbanes-Oxley Act » interdit aux sociétés soumises à ce texte d'octroyer des crédits personnels à leurs cadres dirigeants.

2.1.3 Personnes concernées

La fixation d'une indemnité aux membres d'un organe d'une société constitue une opération pour compte propre qui peut entraîner un conflit d'intérêts lorsque l'organe qui fixe l'indemnité est composé des personnes qui en bénéficieront (cf. ch. 1.3.2). C'est la raison pour laquelle les membres du *conseil d'administration* doivent être tenus de rendre publiques ces indemnités.

En vertu du principe de l'obligation de rendre compte, l'obligation d'indiquer les indemnités doit viser non seulement les membres du conseil d'administration, mais aussi les personnes auxquelles le conseil d'administration, en vertu de l'art. 716b, al. 1, CO, a délégué tout ou partie de la gestion de la société. Il s'agit donc des membres de l'organe qui est directement subordonné au conseil d'administration, en d'autres termes des membres de la *direction*.

La qualité d'actionnaire pouvant avoir une influence sur l'activité déployée au sein de la société, l'obligation de rendre publics les *participations*, les *droits de conversion* et les *droits d'option* doit également viser aussi bien les membres du conseil d'administration que ceux de la direction.

L'application du principe de la transparence aux membres du conseil d'administration et de la direction n'est pas contestée. La motion Walker 01.3329 n (Société par action. Principes de la corporate governance; transmise sous forme de postulat), tout comme l'initiative parlementaire du groupe de l'Union démocratique du centre mentionnée plus haut (02.406 n ; cf. ch. 1.3.6), visent explicitement les membres du conseil d'administration et ceux de la direction. Il en va de même de la DCG (cf. ch. 1.1).

Enfin, l'avant-projet – contrairement à la réglementation de la DCG – limite l'obligation de rendre publiques les indemnités aux membres effectifs du conseil d'administration et de la direction. Les personnes qui leur sont proches ne sont pas soumises à cette obligation. La notion de « personne proche » est tirée de l'art. 678 CO, qui porte sur la restitution de prestations. Il s'agit, cependant, d'un concept juridique qui n'est pas déterminé avec précision. En outre, l'identification des personnes proches se base sur des critères subjectifs et exige, dans chaque cas, une prise en compte de toutes les circonstances particulières. Pour éviter des difficultés d'application et pour ne pas faire naître une insécurité juridique, l'avant-projet renonce à utiliser cette notion.

2.1.4 Modalités de la transparence

L'al. 4 règle les modalités de la publication des *indemnités*. Cette publication est régie par les principes suivants:

- *indication du montant total ou des indemnités perçues par chaque personne* (cf. également ch. 1.3.6) : doivent être indiqués le montant total des indemnités octroyées au conseil d'administration et à la direction, la somme perçue par chacun des membres du conseil d'administration, ainsi que la somme perçue par le membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée. Lorsque les indemnités sont indiquées à titre individuel, il sera fait mention du nom et de la fonction de la personne concernée.

- *Moment déterminant* : le moment déterminant pour l'obligation de publier les indemnités est celui où celles-ci sont inscrites dans la comptabilité. Les indications correspondantes doivent ainsi figurer dans l'annexe au bilan de l'exercice durant lequel les indemnités sont dues.

Les *crédits* consentis aux membres du conseil d'administration et de la direction peuvent constituer des indemnités lorsque les conditions auxquelles ils sont accordés sont particulièrement favorables. Il convient, dès lors, d'indiquer non pas le montant octroyé au cours de l'exercice, mais le montant total des prêts et crédits en cours, puisque les avantages dont bénéficie la personne concernée découlent de l'ensemble des conditions du crédit consenti (al. 3).

