

## **Groupe de travail**

Prof. Dr. Peter Böckli

Prof. Dr. Claire Huguenin

Prof. Dr. François Dessemontet

# **Rapport intermédiaire du groupe de travail «Gouvernement d'entreprise»: Transparence des rémunérations et crédits octroyés aux membres des organes dirigeants des sociétés anonymes**

**du 25 mars 2003**

## **1. Contexte et problématique**

L'initiative parlementaire 01.424 n Chiffelle « Plus de transparence dans les sociétés cotées en bourse » a été déposée le 9 mai 2001. Elle requiert que les dispositions du code des obligations réglementant la société anonyme soient modifiées dans le sens où les sociétés dont les actions sont cotées en bourse doivent être tenues d'indiquer dans l'annexe au bilan l'ensemble des montants versés aux membres du conseil d'administration au titre de leur fonction. Dans un même souci de transparence, l'annexe au bilan devra mentionner expressément quelle part les membres du conseil d'administration détiennent au capital-actions.

Par décision du 11 mars 2002, le Conseil national a donné suite à cette initiative parlementaire. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a été chargée d'élaborer un projet de réglementation. Lors de sa séance du 28 octobre dernier, la CER-N a confié au prof. Max Boemle, de Berne, le mandat d'élaborer une proposition d'articles de loi pour faire suite à l'initiative Chiffelle, en le priant de répondre plus particulièrement aux questions suivantes:

1. La transparence des rémunérations doit-elle être globale ou individuelle ?
2. Les membres de la direction générale doivent-ils également être concernés ? Le cas échéant, lesquels ?
3. En ce qui concerne les éléments sur lesquels porte la transparence, convient-il d'inclure d'autres éléments que ne comprend pas la directive de la bourse suisse?
4. Faut-il prévoir dans la loi un contrôle par une société externe de révision quant à la transparence des rémunérations? Des problèmes d'exécution sont-ils à craindre? Quelles sont les sanctions envisageables?

En parallèle et pour faire suite à plusieurs interventions parlementaires dans le domaine du gouvernement d'entreprise, l'*Office fédéral de la justice* (OFJ) a mandaté un groupe de travail composé des professeurs Peter Böckli (régie), de Bâle, Claire Huguenin, de Zurich et François Dessemontet, de Lausanne, afin d'examiner de manière générale la

conformité du droit suisse des sociétés aux principes du gouvernement d'entreprise. Le groupe de travail doit remettre ses conclusions finales à l'OFJ d'ici au 30 septembre 2003.

Par courrier du 26 septembre 2002, le président de la CER-N a, au nom de la Commission, requis de l'OFJ d'examiner la possibilité, pour le groupe de travail institué par ce dernier, de livrer d'ici à fin mars 2003 un rapport intermédiaire sur les questions spécifiques que se pose la CER-N en matière de transparence des rémunérations, dans la mesure où celles-ci présentent un lien direct avec le gouvernement d'entreprise. En date du 16 octobre 2002, l'OFJ a informé la CER-N que le groupe de travail s'était déclaré prêt à rendre d'ici à fin mars 2003 un rapport intermédiaire sur la question plus particulière de la transparence des rémunérations, avec des propositions de réglementation, étant entendu qu'il s'agit là d'un aspect particulier de la problématique beaucoup plus large que le groupe de travail doit traiter dans le cadre de son rapport final.

Afin de garantir l'unité de la matière, le groupe de travail a choisi, dans son rapport intermédiaire, d'examiner la transparence des rémunérations à la fois pour les sociétés dont les titres sont cotés en bourse ainsi que, au-delà de ce que requiert l'iv pa Chiffelle, pour les sociétés anonymes non cotées (champ d'application personnel de l'obligation de transparence). Le groupe de travail prend également position quant aux informations qu'il convient de publier, plus particulièrement en ce qui concerne une obligation de transparence étendue à *d'autres* prestations que les « rémunérations » au sens strict, notamment les crédits octroyés aux membres des organes ainsi que le nombre d'actions ou d'autres droits de participation (champ d'application matériel de l'obligation de transparence). Il convient également d'évaluer le caractère plus ou moins détaillé des informations à publier selon le critère « membre du conseil d'administration » ou « membre de la direction générale ». Les deux derniers éléments ne sont certes pas mentionnés dans l'iv pa Chiffelle mais ressortent du mandat confié par la CER-N au professeur Max Boemle.

La problématique générale de la transparence pour *d'autres formes de sociétés* ou d'autres personnes morales sera pour sa part examinée de manière approfondie par le groupe de travail dans le cadre de son rapport final du 30 septembre 2003.

## **2. Réglementation qui ne relève pas du droit de la société anonyme**

L'iv pa Chiffelle a été déposée le 9 mai 2001. A cette époque, la loi du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1) et, fondé sur cette loi, le règlement de cotation du 1<sup>er</sup> octobre 1996 de la bourse suisse des papiers-valeurs (SWX Swiss Exchange) n'énonçaient aucune obligation de publier les rémunérations allouées aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale. Il en allait de même des autres prestations accordées par la société aux membres des organes

dirigeants sur une base contractuelle, des droits de participation de la société que ces derniers détenaient, avaient acquis ou aliénés au-delà des limites prévues à l'art. 20 LBVM ainsi que des prêts ou autres avances octroyés aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale à la charge des fonds de la société.

L'art. 8, al. 2, LBVM exige de manière générale de la bourse qu'elle détermine, dans son règlement fixant les conditions d'admission des valeurs mobilières au négoce, quelles informations doivent être fournies aux investisseurs pour leur permettre d'apprécier les caractéristiques des valeurs mobilières et la qualité de l'émetteur, en prenant en compte les standards internationaux reconnus (cf. art. 8, al. 3, LBVM). A l'initiative de la Commission fédérale des banques et en se fondant sur sa compétence d'autorégulation (art. 4 LBVM), SWX Swiss Exchange s'était - à l'époque du dépôt de l'iv pa Chiffelle - déjà attelée à l'élaboration d'une directive concernant les informations relatives au corporate governance (DICG), accompagnée d'une annexe détaillée, afin de renforcer la transparence. SWX Swiss Exchange a adopté la DICG le 17 avril 2002. Après avoir reçu l'approbation de la Commission fédérale des banques en vertu de l'art. 4, al. 2, LBVM, la DICG est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002. Les sociétés dont les titres sont cotés en bourse sont tenues de s'y conformer pour la première fois dans leur rapport annuel relatif à l'exercice 2002.

