



**Projet d'ordonnance contre les rémunérations
abusives dans les sociétés anonymes cotées en
bourse
(ORAb)**

Rapport additionnel

... 2013

Table des matières

1	Genèse du projet et but du rapport additionnel	3
2	Commentaire des dispositions	3
2.1	Titre de l'ordonnance et champ d'application (art. 1)	3
2.2	Assemblée générale (art. 2)	4
2.3	Conseil d'administration (art. 3 à 6)	4
2.4	Comité de rémunération (art. 7)	5
2.5	Représentant indépendant (art. 8 à 11)	5
2.6	Dispositions statutaires (art. 12)	6
2.7	Dispositions pénales (art. 24 et 25)	13
2.7.1	Remarque préliminaire	13
2.7.2	Punissabilité des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 24)	13
2.7.3	Punissabilité dans le domaine des institutions de prévoyance (art. 25)	17
2.8	Dispositions transitoires (art. 26 à 32)	17
2.9	Entrée en vigueur (art. 33)	18

1 Genèse du projet et but du rapport additionnel

Le 14 juin 2013, le Département fédéral de justice et police a ouvert une audition écrite concernant l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives¹, audition qui durait jusqu'au 28 juillet 2013. Il a reçu 71 réponses². La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats et celle du Conseil national ont également été entendues respectivement le 26 août 2013 et les 5 et 6 septembre 2013.

On nommera ci-après « avant-projet » la version de l'ordonnance du 14 juin 2013 (datée par erreur « du 22 novembre 2013 »), qui a été l'objet de ces consultations. Elle a été commentée dans le rapport explicatif du 14 juin 2013³.

On nommera « projet » la version de l'ordonnance dont le Conseil fédéral arrête l'entrée en vigueur. Le présent rapport additionnel commente essentiellement les adaptations opérées à la suite de l'analyse approfondie des résultats de l'audition.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Titre de l'ordonnance et champ d'application (art. 1)

La langue française n'a pas d'équivalent pour « *Abzockerei* ». Le terme n'apparaît pas non plus à l'art. 95, al. 3, Cst. Nous avons donc adapté le titre allemand de l'ordonnance en le rapprochant du titre français, et ajouté une mention des sociétés anonymes cotées en bourse.

L'*art. 1, al. 1*, ne mentionne plus l'art. 763 CO⁴. Cette suppression était nécessaire car les sociétés citées dans cet article ne sont actuellement pas soumises aux dispositions du CO concernant les sociétés anonymes.

L'*al. 2* précise expressément que les règles sur le droit des corporations de droit public de déléguer un représentant et de le révoquer au sens de l'art. 762 CO priment les dispositions de l'ordonnance (et notamment l'art. 3).

La majeure partie de l'ordonnance est étroitement liée au code des obligations ; certaines de ses dispositions priment même ce dernier. Pour des raisons de cohérence linguistique, on a donc renoncé en allemand aux doublets masculin-féminin.

L'ordonnance ne prime pas que les dispositions du CO relatives au droit des sociétés

¹ Communiqué du DFJP du 26 mars 2013 (<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2013/2013-03-261.html>).

² Voir le résumé des prises de position sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives du 4 septembre 2013.

³ Les documents peuvent être consultés à l'adresse: <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/past.html> (2013, DFJP) ou <http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision.html>.

⁴ Code des obligations (CO, RS **220**).

anonymes⁵, mais éventuellement aussi des normes d'autres domaines, en particulier le droit du travail.

2.2 Assemblée générale (art. 2)

L'assemblée générale ne doit pas élire forcément elle-même les suppléants du président du conseil d'administration et du représentant indépendant. L'art. 2, ch. 1 et 3, de l'avant-projet prévoyait une telle règle, afin d'éviter que les tribunaux n'en viennent à devoir rectifier des carences dans l'organisation impérativement prescrite par la loi de la société (art. 731b et 941a CO, art. 154 ORC⁶). Or, les nouveaux art. 4, al. 4, 7, al. 4, et 8, al. 6, permettent au conseil d'administration de corriger ces carences sans que l'assemblée générale doive intervenir. Les dispositions contraires des statuts demeureront réservées. La société aura donc une plus grande autonomie pour fixer son organisation. Naturellement, il faudra aussi tenir compte des conditions de l'élection : le vice-président devra aussi faire partie du conseil d'administration (art. 4, al. 1).

Sur le terme de « gestion », voir le commentaire de l'art. 6.

2.3 Conseil d'administration (art. 3 à 6)

La formulation de l'art. 3, al. 2, et de l'art. 4, al. 2, a été précisée : la durée de fonctions des membres et du président du conseil d'administration s'achève à *la fin* de l'assemblée générale ordinaire suivante. Il ne s'agit pas d'un changement matériel.