2.2 Art. 663c, al. 3, CO (nouveau)

L'actuel art. 663c CO règle la publication des participations dans les sociétés publiques, qui doivent indiquer, dans l'annexe de leur bilan, leurs actionnaires importants. Le nouvel al. 3 exige que soient aussi mentionnées, à l'avenir, les participations à la société *des membres du conseil d'administration et de la direction*. L'impératif de transparence s'étend aussi aux droits de conversion et d'option qui peuvent également, dans certaines circonstances, influencer la manière dont leur détenteur s'acquitte de ses tâches de gestion de la société (cf. ch. 1.3.5).

L'obligation de publication ne doit pas se limiter aux droits acquis durant l'exercice écoulé mais doit comprendre l'ensemble des participations, afin que le lien entre la gestion de la société et les participations soit identifiable. Pour qu'une évaluation de la gestion de la société soit possible, les participations de chacun des membres du conseil d'administration et de la direction doivent être indiquées séparément.

2.3 Contrôle du respect des principes de transparence

La transparence des indemnités et des participations ne sera assurée que si les dispositions législatives peuvent être appliquées efficacement. L'essentiel est que les indications fournies soient correctes et complètes.

Le contrôle du respect des impératifs de transparence est possible dans la mesure où les indications relatives aux indemnités et aux participations des membres du conseil d'administration et de la direction doivent figurer dans *l'annexe des comptes annuels*. Cette annexe faisant partie des comptes annuels, comme le précise l'art. 662, al. 2, CO, *l'organe de révision* vérifiera ainsi que les indications fournies sont conformes à la loi et aux statuts (art. 728, al. 1 CO). L'objet de la vérification est de contrôler que les transactions enregistrées sont exactes et complètes. Conformément à l'art. 729b, al. 1, CO, l'organe de révision qui constate des violations de la loi lors de la vérification doit en avertir le conseil d'administration et dans les cas graves également l'assemblée générale.

Ainsi, le contrôle par un réviseur externe indépendant (art. 727c CO) représente souvent, dans la pratique, un renforcement très efficace de l'application des dispositions du droit de la société anonyme.

Ce mécanisme de contrôle est renforcé par l'obligation qu'ont les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, en vertu de l'art. 697h, al. 1, CO, de publier leurs comptes annuels dans la *Feuille officielle suisse du commerce* ou d'en délivrer un exemplaire à toute personne qui en fait la demande dans l'année qui suit leur appro-

bation. Le public a ainsi la possibilité d'être informé des indemnités et participations accordées aux organes de la société.

2.4 Conséquences de la violation des prescriptions sur la transparence

Le non-respect de l'obligation prévue dans l'avant-projet de rendre publiques les indemnités et les participations des membres du conseil d'administration et de la direction constitue une violation d'un *devoir imposé par le droit de la société anonyme*. Selon le droit en vigueur, cette violation entraîne les sanctions détaillées ci-après.

2.4.1 Sanctions internes prononcées par le conseil d'administration

Dans l'appareil de sanctions du droit de la société anonyme, un rôle important est dévolu au conseil d'administration lui-même, qui est chargé, en vertu de l'art. 716a, al. 1, ch. 5, CO, d'exercer la *haute surveillance* sur les personnes chargées de la gestion. Dans le cadre de ces fonctions de surveillance, le conseil d'administration peut, par exemple, destituer un membre de la direction qui agit de manière contraire à ses devoirs ou même révoquer un de ses propres membres d'un comité (art. 726, al. 1, CO).

2.4.2 Droits des actionnaires

Les droits dont disposent les actionnaires jouent un rôle essentiel pour l'application des prescriptions en matière de transparence :

- les *droits d'information* des actionnaires, en particulier les droits de renseignement et de consultation prévus à l'art. 697 CO, qui leur permettent de poser des questions ciblées lors de l'assemblée générale ;
- le *droit de vote* des actionnaires, en particulier le droit de ne pas réélire ou de révoquer les membres du conseil d'administration, ainsi que le droit de refuser de donner décharge au conseil d'administration ;
- le droit d'intenter une *action en responsabilité* lorsque des indemnités ou participations ne figurent pas dans l'annexe au bilan du fait qu'un membre du conseil d'administration ou de la direction a manqué intentionnellement ou par négligence à ses devoirs, et qu'il en est résulté un dommage (art. 754 CO) ;
- le droit d'intenter, contre les membres du conseil d'administration ou de la direction, une action en *restitution* de prestations de la société selon l'art. 678, al. 2, CO ; dans ce cas, cependant, il ne suffit pas que l'obligation de publication ait été violée, il faut aussi que les prestations en question soient en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société.