Alors que tous les autres chapitres de la DICG (chapitres 1 à 4 et 6 à 9) sont assujettis au principe selon lequel il convient de s'en tenir aux règles fixées ou alors d'exposer les motifs pour lesquels une société s'en est écartées - les dispositions du chapitre 5 de la DICG, relatives à la transparence des rémunérations, participations et prêts, sont contraignantes. L'obligation de transparence s'adresse aussi bien aux membres du conseil d'administration qu'aux membres de la direction générale (soit les tiers auxquels le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion au sens de l'art. 716b CO, qui sont immédiatement subordonnés au conseil mais n'en sont pas membres).

En résumé, les indications suivantes doivent être fournies:

- Les rémunérations (honoraires, salaires, notes de crédit, bonifications, avantages en nature) accordées par la société ou une société du même groupe, directement ou indirectement, aux membres du conseil d'administration et/ou de la direction générale, en distinguant d'une part les membres exécutifs et non exécutifs du conseil d'administration et en indiquant d'autre part séparément la rémunération octroyée au membre du conseil d'administration dont le montant global est le plus élevé, sans faire mention de son identité.
- Le nombre d'actions et d'options attribuées durant l'exercice aux membres du conseil d'administration, de la direction générale ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches, de même que le nombre de droits de participation détenus par ces personnes, en distinguant à nouveau les membres exécutifs des membres non exécutifs du conseil d'administration.

- Les honoraires et rémunérations additionnels que les membres du conseil d'administration, 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 cette somme atteint ou dépasse la moitié des rémunérations ordinaires des personnes concernées.
- 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 une société du même groupe aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches.

En 2001 également, en coordination avec l'initiative visant à l'élaboration de la DICG, Economiesuisse a mandaté un groupe d'experts afin de formuler, sur la base d'un large consensus, des recommandations en vue de l'élaboration d'un Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise (« Code suisse »). La plupart des organisations économiques et caisses de pension suisses ont déclaré y adhérer. Comme la DICG, il s'applique depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2002 à titre de recommandations. L'objectif visait à « rassembler dans un noyau commun les divers efforts d'amélioration de certains aspects du gouvernement d'entreprise » (cf. avant-propos au Code suisse). Le Code suisse a été adopté le 25 mars 2002.

Le Code suisse s'adresse en premier lieu aux sociétés suisses ouvertes au public, dont les titres sont cotés en bourse. Des sociétés ou organisations économiques importantes dont les titres ne sont pas cotés peuvent toutefois lui emprunter ses « idées directrices ».

Alors que le Code suisse ne revêt que le caractère de recommandations, le chapitre 5 de la DICG, « Rémunérations, participations et prêts » a force obligatoire. SWX Swiss Exchange a élaboré des règles de procédure, dont la violation peut être sanctionnée. Les sanctions envisageables ne s'adressent toutefois qu'à l'émetteur, et non aux personnes physiques qui agissent au nom de l'émetteur en qualité d'organe. Selon les informations transmises à la CER-N par Heinrich Henckel, directeur de l'instance d'admission, SWX Swiss Exchange ne dispose pas des bases légales suffisantes pour prendre des sanctions (directes) efficaces et l'instance d'admission ne peut pas contrôler le travail du réviseur.

Les premières expériences réalisées en Suisse et à l'étranger quant à la transparence des rémunérations ont peu à peu montré qu'il convenait d'envisager, au profit des investisseurs, des exigences plus détaillées que celles que prévoient la DICG ou l'IVPA Chiffelle (qui, au demeurant, ne requiert la transparence qu'à l'égard de deux types d'informations prescrites par la DICG seulement). La DICG réalise certes un *grand pas* vers la transparence, sous une forme jusqu'ici largement inconnue en Suisse, sans toutefois encore pleinement satisfaire aux standards internationaux. En effet, la DICG n'exige des sociétés suisses cotées en bourse ni la transparence individuelle des indemnités allouées à tout membre du conseil d'administration, ni la mention particulière

de la rémunération octroyée au membre de la direction générale dont le montant global est le plus élevé. De plus, la DICG ne s'adresse qu'aux sociétés dont les titres sont cotés en bourse. En outre, l'appréciation s'avère contradictoire, précisément quant aux indemnités et aux crédits alloués aux membres des organes dirigeants. L'intérêt à la transparence en la matière étant particulièrement important, les dispositions du chapitre 5 ont certes reçu force contraignante, mais les autorités de la bourse ne disposent pas d'un système de sanctions satisfaisant.

Un rapide survol de la situation juridique et économique dans les pays qui nous entourent montre que la tendance générale vise toujours davantage à une transparence plus détaillée. Ainsi, le Code de commerce français contient des dispositions en ce sens depuis le 15 mai 2001. Il en va de même de la partie B du « Combined Code » britannique (London Stock Exchange Listing Requirements), en vigueur depuis mai 2000. Il convient également de mentionner le « Deutsche Corporate Governance Codex » du 26 février 2002, ainsi que les § 285 HGB et § 161 AktG.

### **3. Motifs justifiant l'introduction d'une obligation de transparence des indemnités et crédits alloués aux membres des organes**

Selon le Code suisse, « le gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes qui, tout en maintenant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise, dans l'intérêt des actionnaires, la *transparence* et un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle ». Le gouvernement d'entreprise tend en particulier à modeler le cahier des charges du conseil d'administration et de la direction générale de manière plus efficace et d'en rendre la mise en œuvre plus transparente et, partant, le contrôle possible. Contrairement à la définition allemande, la conception suisse a mis un accent particulier sur la transparence. Celle-ci est mise sur pied d'égalité avec le rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle.

#### **3.1 Transparence sous l'angle de l'obligation de rendre compte**

Le groupe de travail est d'avis qu'il convient d'adapter le droit de la société anonyme aux principes les plus importants du gouvernement d'entreprise qui ne sont pas encore mis en œuvre dans la réglementation actuelle, pour les motifs suivants: au sens large, il est possible de considérer l'organe supérieur de gestion et d'administration, soit le conseil d'administration et la direction générale, comme un mandataire des actionnaires (art. 394 CO). Le mandant a le droit essentiel d'être informé des activités exercées par le mandataire (art. 400 CO). Si tel n'était pas le cas, les mandants seraient dans l'impossibilité d'évaluer si les mandataires exécutent leurs tâches de manière diligente et s'ils engagent les ressources confiées de manière efficace et résolue (art. 398 et 400 CO). En d'autres termes, un contrôle efficace n'est pas possible sans information. En droit de la société anonyme, l'obligation de rendre compte du mandataire est

concrétisée par les comptes annuels (art. 662 ss CO) et le rapport annuel écrit (art. 663d CO).

Un point pose problème: conformément au droit de la société anonyme à tout le moins, les actionnaires ne disposent qu'une fois par année d'un compte-rendu relatif aux comptes ainsi qu'à d'autres informations; de plus, le rapport se limite aux éléments précisément définis par la loi. En outre, les actionnaires sont en règle générale dispersés et le plus souvent éloignés des décisions ainsi que des dirigeants de l'entreprise, sur les plans matériel, géographique et temporel.