Suite à la modification de l'art. 2, ch. 1 et 3, il n'est plus utile non plus de mentionner les suppléants à l'art. 4, al. 1 et 3. On a aussi précisé que le président du conseil d'administration est élu parmi les membres de ce dernier. Concernant le nouvel art. 4, al. 4, voir le commentaire de l'art. 2.

Selon l'art. 6, al. 1, en relation avec l'art. 2, ch. 4, la direction se compose de personnes physiques à qui l'assemblée générale a délégué tout ou partie de la gestion de la société. Il s'agit donc - conformément à l'art. 663b^{bis}, al. 1, ch. 2, CO - des membres de l'organe qui est directement subordonné au conseil d'administration⁷ ou, autrement dit, du niveau hiérarchique le plus élevé en dessous du conseil d'administration⁸.

Selon l'art. 6, al. 2, il reste possible de déléguer la gestion de fortune à une personne morale. En effet, de nombreuses sociétés d'investissement cotées en bourse seraient sans cela

⁵ Voir le rapport explicatif, p. 9 s.

⁶ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC, RS **221.411**).

⁷ Message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF **2004** 4223, 4234.

⁸ BSK OR II-WATTER/MAIZAR, ad art. 663b^{bis} n° 28 et PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 8 n° 496 ss.

confrontées à des problèmes quasi insolubles (voir art. 2, al. 3, LPCC⁹). La gestion de fortune comprend la gestion de placements collectifs au sens des art. 18 et 19 LPCC. C'est toujours au conseil d'administration de la société délégitrice qu'il appartiendra de surveiller les gestionnaires de fortune externes et de prendre les décisions essentielles de la politique en matière de placements (art. 716a, al. 1, ch. 3, CO). Si la gestion de fortune est déléguée à une société appartenant à un groupe, l'art. 21 s'appliquera. Si elle est déléguée à une véritable société tierce, le problème des rémunérations ne se pose pas, car il n'y a pas de conflit d'intérêts. L'art. 6, al. 2, ne permet donc pas de contourner la loi.

La révocation de membres du conseil d'administration par l'assemblée générale n'est pas mentionnée dans l'ordonnance car elle est déjà réglée à l'art. 705, al. 1, CO.

2.4 Comité de rémunération (art. 7)

La formulation de l'art. 7, al. 3, est précisée à l'instar des art. 3, al. 2, et 4, al. 2 ; il ne s'agit pas non plus ici d'un changement matériel.

Pour le nouvel al. 4, voir le commentaire de l'art. 2.

Selon l'al. 5, les statuts ne contiendront plus que les *principes* régissant les tâches et les compétences du comité de rémunération. La société aura ainsi davantage d'autonomie pour s'organiser sur ce plan. Cette rectification a été demandée durant l'audition.

2.5 Représentant indépendant (art. 8 à 11)

Pour éviter des problèmes de compétence, l'art. 8, al. 1, ne prévoit plus l'élection que d'un seul représentant indépendant. Comme l'existence de celui-ci est indispensable pour que les actionnaires puissent exercer leurs droits de vote, l'al. 6 prévoit une exception permettant d'éviter que cette fonction ne se retrouve vacante, ce qui représenterait une carence de l'organisation : si une société n'a plus de représentant indépendant, le conseil d'administration pourra en nommer un à titre exceptionnel pour l'assemblée générale suivante. Ce cas peut se produire si le représentant quitte ses fonctions à court terme ou perd son indépendance, ou si l'assemblée générale ne parvient pas à en élire un. Cette règle est cependant de caractère dispositif, et les statuts pourront prévoir une autre solution, par exemple la désignation d'un suppléant par l'assemblée générale.

L'art. 8, al. 3, a été modifié en allemand sur le plan rédactionnel ; les dispositions relatives à l'indépendance des réviseurs ne peuvent s'appliquer au représentant indépendant que par analogie. La disposition décrit en outre plus précisément l'indépendance du représentant.

Pour éviter des malentendus, on a également précisé la formulation de l'art. 8, al. 4. Comme

⁹ Loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs, LPCC, RS 951.31.

l'activité principale du représentant indépendant s'exerce principalement pendant l'assemblée générale ordinaire suivante, ses fonctions prennent naturellement fin une fois cette assemblée générale achevée.

Permettre de révoquer en tout temps le représentant indépendant poserait d'importants problèmes pratiques, car les pouvoirs et les instructions que lui ont déjà donnés les actionnaires se trouveraient sans objet ; les actionnaires ne seraient plus représentés. L'*art. 8, al. 5*, prévoit donc que la révocation ne peut être opérée que pour la fin de l'assemblée générale.