2.4.3 Sanctions pénales

Enfin, il existe des dispositions *pénales* sanctionnant certains actes qui touchent au droit de la société anonyme. Sont à mentionner, en particulier, les infractions de gestion déloyale, selon l'art. 158 du code pénal suisse (CP; RS 311.0), et de faux renseignements sur des entreprises commerciales, selon l'art. 152 CP.

2.5 Modifications d'autres dispositions du code des obligations

Pour les art. 663*b*, 663*d*, 663*e*, 663*h* et 664 CO, seul le titre marginal ou la numérotation du titre marginal est modifié.

2.6 Modification de l'art. 6a de la loi sur le personnel de la Confédération

La transparence en matière d'indemnités attribuées aux cadres supérieurs des entreprises et des établissements de la Confédération est déjà réglée par la loi fédérale du 20 juin 2003⁶ sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération. Celle-ci poursuit en principe les mêmes buts que le présent avant-projet, sans toutefois prévoir une transparence individuelle (voir ch. 1.1). Cependant, les entreprises et les établissements de la Confédération ne sont pas des sociétés anonymes de droit privé dont les actions sont cotées en bourse. En outre, le Conseil fédéral édicte les principes applicables à la rémunération (prestations annexes comprises).

L'art. 6a, al. 6, en rapport avec l'al. 4, prévoit une réglementation spéciale pour les entreprises *liées* à la Confédération et dont les actions sont cotées en bourse. Il a ainsi été tenu compte du fait que ces entreprises sont encore plus soumises que d'autres aux lois du marché et de la concurrence⁷.

Afin de garantir l'égalité de traitement entre les entreprises liées à la Confédération cotées en bourse et les autres entreprises dont les actions sont cotées en bourse, il est nécessaire de modifier l'art. 6a LPers, en renvoyant uniquement aux dispositions prévues par le présent avant-projet. Celles-ci garantissent de même la transparence et vont partiellement plus loin que la LPers⁸.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

La réglementation sur la transparence en matière d'indemnités octroyées à des membres du conseil d'administration ou du directoire n'a en principe des conséquences financières ou d'effets sur l'état du personnel ni pour la Confédération ni pour les cantons.

3.2 Conséquences économiques

Garantir la transparence dans le domaine des indemnités et des participations accordées aux membres du conseil d'administration et du directoire est important du point de vue politico-économique. Pour consolider la place financière de la Suisse, il

⁶ FF 2003 4111.

⁷ Avis du Conseil fédéral du 29 mai 2002 sur le rapport du 25 avril 2002 de la Commission des institutions politiques du Conseil national relatif aux entreprises liées à la Confédération. Salaires des cadres et rémunérations des membres des conseils d'administration, FF 2002 6990, 6994.

⁸ L'art. 6a LPers selon la loi du 20 juin 2003 sur la rémunération et sur d'autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants (FF 2003 4110, 4111) entrera en vigueur indépendamment de la présente révision de loi.

est nécessaire de renforcer la confiance des investisseurs et du public dans les entreprises dont les actions sont cotées en bourse.

L'amélioration de la transparence au niveau légal s'observe également dans de nombreux autres pays et dans des organismes internationaux. Les prescriptions relatives à l'obligation de transparence sont, dans une large mesure, similaires.