Les carences du régime actuel de compte-rendu sont également confirmées si l'on examine la relation entre la société et ses organes sous l'angle du droit des sociétés: le rapport d'un organe à la société au sens des art. 698 ss CO est à plusieurs égards structuré d'une manière similaire au mandat. De la même manière qu'un mandant choisit son mandataire, l'assemblée générale nomme les membres du conseil d'administration (art. 698, al. 2, ch. 2, CO). La nomination contraint le conseil d'administration, en sa qualité d'organe de haute direction et de surveillance, à faire preuve de la même diligence qu'en cas de mandat entre la société et le conseil (art. 717 et 754 CO). De même que le mandant peut révoquer le mandat en tout temps sans indiquer de motifs (art. 404 CO), l'assemblée générale peut également révoquer les membres du conseil d'administration en tout temps sans indiquer de motifs (art. 705, al. 1, CO).

L'obligation de rendre compte présente également des similarités, quand bien même la réglementation actuelle en matière de droit des sociétés est un peu moins détaillée que l'art. 400 CO pour le mandat. Le conseil d'administration doit rendre compte périodiquement de ses activités aux actionnaires (art. 696, al. 1, CO). Le compte-rendu se compose du rapport annuel écrit, qui expose les événements importants pour la marche des affaires, la situation économique et financière (art. 663d CO) ainsi que du rapport financier, ou des comptes de groupe, soit les comptes annuels (art. 662 CO). Le rapport de gestion présente toutefois une lacune. Il manque une information absolument essentielle, dont un mandant dispose nécessairement ou qu'il serait en mesure d'exiger du mandataire en tout temps (art. 400 CO): le rapport de gestion indique bien les frais de personnel dans leur ensemble (art. 663, al. 3, CO) mais ne fournit aucune information spécifique au coût, pour les actionnaires, de l'exercice des fonctions de haute direction durant l'exercice. L'existence d'une lacune si essentielle paraît surprenante; il convient de se demander pourquoi une meilleure transparence des coûts n'a pas été requise avec davantage d'insistance plus rapidement. Alors que la réglementation allemande prévoit, depuis 1965 déjà (§ 160, al. 3, ch. 8, AktG), que le montant global des indemnités allouées aux membres du conseil de direction et du conseil de surveillance doit être publié, le sujet ne semble pas avoir été examiné lors des débats relatifs à la révision du droit suisse de la société anonyme de 1958 à 1991. Le message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983 (FF 1983 II 757 ss) n'aborde pas cette problématique.

Des considérations fiscales apportent un élément de réponse. Le droit de la société anonyme a toujours prévu que les actionnaires fixent les *tantièmes* accordés aux membres du conseil d'administration lors de l'assemblée générale (art. 627, ch. 2, art. 677 ss et, avant tout, art. 698, al. 2, ch. 4 CO). Dès lors que les membres du conseil d'administration sont rémunérés par l'octroi de tantièmes – comme cela était usuellement le cas il y a encore dix ou vingt ans – la décision que doivent prendre les actionnaires à cet effet leur permet automatiquement de prendre connaissance de la charge financière que représente le conseil d'administration pour la société. En outre, le montant d'une telle rémunération dépend du résultat de l'entreprise; en cas de pertes (et même lorsqu'un bénéfice modeste est réalisé, qui ne permet pas aux actionnaires de toucher un dividende supérieur à 5 %), la loi prohibe d'office l'attribution de tantièmes (art. 677 CO).

En matière fiscale, l'attribution de tantièmes est considérée comme une « part de bénéfice » proprement dite et, partant, comme un montant non déductible de l'assiette de l'impôt sur les sociétés. De ce fait, les entreprises se sont tournées vers d'autres formes de rémunérations, fiscalement plus avantageuses. Vu les taux croissants en temps de guerre (impôt pour la défense nationale, impôt sur les bénéfices de guerre, etc), les membres du conseil d'administration ont peu à peu songé à introduire le régime actuel, soit « *l'indemnité fixe* », que les autorités fiscales considèrent comme une charge déductible de l'assiette de l'impôt. Sous l'angle du droit des sociétés, un inconvénient s'oppose néanmoins à cet avantage fiscal, dans la mesure où le montant de la rémunération est déterminé non plus par l'assemblée générale mais par le conseil d'administration lui-même. Par là même, la transparence a également disparu.

Entre-temps, il est apparu que le système selon lequel le conseil d'administration détermine lui-même le montant de son indemnité fixe court-circuite non seulement la transparence (soit la clarté quant aux frais) mais évince aussi le processus décisionnel interne, notamment quant à la séparation des pouvoirs, pondérée de manière très détaillée par la loi. Les actionnaires ne sont plus impliqués en ce qui concerne la prise en charge des frais et le conseil d'administration peut continuer de percevoir les indemnités fixes qu'il a déterminées, voire augmenter leur montant, quand bien même les actionnaires perçoivent un dividende inférieur à 5 % ou n'en encaissent aucun (ou doivent même constater une perte au bilan). Le conseil d'administration n'est pas tenu d'informer les actionnaires des conditions posées au versement d'une indemnité fixe, ni des modalités retenues pour définir cette dernière, ni de son montant.

### **3.2. Opérations pour compte propre des membres du conseil d'administration**

La détermination par les membres du conseil d'administration eux-mêmes du montant de leur rémunération - ce qui est aujourd'hui la règle - suscite aussi la critique sous l'angle de la représentation avec soi-même ou des *opérations pour compte propre* (« self dealing »; « *Insichgeschäft* »). Lorsqu'un partenaire contractuel représente

également l'autre partie au contrat, cela s'avère d'une part problématique eu égard à la séparation des pouvoirs au sein de la société; d'autre part, il en résulte un conflit d'intérêts quasi insoluble: il est impossible de défendre deux positions qui s'opposent avec la même force et le même engagement. Un membre d'un conseil d'administration qui, au nom de la société, conclut une opération pour compte propre ou qui s'octroie lui-même une indemnité à charge de la fortune sociale se trouve précisément dans une telle situation. Les membres du conseil d'administration sont des personnes autorisées à représenter la société et sont également tenues de veiller fidèlement aux intérêts de la société (cela signifie qu'en cas de doute, elles doivent en général plutôt fixer une indemnité modérée, afin de préserver la fortune sociale). Mais, ces mêmes personnes constituent leurs propres partenaires contractuels et, en leur qualité de créancier de la prestation, elles ont donc en principe un intérêt – et cela se comprend – à la fixation d'une indemnité élevée.

