

16.077 Droit de la société anonyme. Recommandation pour des délibérations tenant compte des besoins des milieux économiques au sein de la CAJ-E en 2019

1. Principe : délibérations dans le sens des décisions du Conseil national

Un grand nombre des points critiques soulevés dans le cadre de la consultation ont été pris en compte dans le projet du Conseil fédéral. Aussi l'économie a-t-elle pu appuyer une entrée en matière sur le projet. Pour les entreprises membres d'economiesuisse, l'assouplissement proposé des structures du capital et en particulier la marge de fluctuation du capital constituaient des modernisations bienvenues. L'ORAb a été mise en œuvre de façon à ne pas exiger une modification des statuts des entreprises et donc sans impliquer des modifications excessivement importantes. Cependant, des adaptations restaient nécessaires par rapport au projet du Conseil fédéral.

Lors de ses délibérations, le Conseil national a procédé à un grand nombre des adaptations encore requises.

En conséquence, nous vous recommandons de délibérer dans le sens des décisions du Conseil national. D'autres adaptations sont cependant encore nécessaires, toujours sur la base du projet du Conseil national.

2. Le projet du Conseil national doit être adapté

Les deux points suivants du projet du Conseil national doivent notamment être adaptés :

— **Art. 734f CO et art. 4 dispositions transitoires, représentation pour chaque sexe**

Il n'est pas nécessaire de définir des quotas de genre pour le conseil d'administration. De nombreuses grandes entreprises respectent déjà les valeurs indicatives et on peut s'attendre à ce que d'autres leur emboîtent le pas.

La valeur indicative prévue au sein de la direction pose un problème particulier. Pour la Suisse, cela reviendrait à faire cavalier seul, ce qui est inopportun.

— **Art. 725 CO, pas d'obligation de garantie imposée au conseil d'administration pour la solvabilité de la société et problème du plan de trésorerie**

Nous sommes favorables à la réglementation décidée par le Conseil national à l'art. 725 s. CO. Les adaptations suivantes sont toutefois nécessaires :

- Le conseil d'administration ne doit pas avoir à « garantir » la solvabilité. Cela pourrait l'inciter à donner une garantie injustifiée de la solvabilité et conduire ainsi à une responsabilité objective injustifiée du conseil d'administration.

- De plus, le plan de trésorerie doit être entièrement supprimé de l'art. 725 CO. Ce nouvel instrument restreint la marge de manœuvre du conseil d'administration et engendrerait des charges administratives inutiles.

Les points suivants doivent également être adaptés :