Certains font cependant valoir que la transparence pourrait, le cas échéant, entraîner une augmentation du montant des indemnités. Cette thèse n'est nullement prouvée. Il existe en revanche des indices en faveur de la thèse opposée, à savoir que la publication des indemnités, à long terme, freinerait la "spirale ascensionnelle".

Au surplus, les entreprises dont les actions sont cotées en bourse⁹ ont déjà l'obligation, selon la RLCG, de fournir des informations en ce qui concerne les indemnités et les participations accordées aux membres du conseil d'administration et de la direction. En conséquence, la réglementation proposée n'introduit pas le principe de la transparence; elle l'améliore et rend possible des mesures à l'encontre des personnes qui ont perçu des indemnités de manière indue.

3.3 Réglementations alternatives

Il n'existe pas d'alternative afin d'améliorer la transparence dans le sens de la présente proposition. Quand bien même un alignement des tantièmes serait encouragé au moyen d'une nouvelle réglementation fiscale, le manque de transparence subsisterait néanmoins pour les indemnités qui ne sont pas des tantièmes et qui, en conséquence, ne sont pas nécessairement fixées par l'assemblée générale. Une réglementation qui prévoirait que les autres indemnités, en sus des tantièmes, devraient être fixées par l'assemblée générale, supposerait une nouvelle répartition de compétences au sein de la société et outrepasserait la question de la transparence.

4 Relation avec le droit européen

La quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés et la septième directive 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983, concernant les comptes consolidés prévoient que l'annexe doit comporter entre autres le montant des rémunérations allouées au titre de l'exercice aux membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance ainsi que le montant des crédits qui leur sont accordés (pour les réglementations des différents pays, voir ch. 1.5.2 ss).

Afin de favoriser l'accroissement de la capacité de rendement et de la capacité concurrentielle des entreprises, de renforcer les droits des actionnaires et d'améliorer la protection des tiers, la commission des Communautés européennes a adopté un plan pour avancer (communication du 21 mai 2003 relative à la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne), qui, dans le domaine de la Corporate Governance, estime, entre autres choses, que l'amélioration de la transparence correspond à une nécessité.

⁹ Le 1^{er} juillet 2003, 354 sociétés étaient cotées à la SWX, dont 274 dans le segment principal, 27 dans le SWX Local Caps et 53, qui ont coté uniquement des obligations d'emprunt.

5 Constitutionnalité

5.1 Compétence de la Confédération d'édicter des normes sur la transparence en matière d'indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction

L'avant-projet se fonde sur l'art. 122, al. 1, de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101), qui donne à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil.

5.2 Compatibilité avec la protection de la sphère intime

La réglementation de la transparence en ce qui concerne les indemnités et les participations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction ne viole pas le principe de la protection de la sphère privée ancré dans l'art. 13 Cst. Une éventuelle atteinte à la sphère privée par une obligation légale de transparence serait justifiée par l'intérêt public (protection des actionnaires et du marché des capitaux) et serait conforme au principe de la proportionnalité.

Code des obligations

(Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction)

Modification du ...

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le message du Conseil fédéral du ...¹

arrête:

I

Le code des obligations² est modifié comme suit:

Art. 663b, titre marginal

IV. Annexe

1. En général

Art. 663b^{bis} (nouveau)

2. Indications supplémentaires pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

a. Indemnités

¹ Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues d'indiquer dans l'annexe au bilan toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement :

1. aux membres du conseil d'administration;
2. aux personnes auxquelles le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion de la société (direction).

² Les indemnités comprennent notamment:

1. les honoraires, les salaires, les bonifications et les notes de crédit;
2. les tantièmes, les participations au chiffre d'affaires et les autres participations au résultat d'exploitation;
3. les prestations en nature;

¹ FF ...

² RS 220

4. l'attribution de participations, de droits de conversion et de droits d'option;
5. les indemnités de départ versées aux membres quittant ou ayant précédemment quitté le conseil d'administration ou la direction;
6. les cautionnements et autres sûretés;
7. la renonciation à des créances;
8. les charges qui fondent ou augmentent les prétentions à des prestations de prévoyance.