La problématique liée aux opérations pour compte propre n'est par ailleurs pas spécifique à l'indemnisation; elle se présente en principe pour *toute prestation* qu'une société octroie aux membres de ses organes (contrat avec les membres des organes, p. ex. prêt, cautionnement, délai de paiement, renonciation à une créance au profit des membres de ses organes). Le fondement de la prestation n'importe pas. Indifféremment du contenu et de la description de la prestation, l'octroi, par un membre d'un organe agissant au nom de la société, d'une prestation à l'un ou à l'ensemble des membres de ce même organe est dans tous les cas juridiquement discutable.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une opération pour compte propre ne peut en principe déployer d'effets juridiques, sauf à prouver qu'elle est conclue aux conditions usuelles ou qu'elle a été ratifiée par un autre organe, indépendant et éventuellement supérieur. Cet accord peut cependant être *tacite*; la jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet donc pas, au final, de mettre un frein à la multitude d'opérations pour compte propre qui sont conclues quotidiennement dans les sociétés et sont partiellement de nature à leur porter préjudice. En pratique, les deux réserves formulées par la jurisprudence fédérale (« conditions usuelles ou ratification ») s'avèrent peu efficaces; en outre, les sanctions qui relèvent du droit de la société anonyme n'ont pas d'effet ou ne sont pas assez incisives. Le droit de la société anonyme instaure certes une action en restitution particulière en cas de disproportion évidente entre les prestations de la société et les contre-prestations des actionnaires et des membres du conseil d'administration, ainsi que des personnes qui leur sont proches (art. 678 CO). Toutefois, l'actionnaire ne peut véritablement mettre en œuvre cette action de manière efficace que s'il est informé de cet état de fait – i. e. lorsque la transparence règne quant aux indemnités et autres contrats conclus en faveur des membres des organes. Conformément à la réglementation en vigueur, les sociétés ne sont tenues d'indiquer les crédits qu'elles ont octroyés, au débit de la fortune sociale, aux membres des organes dirigeants que si l'emprunteur dispose d'une participation de 20 % au capital social (art. 662a, al. 4, CO) soit, en pratique, lorsqu'il s'agit d'un « actionnaire important ».



### **3.3 Actions en possession des membres des organes**

Une autre question se pose: les membres d'un organe doivent-ils également être tenus d'indiquer publiquement le nombre d'*actions* ou d'autres droits de participations de la société ainsi que d'éventuelles options sur de tels droits qu'ils détiennent ? Si l'on fait abstraction de l'exigence de « l'action d'administrateur » (« Pflichtaktie » ; art. 707, al. 1, 2<sup>ème</sup> phr., CO), encore requise, la qualité d'actionnaire est aujourd'hui en principe distincte de celle d'organe de la société. La condition d'associé d'un membre du conseil d'administration n'a rien à voir avec sa nomination; le droit de la société anonyme se conforme au principe de la gestion par des tiers. Dans son message du 19 décembre 2001 concernant la révision du droit de la Sàrl (FF 2002 3086), le Conseil fédéral propose d'ailleurs de renoncer à l'exigence de « l'action d'administrateur » en droit de la société anonyme (art. 707 P CO).

En règle générale, lorsqu'un membre d'un organe détient des droits de participation, les risques typiques d'une opération pour compte propre ne surviennent pas (à l'exception peut-être des cas dans lesquels le conseil d'administration vend à ses membres des actions qu'il a rachetées, etc.). Il convient également d'estimer en principe la disposition des membres des organes dirigeants à supporter directement le risque économique en tant qu'actionnaire. De l'avis du groupe de travail, sous l'angle du gouvernement d'entreprise, il n'en demeure pas moins que l'actionnaire a un intérêt légitime de savoir si les membres du conseil d'administration et de la direction générale détiennent des droits de participation de la société et, le cas échéant, quelle est l'importance de leur participation. Il est également important que l'actionnaire sache si les membres des organes ont augmenté ou réduit leur participation au cours de l'exercice écoulé, quels sont les rapports entre les participations que détiennent chacun des membres des organes, si le conseil d'administration ou la direction générale compte des actionnaires importants (au sens de l'art. 663c CO, soit ceux dont la participation dépasse 5 % de l'ensemble des voix), voire même si les membres des organes dirigeants pris dans leur ensemble détiennent la majorité des actions. Ces réflexions montrent que l'indication globale des participations détenues par les membres du conseil d'administration n'est pas suffisante. Il s'avère au contraire nécessaire d'indiquer de manière individuelle les droits de participation et les options que détient chaque membre du conseil d'administration.

### **3.4. Personnes proches des membres des organes dirigeants**

Afin d'éviter que les règles de transparence ne soient éludées, de bons motifs plaident par ailleurs pour inclure les personnes qui sont proches des membres du conseil d'administration et de la direction générale. Selon le commentaire de la SWX au chapitre 5 de la DIGC, qui fait référence à l'art. 678 CO, les personnes proches sont « des tiers

étroitement liés aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale par des relations personnelles, commerciales, juridiques ou de fait. La notion de personnes proches doit être comprise de manière extensive. Un indice pouvant servir à déterminer si une personne est proche est le fait que la prestation n'aurait pas été fournie ou l'aurait été d'une autre manière vis-à-vis d'un tiers indépendant (à ce sujet, se référer également aux normes Swiss GAAP, RPC 15 et IAS 24). Les personnes proches peuvent être, par exemple, un avocat ou bureau d'avocats mandaté, le conjoint ou des personnes morales qui sont contrôlées par le conseil d'administration ou par certains de ses membres ».

Cette acception devrait permettre de saisir l'essentiel de ce que l'on entend aujourd'hui, en Suisse comme à l'étranger, par « personnes proches ».

## **4. Transparence en droit de la société anonyme**

### **4.1 Aperçu**

Fondé sur ce qui précède, le groupe de travail est d'opinion que les membres du conseil d'administration et de la direction générale devraient fournir publiquement des informations relatives à tous les domaines pour lesquels ils sont tenus de rendre compte aux actionnaires sur la base de leur condition, assimilable à celle d'un mandataire. La transparence est nécessaire afin de porter à la connaissance des actionnaires ce que les fonctions « conseil d'administration » et « direction générale » ont coûté à la société au cours de l'exercice. En outre, en ce qui concerne le conseil d'administration, la transparence s'avère également indispensable sur le plan juridique, afin de légitimer les prestations à la charge de la fortune sociale que le conseil d'administration octroie lui-même à ses membres en procédant par des opérations pour compte propre.