- **Art. 689a, al. 2 CO. Légitimation à l'égard de la société. Complément concernant les actions au porteur :** Étant donné les campagnes régulièrement menées à l'international contre les actions au porteur, il serait approprié de préciser à l'art. 689a, al. 2 CO que les droits de vote d'actions au porteur ne peuvent être exercés que par quiconque communique son nom et son lieu de domicile à l'assemblée générale. L'action au porteur deviendrait alors assimilable à une action nominative pendant la durée de l'assemblée générale et aurait même, pour les actionnaires exerçant une influence sur la destinée de la société, une valeur supérieure à celle de l'action nominative endossée en blanc telle qu'on la connaît à l'étranger, pour lesquelles un simple « streetname » suffit pour l'inscription dans le registre des actions dans les pays anglo-saxons.
- **Art. 734a, al. 2, ch. 8 CO. Cotisations de l'employeur à l'AVS, AC et AI. Exclusion de l'imputation au montant total des rémunérations :** La prise en compte des cotisations de l'employeur à l'AVS, AC et AI dans les rémunérations totales reste sous-estimée et peu claire. Ces cotisations ne doivent pas être considérées comme un élément des montants totaux maximaux des rémunérations du conseil d'administration et de la direction devant obligatoirement être approuvés par l'assemblée générale. En vertu de la loi, elles doivent être versées directement à la caisse de compensation par la société. Ces montants et leur provenance ne devraient contribuer ni à la justification des prestations de l'AVS ni à une augmentation marquée de celles-ci pour les fonctions habituellement assumées par les membres du conseil d'administration et de la direction ainsi que les conseillers consultatifs. En général, ces personnes ont fortement cotisé à l'AVS et ont droit à la rente maximale de sorte que ces contributions deviennent, dans les faits, un impôt pour les entreprises. Si une entreprise émet à titre d'incitation des options pluriannuelles ou des S-SARs pouvant être touchées ultérieurement en cas de nette plus-value des cours boursiers, il faudrait effectuer au moment de l'émission une estimation presque impossible de l'évolution. Étant donné que la date d'exercice des options pluriannuelles n'est pas définie, cela augmenterait inutilement le niveau des salaires, dont le montant global doit être fixé de manière contraignante par l'assemblée générale, ce qui est en contradiction avec l'objectif de clarté. Il en va autrement des contributions aux institutions de prévoyance vieillesse des entreprises, qui doivent habituellement être directement considérées comme constitutives de rentes et donc comme des prestations de l'entreprise en faveur des bénéficiaires.
- **Art. 154, al. 2, ch. 2 CP. Représentation par un dépositaire :** Étant donné l'interdiction faite aux dépositaires d'exercer le droit de vote, le fait que le conseil d'administration soit punissable ne nous paraît pas justifié objectivement et ne devrait pas être transposé dans le droit ordinaire (art. 154 al 2, ch. 2 CP). Le conseil d'administration n'a pas d'influence sur l'exercice du droit de vote par les dépositaires. Dans le cas d'actions nominatives, un représentant dépositaire peut agir en tant que propriétaire vis-à-vis de la société et le conseil d'administration n'a aucune possibilité de s'assurer si le gérant de dépôt agissant en tant qu'actionnaire est vraiment le propriétaire des actions ou si celles-ci ne lui ont été confiées qu'à des fins de garde.
- **Nouvel art. 6, al. 1, let. I LT. Pas de doubles impositions au titre de droit de timbre de négociation (notamment en lien avec la marge de fluctuation du capital) :** Lors de la formulation des aspects fiscaux de la révision du droit de la société anonyme, l'AFC a commis une erreur en ce qui concerne le droit de timbre d'émission. L'AFC n'a, par inadvertance, pas prévu pour le

droit de timbre d'émission le principe du montant net qu'elle se propose d'introduire dans la LIFD, la LHID et la LIA dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme. Si la LT ne prévoit pas le principe du montant net, les sociétés, en particulier celles qui utilisent la marge de fluctuation du capital, pourraient avoir à s'acquitter plusieurs fois du droit de timbre d'émission. Il convient d'éviter une double imposition.

L'exemple suivant illustre le problème : Admettons qu'une société décide de procéder à une augmentation de son capital de 100 à 150 l'année 0, elle doit s'acquitter du droit de timbre d'émission sur l'augmentation de capital de 50. Ensuite, elle réduit légèrement son capital de 150 à 120 l'année 3, avant de l'augmenter à nouveau de 120 à 160, durant l'année 5, dans le cadre d'un programme de participation des collaborateurs. Selon le droit en vigueur, elle doit s'acquitter du droit de timbre d'émission sur 40, ce qui correspond à la totalité de l'augmentation de capital. La réglementation en vigueur en matière de droit de timbre d'émission est donc en totale contradiction avec la flexibilisation des structures du capital visée avec la révision du droit de la société anonyme. En pratique, elle devrait même l'empêcher. Pour que cette flexibilisation devienne réalité, une adaptation est également nécessaire au niveau du droit de timbre d'émission. Dans le présent exemple, la société ne doit s'acquitter, dans l'année 5, du droit de timbre d'émission que sur une partie du capital qu'elle a levé au cours des dix dernières années. Plus précisément, elle ne doit s'acquitter du droit de timbre d'émission que sur les 10 dépassant les 150. L'année 0, la société avait en effet déjà payé le droit de timbre sur l'augmentation de capital de 100 à 150.

Remarque complémentaire : Cette question fiscale n'est pas en lien avec les discussions fiscales au sujet de la marge de fluctuation du capital menées au sein de la CAJ-N et du Conseil national. Il ne s'agit que de la rectification d'une erreur ne pouvant plus être corrigée à l'initiative de l'AFC, mais uniquement dans le processus parlementaire.