³ Doivent également être indiqués tous les prêts et autres crédits en cours consentis aux membres du conseil d'administration ou de la direction.

⁴ Les indications sur les indemnités et les crédits doivent inclure:

1. le montant total pour le conseil d'administration ainsi que la somme perçue par chacun de ses membres, avec mention de leur nom et de leur fonction;
2. le montant total pour la direction ainsi que la somme perçue par le membre dont la rémunération est la plus élevée, avec mention du nom et de la fonction du membre.

Art. 663c, titre marginal et al. 3 (nouveau)

b. Participations

³ Doivent également être indiquées les participations ainsi que les droits de conversion et d'option de chacun des membres du conseil d'administration et de la direction, avec mention de leur nom et de leur fonction.

Art. 663d, titre marginal

V. Rapport annuel

Art. 663e, titre marginal

VI. Comptes de groupe

1. Etablissement obligatoire

Art. 663h, titre marginal

VII. Protection et adaptation

Art. 664, titre marginal

VIII. Evaluation

1. Frais de fondation, d'augmentation du capital et d'organisation

II

La loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération³ est modifiée comme suit:

Art. 6a, al. 6

⁶ Le Conseil fédéral veille à ce que les principes édictés en vertu des al. 1 à 5 soient appliqués par analogie à toutes les entreprises régies par le droit privé, dont le capital et les voix sont détenus, à titre majoritaire, par la Confédération et dont le siège se trouve en Suisse. Sont exceptées les sociétés dont les actions sont cotées en bourse. Les art. 663b^{bis} et 663c, al. 3, du Code des obligations⁴ s'appliquent à ces dernières.

III

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

³ RS 172.220.1

⁴ RS 220

Table des matières

Condensé	1
1 Partie générale.....	1
1.1 Contexte	1
1.2 Genèse du projet	3
1.3 Nécessité de la transparence concernant les indemnités et participations octroyées aux membres du conseil d'administration et de la direction	4
1.3.1 Transparence et gouvernement d'entreprise	4
1.3.2 Opérations pour compte propre des membres du conseil d'administration	5
1.3.3 Obligation de rendre compte	5
1.3.4 Attribution de tantièmes	6
1.3.5 Transparence concernant les droits de participation.....	6
1.3.6 Transparence globale ou individuelle ?.....	7
1.4 Autorégulation ou réglementation légale?	8
1.5 Droit comparé	9
1.5.1 Développement à l'étranger	9
1.5.2 Allemagne et Autriche	10
1.5.3 France	10
1.5.4 Grande-Bretagne	11
2 Commentaire de l'avant-projet.....	11
2.1 Art. 663b ^{bis} CO (nouveau).....	11
2.1.1 Champ d'application personnel.....	11
2.1.2 Champ d'application matériel.....	11
2.1.3 Personnes concernées	13
2.1.4 Modalités de la transparence	13
2.2 Art. 663c, al. 3, CO (nouveau)	14
2.3 Contrôle du respect des principes de transparence.....	14
2.4 Conséquences de la violation des prescriptions sur la transparence	15
2.4.1 Sanctions internes prononcées par le conseil d'administration	15
2.4.2 Droits des actionnaires.....	15

2.4.3	Sanctions pénales.....	15
2.5	Modifications d'autres dispositions du code des obligations.....	16
2.6	Modification de l'art. 6a de la loi sur le personnel de la Confédération.....	16
3	Conséquences	16
3.1	Conséquences financières et effets sur l'état du personnel.....	16
3.2	Conséquences économiques	16
3.3	Réglementations alternatives.....	17
4	Relation avec le droit européen.....	17
5	Constitutionnalité.....	18
5.1	Compétence de la Confédération d'édicter des normes sur la transparence en matière d'indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction	18
5.2	Compatibilité avec la protection de la sphère intime.....	18
	Modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction) - avant-projet.....	19