« *L'annexe* » (art. 663c CO), qui fait partie intégrante des comptes annuels, se prête particulièrement bien à la transparence. Si les informations relatives aux rémunérations et crédits accordés aux membres des organes figurent dans « l'annexe », il en découle sans autre que les informations publiées doivent faire l'objet d'un contrôle par l'organe de révision quant à leur conformité à la loi, plus particulièrement quant à leur exactitude et à leur complétude (art. 728, al. 1, CO). L'annexe fait en effet l'objet de la révision annuelle (art. 728 et 662, al. 2, CO). Le groupe de travail suggère de compléter l'art. 663b CO en conséquence (cf. *annexe* à ce rapport intermédiaire).

## 4.2. Champ d'application matériel

L'obligation de transparence inclut l'ensemble des prestations (rémunérations, prêts, etc...) que la société ou une société du même groupe octroie, directement ou indirectement sur une base contractuelle, aux membres du conseil d'administration et de la direction générale, ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches. Peu importe que les membres soient en fonction ou qu'ils aient cessé l'exercice de cette dernière. Les droits de participation à la société ou à une société du même groupe ainsi que les options sur ces droits de participation que détiennent les membres du conseil d'administration et de la direction générale ainsi que les personnes qui leur sont proches sont également inclus.

En principe, peu importe que le bénéficiaire soit membre d'un organe ou qu'il soit une personne proche de l'un d'entre eux. Juridiquement, il en découle que les traitements alloués à une personne *proche*, dès lors qu'ils satisfont aux critères de rémunération ou de prêt à un membre d'un organe, sont imputés au membre du conseil ou de la direction dont la personne est proche. Sans cette réglementation, que connaît par ailleurs également la DICG du 17 avril 2002, la porte est d'entrée ouverte à toute forme de tentative d'é luder la réglementation légale. Peu importe également que le destinataire de la prestation soit un membre du conseil d'administration ou de la direction générale.

En revanche, le groupe de travail est d'avis qu'il convient d'opérer une distinction entre le conseil d'administration et la direction générale relativement au *degré de détail* des informations à fournir.

4.2.1 Aux yeux du groupe de travail, il convient de publier à la fois le montant global ainsi que le montant individuel des rémunérations allouées à tout *membre du conseil d'administration*. Cette solution est motivée par la paralysie des principes de la séparation des pouvoirs en droit de la société anonyme et de la pesée des intérêts en droit des obligations, liée au « self dealing » (le conseil d'administration détermine de son propre chef les indemnités allouées à chacun de ses membres). Il convient dès lors de mettre en place un mécanisme qui permette aux actionnaires, par l'intermédiaire de la transparence, de contrôler le caractère usuel des indemnités que se sont allouées les membres du conseil d'administration ou à tout le moins de les ratifier par acte concluant après en avoir pris connaissance. Cette solution peut pallier le but de toutes les mesures juridiques qui visent à maîtriser le phénomène des « opérations pour compte propre », soit veiller à un rapport équilibré entre la prestation et la contre-prestation par la transparence et le caractère usuel ou la ratification. L'obligation de transparence encourage également l'autodiscipline: les membres des organes sont d'avance au fait de la publicité des indemnités liées à leur « mandat ». Quand bien même, exceptionnellement, une violation de la règle formulée à l'art. 678 CO devait être constatée, selon laquelle les prestations et

les contre-prestations qui découlent des contrats conclus avec les organes ne doivent pas être en disproportion évidente, alors les actionnaires sont informés de ce comportement grâce à la transparence. Il leur appartient dès lors d'examiner s'ils souhaitent s'y opposer. A cet effet, ils ne sont pas contraints de requérir préalablement un contrôle spécial au sens des art. 697a ss CO, une procédure lente et qui ne mène pas souvent au but.

Le groupe de travail a décidé de ne pas se laisser arrêter par un argument essentiel invoqué à l'encontre de la publicité des indemnités, suivant lequel, aux Etats-Unis, la communication des rémunérations aurait conduit à une *hausse* et non à une *baisse* de ces dernières. Si cette observation devait s'avérer exacte – ce qui n'est pas prouvé – il conviendrait d'examiner quelle est en la cause: la publicité induit-elle un phénomène de « spirale ascensionnelle » ou cette escalade ne cache-t-elle pas, indépendamment de la transparence en tant que telle, un comportement cartellaire des intéressés, voire un dysfonctionnement du marché des directeurs? En outre, selon le groupe de travail, ce thème hautement controversé est également matière à réflexion : dans l'hypothèse où la « spirale ascensionnelle » s'avérait vérifiée en réalité, est-il vraiment judicieux d'en déduire que la tendance à la hausse sur la place économique suisse serait freinée, voire renversée, dès lors que le montant des indemnités allouées aux membres des organes dirigeants demeurerait *confidentiel*? Sur la base de ses réflexions, le groupe de travail tend plutôt à considérer que la transparence des indemnités contribue, à long terme, *davantage* qu'une politique de confidentialité à modérer la « spirale ascensionnelle ».

- 4.2.2 Les *membres de la direction générale* doivent en principe être traités de la même manière que les membres du conseil d'administration. Selon l'art. 716b CO, les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer la gestion à la direction générale, qui lui est directement subordonnée; l'art. 716a, al. 1, CO demeure réservé. Pour l'actionnaire, qui devrait avoir le droit de savoir ce que lui coûte la fonction exécutive, peu importe en principe que les frais de gestion à la tête de la société résultent du conseil d'administration ou de la direction générale. De ce fait, l'ensemble des rémunérations susmentionnées, les autres prestations contractuelles concédées par la société (comme les prêts, etc...) ainsi que les droits de participation et les options sur les droits de participation doivent également être publiés, de manière globale pour les membres de la direction générale.

En revanche, en ce qui concerne les membres de la direction générale pris individuellement, la transparence devrait être limitée à la rémunération octroyée au membre de la direction générale dont le montant est le plus élevé. L'absence de problèmes d'opérations pour compte propre quant aux rémunérations et crédits alloués aux membres de la direction générale justifie un traitement différencié du conseil d'administration et de la direction générale. C'est le conseil

d'administration et non la direction générale qui nomme les membres de cette dernière et, le cas échéant, les révoque dans l'exercice de leurs fonctions (art. 716a, al. 1, ch. 4, CO). C'est également le conseil d'administration qui établit les instructions nécessaires à l'attention de la direction générale (art. 716a, al. 1, ch. 1, CO) et qui définit la hiérarchie ainsi que les compétences au sein de la société (art. 716b, al. 2, CO). Il détermine finalement les traitements. Dans ces cas-là, le conseil d'administration n'est pas impliqué dans un conflit d'intérêts typique d'opérations pour compte propre; il suffit donc en principe d'informer les actionnaires quant au *coût global* de la direction générale mise sur pied par le conseil d'administration.