3. Maintenir des décisions pertinentes du Conseil national

Lors de ses délibérations, le Conseil national a en grande partie tenu compte des besoins techniques des milieux économiques et de l'importance d'un droit de la société anonyme opérationnel. Il a amélioré substantiellement le projet du Conseil fédéral surtout sur les points ci-après. **Nous vous recommandons de maintenir ces adaptations du Conseil national et de ne pas restaurer la version du Conseil fédéral.**

— **Décisions du Conseil national concernant la mise en œuvre de l'ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en Bourse (ORAb) :** Le Conseil national a pris plusieurs décisions que les milieux économiques soutiennent tel quel. Les décisions ci-après, avant tout techniques mais impactant la pratique, sont particulièrement positives à nos yeux :

- **Art. 734a, al. 3, ch. 4 CO :**

La version du Conseil fédéral ne prévoit pas de divulgation individuelle des rémunérations, ce qui est juste. Le Conseil fédéral l'a toutefois prévue pour le montant complémentaire. Cela n'est pas cohérent ; indiquer le nom et les fonctions des membres de la direction ayant reçu le montant complémentaire est suffisant dans l'optique d'un contrôle.

Le Conseil national a très justement adapté la formulation de l'art. 734a, al. 3, ch. 4 CO.

- **Art. 734e CO :**

Le projet demande que les « autres activités » des membres du conseil d'administration et de la direction soient indiquées dans le rapport de rémunération. Dès lors, ces informations seraient soumises à un contrôle de l'organe de révision, ce qui est disproportionné. Sans compter que l'ORAb ne le prévoit pas. L'ordonnance prévoit seulement que « 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 ou dans un registre similaire à l'étranger et qui ne sont pas contrôlées par la société ou qui ne contrôlent pas la société » doit être fixé dans les statuts.

Le Conseil national souhaite biffer cet article. Au vu de ce qui précède, nous soutenons sa position.

- **Art. 735a, al. 2 CO :**

Le Conseil fédéral souhaite incontestablement que le montant complémentaire n'entraîne pas de hausse de la rémunération en faveur des membres de la direction. Une augmentation substantielle de la rémunération peut pourtant avoir lieu lorsqu'un membre de la direction est nommé CEO, par exemple. Lorsque la nomination et l'entrée en fonction surviennent avant l'assemblée générale suivante, il doit être possible d'utiliser le montant complémentaire.

Il faut donc prévoir que le montant complémentaire puisse être utilisé également si le montant global des rémunérations après le changement de fonction de membres de l'organe n'est pas suffisant. Le Conseil national a formulé un ajout dans ce sens que nous soutenons.

- **Art. 71a LPP :**

La version du Conseil fédéral oblige les institutions de prévoyance à voter sur toutes les propositions annoncées. Le Conseil fédéral a indiqué dans l'ORAb les éléments requis par la Constitution. Il n'y a aucune raison d'aller au-delà et d'obliger les actionnaires – ou les institutions de prévoyance – à voter. Inscrire dans la loi une obligation étendue de voter, pour les institutions de prévoyance, équivaldrait à un changement de paradigme qui n'est pas prévu par la Constitution ni justifié matériellement. Lorsqu'elle le juge nécessaire pour préserver les intérêts de ses bénéficiaires, une institution de prévoyance votera aussi sur les objets non obligatoires. Une nouvelle obligation légale n'est pas nécessaire pour cela. Une institution de prévoyance y est d'ailleurs déjà contrainte par les principes juridiques généraux du droit suisse de la prévoyance. Les lignes directrices destinées aux investisseurs institutionnels recommandent aussi aux institutions de prévoyance d'exercer leurs droits de vote à l'assemblée générale lorsque cela est dans l'intérêt de leurs bénéficiaires (Principe 1 des lignes directrices). Dans cette optique, il importe d'éviter une surréglementation qui alourdirait les coûts.

Le Conseil national n'a pas prévu une obligation étendue d'exercer le droit de vote. Il reprend les obligations de voter fixées par l'ORAb.

— **Autres décisions importantes du Conseil national :** Indépendamment des dispositions relatives à l'ORAb, le Conseil national a également pris d'autres décisions importantes pour les milieux économiques, en particulier :

- **Art. 675a, al. 2 CO :**

L'al. 2 proposé par le Conseil fédéral demande que les comptes intermédiaires soient vérifiés par l'organe de révision avant le versement d'un dividende intermédiaire.

Le Conseil national a décidé qu'il était possible de renoncer à la vérification si tous les actionnaires approuvent le versement du dividende intermédiaire. La réglementation qu'il a prévue va dans le sens de l'assouplissement visé par la révision, évite des formalités inutiles tout en intégrant la protection des actionnaires minoritaires. Cette disposition est

extrêmement judicieuse, notamment dans des groupes, car l'exigence relative à la vérification des comptes intermédiaires est inutile dans leur cas.