Comme la rémunération allouée au membre du conseil d'administration dont le *montant est le plus élevé* doit être rendue publique, il est inévitable de requérir également la transparence des indemnités allouées au membre de la direction générale dont le montant est le plus élevé. Lorsqu'une société a précisément adopté le système de la séparation des fonctions, qui est caractérisé par la désignation de deux personnes différentes à la présidence du conseil d'administration et à la tête de la direction générale, le traitement octroyé au président de la direction générale est, dans la plupart des cas, plus élevé voire bien plus élevé que celui du président du conseil d'administration. En prévoyant la transparence de la rémunération du membre de la direction générale dont le montant est le plus élevé, on évite qu'une personne reprenne la présidence de la direction générale plutôt que celle du conseil d'administration, afin de se soustraire à la transparence.

Il convient encore d'ajouter que les recherches entreprises par le groupe de travail ont montré qu'en 2003 déjà, quelques grandes sociétés publiques se sont résolues à indiquer de manière individuelle les traitements octroyés à tout membre de la direction générale. Dans certains États, la transparence individuelle des traitements alloués aux membres de la direction générale est déjà contraignante. Selon les sociétés concernées, cette pratique n'a à ce jour pas engendré d'inconvénients majeurs. Toutefois, comme les rémunérations allouées aux membres de la direction varient considérablement en fonction du continent, du pays, de la fonction exercée et du secteur économique, le groupe de travail renonce expressément, dans une première phase, à formuler un projet de réglementation légale qui contraindrait les sociétés à dévoiler les indemnités accordées de manière individuelle aux membres de la direction générale. Il convient bien davantage de laisser aux sociétés le soin de définir avec quel degré de détail elles souhaitent dévoiler les traitements au niveau de la direction générale, en sus de la rémunération la plus élevée.

### 4.3 Dissociation du champ d'application personnel

- 4.3.1 Les motifs juridiques analysés ci-dessus qui plaident pour la transparence des coûts de gestion à la tête de l'entreprise sont en principe valables aussi bien pour les sociétés cotées que pour les sociétés non cotées. Dans les deux cas, les principes du compte-rendu relatif au coût de la fonction exécutive et celui de la légitimité des rémunérations et crédits octroyés sous le régime des opérations pour compte propre s'appliquent de la même manière. Le groupe de travail en conclut donc que les principes du gouvernement d'entreprise qu'il convient d'ancrer dans le droit de la société anonyme – et plus particulièrement l'obligation de transparence – doivent relever du code des obligations aussi bien pour les sociétés cotées que pour les *sociétés non cotées*. Le groupe de travail souhaite néanmoins limiter la transparence aux sociétés qui revêtent une *importance économique considérable*.

Les sociétés cotées en bourse – comme déjà indiqué – sont soumises aux règles de transparence de la DICG. Cette dernière dispose même d'une force contraignante quant aux rémunérations et crédits alloués aux membres des organes dirigeants. Matériellement, la DICG est certes parfois plus détaillée, mais souvent clairement moins exigeante que la proposition de réglementation légale du groupe de travail. Cela plaide en faveur de l'application des prescriptions légales minimales aux sociétés cotées également. De plus, les sanctions envisageables de la DICG s'avèrent insuffisantes. Il est problématique de se contenter de normes qui, malgré leur importance capitale pour les entreprises et les investisseurs, ne peuvent finalement pas être mises en œuvre de manière efficace. Si les sociétés non cotées étaient soumises à un régime partiellement plus strict que les sociétés cotées sous l'angle matériel et dans l'ensemble plus contraignant dans sa mise en œuvre, l'inégalité de traitement poserait également problème. En outre, il convient d'indiquer que la DICG relève de l'autorégulation et que ses principes ne disposent au fond que d'une légitimité limitée qui ne s'avère pas suffisante dans un État de droit. La majorité de l'instance d'admission SWX Swiss Exchange est composée de hauts dirigeants d'entreprises, i.e. de destinataires immédiats de l'obligation de transparence. L'approbation de la Commission fédérale des banques au sens de l'art. 4, al. 2, LBVM a néanmoins considérablement accru la légitimité de la DICG. Finalement, il convient de rejeter l'idée selon laquelle d'éventuelles modifications essentielles de l'obligation de transparence relative aux rémunérations et crédits aux membres des organes devraient être soumises à des procédures différentes, selon qu'elles concernent les sociétés cotées ou les sociétés non cotées.

- 4.3.2 De l'avis du groupe de travail, les nouvelles dispositions ne doivent en revanche pas s'appliquer à toutes les sociétés anonymes non cotées mais seulement à celles qui revêtent une *importance économique considérable*. Les critères de taille déjà fixés à l'art. 727b, al. 2, ch. 3, CO permettent en principe de définir

un seuil. Matériellement, ces critères ont certes trait à l'obligation de désigner un réviseur particulièrement qualifié. Ils reflètent néanmoins l'idée de base selon laquelle seules les sociétés anonymes de taille moyenne ou de grande taille sont tenues de se conformer à certaines obligations déterminées.

Ainsi, les règles du gouvernement d'entreprise nouvellement prévues par la loi ne s'appliquent, selon la conception élaborée par le groupe de travail, que dans la mesure où, durant deux exercices consécutifs, la société constitue un employeur important d'une part et dépasse l'un des *deux* critères de taille financiers d'autre part, soit lorsque :

- la société dispose d'une moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps, **et**
- qu'elle présente un total du bilan de 20 millions de francs **ou** un chiffre d'affaires de 40 millions de francs.

Cette proposition *déroge* au régime de l'art. 727b CO à double titre :

a) L'obligation de transparence des rémunérations et crédits octroyés aux membres des organes dirigeants est limitée aux sociétés non cotées qui exercent véritablement une activité *entrepreneuriale*, c'est-à-dire celles qui prennent part à la vie économique en qualité d'offrant en investissant systématiquement des fonds propres et en occupant des forces de travail. La distinction s'opère sur la base de la moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps, un critère impératif, qui doit toujours être rempli, à la différence de la conception des « deux critères parmi trois » retenue à l'art. 727b CO. En d'autres termes, seules les sociétés anonymes non cotées qui disposent de *plus de 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle* sont soumises à l'obligation de transparence. En appliquant ces critères, toutes les sociétés holding (à l'exception toutefois des plus grandes, qui disposent d'un état-major de 200 personnes, et des sociétés faitières d'un groupe, cf. ci-dessous let. b), les sociétés immobilières, les sociétés dont l'activité se limite à la détention d'actifs, les sociétés d'administration ainsi que les sociétés qui n'ont que leur siège en Suisse, de même que toutes les sociétés anonymes actives mais qui ne disposent pas de 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle – qui composent encore la très grande majorité des sociétés sur le plan quantitatif – sont libérées de l'obligation de transparence en ce qui concerne les rémunérations et les crédits alloués aux membres des organes dirigeants.

b) A l'inverse, il est indispensable de considérer la situation sous l'angle de la *consolidation*. Si l'on se référait uniquement aux sociétés prises individuellement, la mise sur pied d'un holding réduirait presque toujours à néant le contrôle des actionnaires. La société holding ne serait soumise à aucune obligation de transparence, dans la mesure où elle ne satisfait pas au critère des 200 emplois

à plein temps en moyenne annuelle ; parmi les sociétés filles qui disposent de plus de 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle, la transparence demeurerait limitée à l'intérieur du groupe, ce qui ne serait guère opportun. La conception du groupe retenue ici s'approche tant que faire se peut de celle de l'art. 663e, al. 1, CO.

- 4.3.3 Sur cette base, le groupe de travail formule la proposition suivante : une société anonyme dont les titres ne sont pas cotés en bourse est soumise à l'obligation de transparence dès lors qu'elle exerce une activité entrepreneuriale et qu'il est possible de la considérer comme une entreprise « économique de taille moyenne », *aussi bien* en ce qui concerne le nombre d'emplois à plein temps *que les données comptables*, c'est-à-dire lorsqu'elle dispose de 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle d'une part, *et* lorsqu'elle présente, d'autre part, un total du bilan supérieur à 20 millions de francs *ou* un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions de francs,

Le groupe de travail se réserve le droit d'examiner en temps utile s'il ne conviendrait pas, malgré tout, de soumettre également les *petites* entreprises à l'obligation de transparence en matière de rémunération et de crédits aux membres des organes dirigeants. Il présentera le cas échéant une proposition en ce sens dans son rapport final du 30 septembre 2003.

#### **4.4 Sanctions ; conséquences de la violation de l'obligation de transparence**

Dès lors que *l'obligation de transparence* en matière de rémunérations et de crédits alloués aux membres des organes dirigeants relève du droit de la société anonyme, le non-respect de cette obligation constitue une *violation d'un devoir imposé par le droit de la société anonyme*, dont le système de sanctions repose sur plusieurs piliers.

- 4.4.1. **Vérification par un organe de révision** : quand bien même la vérification par un réviseur externe indépendant (art. 727 ss CO) ne représente pas en soi une « sanction » au sens usuel du terme, ce procédé implique toutefois un renforcement efficace dans la mise en œuvre des dispositions du droit de la société anonyme qui ont trait à la révision des comptes. L'organe de révision doit vérifier que les comptes annuels sont conformes aux exigences légales ; s'il constate que la loi n'est pas respectée, il doit en aviser le conseil d'administration ainsi que, dans les cas graves, l'assemblée générale (art. 728 et 729b CO). Ainsi, la vérification constitue une première mesure importante avant la sanction, dans le contexte général de l'obligation de rendre compte des états financiers d'une entreprise – que la sanction soit interne (exercée par le conseil d'administration lui-même, qui se conforme à la loi) ou externe (mise en œuvre



alors par les actionnaires qui s'assurent du respect de leurs droits). L'obligation de transparence relative aux rémunérations et crédits alloués aux membres des organes dirigeants s'insère sans problème dans ce concept, si la réglementation qui s'y réfère est introduite dans la disposition concernant « l'annexe ». En effet, l'art. 662, al. 2, CO dispose que : « les comptes annuels se composent du compte de profits et pertes, du bilan et de l'annexe ».

- 4.4.2. **Sanctions internes par le conseil d'administration** : les événements peu réjouissants qui se sont produits depuis 2001, aussi bien en Suisse que sur les marchés internationaux, ne doivent pas occulter qu'une grande majorité des conseils d'administration se sont efforcés et s'efforcent toujours de se conformer à la loi ainsi qu'aux autres normes applicables. Les discussions furent dominées par une douzaine de cas dans lesquels le conseil d'administration n'a pas respecté la réglementation légale, alors que les innombrables situations dans lesquelles les conseils d'administration ont satisfait à leurs obligations demeurent dans l'ombre. Selon la conception helvétique des sanctions, le conseil d'administration joue un rôle capital, comme l'indiquent en général l'art. 716a, al. 1, ch. 5, CO (haute surveillance) et plus particulièrement l'art. 716a, al. 1, ch. 4, CO (droit de révocation) et l'art. 726 CO (pouvoir de suspendre un dirigeant dans l'exercice de ses fonctions). Le conseil d'administration est habilité à démettre de ses fonctions un membre de la direction générale qui se comporte de manière illicite ou même à révoquer d'un comité un membre du conseil. Quand bien même l'assemblée générale élit directement le président du conseil d'administration, le conseil peut provisoirement suspendre ce dernier dans l'exercice de sa fonction (art. 726 CO) et immédiatement convoquer une assemblée générale extraordinaire.
- 4.4.3 **Droits des actionnaires à l'information** : les actionnaires ne sont en mesure d'apprécier les montants de manière critique et de requérir des *compléments d'information ou des éclaircissements* qu'une fois l'obligation de transparence des rémunérations et des crédits alloués aux membres des organes dirigeants introduite ; en effet, sans certaines connaissances préalables, les actionnaires ne sont pas à même de poser des questions ciblées. L'art. 697 CO (« *droit aux renseignements et à la consultation* ») est ainsi considérablement renforcé dans sa substance et revêtra en pratique une importance plus considérable. Les actionnaires peuvent même mettre en œuvre une « *vérification de tout ou partie de la gestion par des experts* » (art. 731, al. 2, CO) ou faire exécuter un *contrôle spécial* (art. 697a ss CO).
- 4.4.4 **Sanctions par les actionnaires** : *garantie de leur droit de vote* : les actionnaires peuvent donner un retentissement considérable à l'allégation selon laquelle un (ou plusieurs) membre(s) du conseil d'administration n'auraient pas satisfait à leurs obligations légales avant l'assemblée générale déjà, en exerçant leur *droit de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour* (art. 699, al. 3,

CO). Ils sont également au bénéfice d'un *droit de faire des propositions* ; les propositions émanant d'un cercle d'actionnaires doivent être portées à la connaissance de l'ensemble d'entre eux en même temps que la convocation (art. 700, al. 2, CO). Sur cette base, les actionnaires ont la possibilité de ne pas réélire, de révoquer ou de refuser la décharge aux membres du conseil d'administration qui n'ont pas respecté leurs obligations, en exerçant leur droit de vote lors de l'assemblée générale. Outre ses conséquences juridiques immédiates (art. 758 CO), le refus de la décharge, qui s'exprime par un vote de méfiance, constitue en pratique une sanction dont l'impact psychologique est important, non seulement pour la personne concernée mais aussi quant à sa position dans l'entreprise et quant à la renommée de la société dans son ensemble.