- **Art. 678, al. 4 CO :**

L'al. 4 proposé par le Conseil fédéral donne aux créanciers un droit à la restitution lorsque des prestations ont été accordées au sein d'un groupe. Les créanciers disposeraient de ce droit également quand les sociétés concernées ne connaissent pas de difficultés financières et que leurs droits ne sont pas touchés. Une telle réglementation pourrait compliquer voire rendre impossible le financement intragroupe et en particulier la centralisation de trésorerie (« cash-pooling », en anglais). Dans certains cas, des entreprises pourraient être contraintes de divulguer leurs structures de financement et de capital, ce qui les affaiblirait face à la concurrence. De plus, un tel droit d'agir pourrait être utilisé abusivement – en particulier par des fonds spéculatifs très actifs – pour faire pression sur un groupe d'entreprises.

Le Conseil national a eu raison de biffer ce droit à la restitution des créanciers dans le cas de prestations entre sociétés d'un groupe.

- **Art. 699a CO :**

La disposition prévue par le Conseil fédéral entraîne un changement systémique incisif qui obligerait les entreprises à tenir leur assemblée générale plus tard. Cela va à l'encontre de ce que les investisseurs n'ont eu de cesse de demander et que de nombreuses entreprises ont mis en place. Il ne serait plus possible d'organiser des assemblées générales en février ou mars, comme le font certaines grandes sociétés. Le report de l'assemblée générale à une autre période de l'année aurait pour effet que les grandes firmes bâloises ne pourraient plus organiser leur assemblée générale à proximité, faute de locaux disponibles (salons, foires, manifestations sportives). Cette disposition n'apporte pas de valeur ajoutée et ne résout aucun problème.

Le Conseil national a donc supprimé cette disposition – ce qui est extrêmement important.

- **Art. 702, al. 4 CO :**

Le projet du Conseil fédéral prévoit que le procès-verbal doit être mis à la disposition des actionnaires dans les 30 jours qui suivent l'assemblée générale. Si les documents ne sont pas accessibles en format électronique, chaque actionnaire peut exiger qu'ils lui soient délivrés sur papier dans les meilleurs délais et gratuitement.

Cette réglementation pose plusieurs problèmes. Dans de nombreuses entreprises, le procès-verbal est approuvé par le conseil d'administration. Or la séance du conseil d'administration qui suit l'assemblée générale a rarement lieu dans cet intervalle de 30 jours après l'assemblée générale. Il faut donc supprimer ce délai de 30 jours. Les entreprises doivent en outre pouvoir offrir la possibilité aux actionnaires de consulter le procès-verbal à condition que leurs intérêts soient touchés, comme c'est le cas aujourd'hui. Certaines entreprises dressent des procès-verbaux très étendus qui ne peuvent pas être distribués largement. La diffusion incontrôlée d'un procès-verbal détaillé soulève des questions en ce qui concerne les droits personnels par rapport aux déclarations d'autres actionnaires.

La réglementation du Conseil national ne supprime pas tous les problèmes, mais elle le fait en grande partie et est préférable à la proposition du Conseil fédéral.

- **Art. 703 et 704 CO :**

Dans la version du Conseil fédéral, ces articles prescrivent que l'assemblée générale doit prendre ses décisions à la majorité des voix exprimées (et non à la majorité des voix

représentées selon le droit en vigueur et le Conseil national). En présence d'un actionnariat fragmenté, des décisions relatives à des propositions spontanées pourraient tomber de manière arbitraire avec une réglementation prévoyant la majorité des voix exprimées, ce qui n'est guère compatible avec les exigences d'une bonne gouvernance d'entreprise. Ainsi, une proposition spontanée présentée à 100 actionnaires pourrait être votée avec le soutien de tout juste six d'entre eux.

Il est de la plus haute importance de suivre la décision du Conseil national relative à la majorité des voix représentées.

- **Art. 707 CO :**

Le Conseil national s'exprime en faveur du droit en vigueur et en particulier en faveur du maintien de l'al. 3, ce qui est juste. Le droit en vigueur avait été maintenu volontairement lors de la révision du droit de la société à responsabilité limitée. Sous l'angle de la transparence, cela fait une différence si une personne est élue sur la base du poids d'une personne morale ou explicitement en tant que son représentant.