4.4.5 ***Droit d'action des actionnaires*** : finalement, les actionnaires peuvent faire valoir leurs droits d'action et mettre en cause aussi bien les membres du conseil d'administration que ceux de la direction générale :

- en ouvrant une *action en responsabilité*, si le comportement illicite a conduit à la survenance d'un dommage (art. 754 et 756 CO) ;
- en ouvrant une *action en restitution*, lorsqu'un membre d'un organe ou une personne qui lui est proche a reçu de la société une prestation en disproportion évidente avec la contre-prestation (art. 678 CO) ;
- en ouvrant une *action en nullité* d'une décision du conseil d'administration (art. 714 CO).

4.4.6 ***Code pénal suisse*** : au surplus, le Code pénal suisse réprime certains comportements qui ont leur importance en droit de la société anonyme, comme la *gestion déloyale* (art. 158 CP) ou les *faux renseignements sur des entreprises commerciales* (art. 152 CP).

## **5. Conclusion ; perspectives**

Fondé sur ce qui précède, le groupe de travail est en mesure d'apporter les *réponses* suivantes aux questions qui lui ont été posées, en réservant toutefois expressément les conclusions de son rapport final du 30 septembre 2003 :

*Question n° 1* Les indemnités allouées par les sociétés cotées en bourse aux *membres du conseil d'administration* doivent être publiées chaque année. La transparence est à la fois globale et individuelle, pour tout membre du conseil d'administration.

*Question n° 2* En ce qui concerne les indemnités octroyées aux *membres de la direction générale*, soit les personnes qui ne font pas partie du conseil d'administration mais qui lui sont immédiatement subordonnés au sens de l'art. 716b, al. 2, CO, la transparence s'applique d'une part au montant global des indemnités allouées ainsi qu'au montant accordé au membre dont la rémunération est la plus élevée d'autre part. Pour les membres de la direction générale, la loi ne devrait pas prescrire d'obligation de transparence plus détaillée.

*Question n° 3* Les dispositions du code des obligations relatives à la transparence doivent être *plus contraignantes* que l'annexe à la DICG de SWX Swiss Exchange du 17 avril 2002 quant à leur champ d'application et quant à leur contenu :

- a) Le *champ d'application* de l'obligation de transparence en droit de la société anonyme ne doit pas être limité aux sociétés cotées en bourse mais ouvert aux sociétés anonymes *non cotées* actives sur le plan entrepreneurial qui revêtent une importance économique considérable, qu'elles soient actives à titre individuel ou dans le cadre d'un groupe (en y incluant alors les autres sociétés qu'elles regroupent sous une direction unique) ;
- b) *Matériellement*, l'obligation de transparence ne doit pas viser uniquement les rémunérations de toute nature octroyées aux membres des organes, mais aussi les ouvertures de crédits en faveur de ces derniers durant l'exercice ainsi que *l'état* (à la date de référence du bilan) des actions ou d'autres droits de participation, des options sur droits de participation et des crédits qui leur ont été accordés.

*Question n° 4* Les *informations* relatives aux rémunérations et crédits octroyés aux membres des organes dirigeants devraient figurer à l'art. 663b CO (« *Annexe* »). Ainsi, elles sont automatiquement soumises au contrôle de l'organe de révision, plus particulièrement, selon la proposition du groupe de travail, d'un *réviseur particulièrement qualifié* au sens de l'art. 727b CO.

Le *système légal des sanctions* est suffisant pour mettre en œuvre l'obligation de transparence (vérification par un réviseur particulièrement qualifié, droit d'ingérence du conseil d'administration, droits des actionnaires à l'information, exercice du droit de vote par les actionnaires lors de l'assemblée générale, droit préalable de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, droit de faire des propositions, éventuellement contrôle spécial, droit d'action des actionnaires). Une

exception demeure toutefois : *l'action en restitution* de l'art. 678 CO mérite d'être renforcée ; le groupe de travail envisage de faire d'autres propositions à cet égard, ainsi que sur divers éléments du droit de la société anonyme sous l'angle du gouvernement d'entreprise, dans son rapport final du 30 septembre 2003.

Le groupe de travail a adopté ce rapport à l'unanimité lors de sa séance du 25 mars 2003.

Bâle, Zurich, Lausanne, le 25 mars 2003

## **Art. 663*b*, al. 2 à 8 (nouveaux)**

<sup>1</sup> L'annexe contient les informations suivantes:

[...]

<sup>2</sup> L'annexe contient, pour l'exercice achevé ainsi que pour l'exercice précédent, des informations complémentaires lorsque, durant deux exercices consécutifs, la société, y compris les entités qu'elle réunit avec elle sous une direction unique (groupe de sociétés):

- a. recense 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle;
- b. présente un total du bilan supérieur à 20 millions de francs ou un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions de francs.

<sup>3</sup> Les informations complémentaires se réfèrent aux prestations octroyées aux membres du conseil d'administration, aux tiers auxquels tout ou partie de la gestion a été déléguée (direction générale), ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches, directement ou indirectement, par la société ou d'une société du même groupe.

<sup>4</sup> Par prestations, on entend notamment:

- a. les honoraires, les salaires et les participations au résultat de l'exploitation;
- b. les bonifications;
- c. les notes de crédit;
- d. les avantages en nature;
- e. l'attribution de droits de participation de la société ou d'une société du même groupe ou d'options sur ces droits de participation;
- f. les indemnités de départ;
- g. les tantièmes ;
- h. les cautionnements et l'octroi d'autres sûretés;
- i. les remises de dette et la renonciation partielle à une prestation.

<sup>5</sup> L'annexe contient:

- a. le montant global des prestations accordées aux membres du conseil d'administration dans leur ensemble, ainsi que le montant des prestations accordées à chaque membre du conseil d'administration;
- b. le montant global des prestations accordées à la direction générale ainsi que le montant des prestations accordées au membre de la direction générale dont la rémunération est la plus élevée.

<sup>6</sup> L'annexe contient également, à la date de référence du bilan, pour les membres du conseil d'administration, les membres de la direction générale ainsi que les personnes qui leur sont proches, des informations structurées de la même manière concernant:

- a. le nombre de droits de participation de la société ou d'une société du même groupe et d'options sur de tels droits qu'ils détiennent ;
- b. le montant des prêts et des autres crédits qui leur ont été octroyés par la société ou une société du même groupe.

<sup>7</sup> L'annexe contient les mêmes informations pour les membres du conseil d'administration et les membres de la direction générale qui ont cessé l'exercice de leurs fonctions durant les deux derniers exercices annuels.

<sup>8</sup> Lorsque les droits de participation d'une société sont cotés en bourse, les dispositions plus détaillées du droit boursier demeurent réservées.