4. Points à ne reprendre en aucun cas dans le projet – en particulier pour éviter un durcissement de l'ORAb

— **Pas de durcissement de l'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb) :** La CAJ-E avait durci l'ORAb, ce qui aurait été extrêmement problématique. La législation suisse contient déjà des dispositions très poussées sur les rémunérations. Il aurait été vraiment dommage que ces durcissements affaiblissent inutilement la Suisse en tant que site d'implantation de groupes.

De plus, nous attirons votre attention sur le fait que nos entreprises membres se sont adaptées et ont adapté leurs statuts à la suite de l'entrée en vigueur de l'ORAb, ce qui a généré des frais et suscité des incertitudes à l'échelle internationale. La sécurité de planification est vitale pour les entreprises suisses, raison pour laquelle il faut éviter de susciter de nouvelles incertitudes. Les durcissements envisagés, problématiques sur le principe, auraient obligé les entreprises à adapter à nouveau leurs statuts.

Nous étions particulièrement critiques en ce qui concerne les propositions de la CAJ-E pour l'art. 735, al. 3, ch. 4 CO relatif à l'interdiction des votes prospectifs sur les rémunérations variables et l'obligation de divulguer individuellement les rémunérations de la direction (art. 734a, al. 3, ch. 2 CO). Nous avons critiqué aussi tout particulièrement le nouvel art. 734, al. 2^{bis} CO selon lequel les rémunérations et leurs composantes devaient être indiquées à la valeur du marché. La liste des dispositions durcissant l'ORAb était longue. Nous vous recommandons expressément de ne pas les réintroduire dans le projet.

— **Non à une disposition maintenant, jusqu'à l'assemblée générale, le secret sur la manière dont le droit de vote a été exercé, que ce soit individuellement ou collectivement :** La CAJ-E avait proposé un art. 689c, al. 4^{bis} CO dont la teneur est la suivante : « Jusqu'à l'assemblée générale, il maintient le secret sur la manière dont le droit de vote a été exercé, que ce soit individuellement ou collectivement ». Dans la mesure où – ce n'est pas certain – « il » désigne le représentant indépendant, cela aurait posé d'importants problèmes aux entreprises, surtout aux grandes. Le conseil d'administration aurait été dans l'impossibilité de réagir à des surprises en amont de l'assemblée générale (des erreurs pouvant survenir en lien avec les plateformes de vote, comme une inversion des points à l'ordre du jour, par exemple).

- **Pas d'extension des dispositions sur la transparence aux négociants** : La CAJ-E avait étendu les dispositions sur la transparence aux négociants. Il est particulièrement difficile de délimiter les entreprises actives dans le négoce de celles qui ne le sont pas. La réglementation aurait nettement alourdi les charges administratives des entreprises pour déterminer si au sein de celles-ci un domaine négocie une matière première (cf. les expériences avec les règles américaines sur les minéraux provenant de zones de conflit). En particulier si – comme le prévoyait la CAJ-E – la violation par négligence de l'obligation de rendre des comptes avait été poursuivie pénalement.
- **Pas de dispositions relatives aux représentants indépendants (« proxy advisor ») aux dépens des entreprises** : La CAJ-E avait prévu des dispositions pour réglementer les représentants indépendants (art. 700a et 702, al. 1^{bis} CO). Or ces dispositions ne prenaient pas des mesures s'appliquant directement aux représentants indépendants – cela est problématique. Elles entendaient régler les problèmes pratiques liés à ces représentants en imposant des obligations aux entreprises.
- **Pas de dispositions sur la publication de prestations en faveur d'acteurs politiques** : Sans consultation et dissimulé dans l'ORAb – c'est-à-dire en lien avec les rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif –, la CAJ-E avait ajouté des dispositions visant à réglementer les prestations en faveur de partis politiques (cf. art. 734a, al. 2, ch. 11 ; art. 734c^{bis} CO). Ces dispositions étaient critiquables en soi ; des propositions similaires n'ont jusqu'à présent pas obtenu de majorité au sein du Parlement. Ensuite, les termes de « politiques (notamment [des] partis et [des] associations et pour des campagnes) » et « propres » campagnes étaient peu clairs.