Si la révocation du représentant indépendant est à l'ordre du jour d'une assemblée, il devra exercer les pouvoirs qui lui ont été conférés conformément à ses instructions, en vertu du devoir de diligence inhérent au rapport de représentation, même si ces instructions sont de voter la révocation. L'obliger à se récuser serait impraticable et reviendrait à une révocation anticipée.

Le renvoi entre parenthèses sous le *titre de l'art. 9* se réfère désormais à l'ensemble de l'*art. 689a CO*. Il convient en effet de souligner que les dispositions sur la transmission de pouvoirs et instructions par la voie électronique, notamment, s'appliquent non seulement aux actions nominatives, mais aussi aux actions au porteur. A ce propos, il faut aussi noter que les pouvoirs et instructions peuvent être transmis par la voie électronique, au sens de l'*art. 9, al. 1, ch. 3*, sans une signature électronique qualifiée au sens de l'*art. 14, al. 2^{bis}, CO*.

L'*art. 9, al. 2*, interdit d'établir des pouvoirs ou des instructions permanents en faveur du représentant indépendant. Cette interdiction est la conséquence de la durée de fonctions d'une année du représentant indépendant. Elle garantit en outre que la représentation ne prenne pas un caractère automatique et ne cesse pas de refléter la volonté claire des actionnaires.

Selon l'*art. 10, al. 2*, le représentant indépendant s'abstient lorsqu'il n'a reçu aucune instruction. Si l'on réglait ce cas de figure autrement, les votes ne reflèteraient pas la volonté réelle des actionnaires. Le fait que les abstentions aient l'effet d'un vote négatif selon la norme dispositive de l'*art. 703 CO* peut facilement être contré par une disposition statutaire qui y déroge et qui fixe la majorité autrement (par ex., les statuts peuvent prévoir que l'assemblée générale prend ses décisions à la majorité absolue des voix exprimées, les abstentions ne comptant pas comme voix exprimées).

2.6 Dispositions statutaires (art. 12)

L'*art. 12* décrit les dispositions nécessaires (al. 1) et les autres dispositions (al. 2) des statuts. Les deux alinéas ont été fortement remaniés, tant sur la forme que sur le fond.

Art. 12, al. 1 :

- *Ch. 1 :* le nombre de fonctions admises doit être fixé, ou bien il doit être possible de le déterminer. L'ordonnance précise que ce nombre porte sur les fonctions occupées au sein d'entités juridiques tenues de s'inscrire au registre du commerce ou dans un registre similaire à l'étranger. Les actionnaires doivent pouvoir évaluer si les cadres supérieurs ont des charges importantes en dehors du groupe.
- *Ch. 2 :* les statuts doivent fixer la durée maximale des contrats de travail de durée déterminée (CDD) qui prévoient les rémunérations. Pour les contrats de durée indéterminée (CDI), ils doivent fixer le délai de congé maximal, qui ne doit pas dépasser un an. L'art. 95, al. 3, let. c, Cst. ne parle que de « durée du contrat », mais ce terme doit être interprété : il a un sens en rapport avec les CDD, mais non quand on en vient aux CDI. Il faut donc aussi intégrer le délai de congé maximal des contrats de durée indéterminée dans les dispositions nécessaires des statuts, afin d'éviter surtout une inégalité entre ces deux types de contrats. On lira dans le commentaire de l'art. 20, ch. 1, pourquoi le projet prévoit désormais de fixer un plafond d'un an aux CDD et au délai de congé. En outre, le champ d'application personnel a été élargi aux membres du conseil d'administration. D'une part, il n'y a pas de raison objective pour traiter différemment le conseil d'administration et la direction concernant les indemnités de départ illicites. D'autre part, cette disposition accroît la sécurité du droit, ce dont les membres du conseil d'administration devraient aussi bénéficier.
- *Ch. 3 :* adaptation formelle à la nouvelle formulation de l'art. 7, al. 5.
- *Ch. 4 :* les modalités du vote de l'assemblée générale sur les rémunérations selon l'art. 18, al. 1, 2, 1^{re} phrase, et 3, ont été ajoutées aux dispositions nécessaires des statuts. On se reportera au commentaire de l'art. 18.

Art. 12, al. 2 :

- *Ch. 1 :* les « rentes » dont il est question à l'art. 95, al. 3, let. c, Cst. sont des rémunérations visant à assurer une retraite en dehors de la prévoyance professionnelle. De par la volonté du constituant, elles ne doivent pas être fixées dans les règlements des institutions de prévoyance mais dans les statuts. Elles ne sont donc par nature pas des prestations réglementaires des institutions de la prévoyance professionnelle mais des revenus de l'activité lucrative. Le ch. 1 explicite donc le terme constitutionnel et parle de « prestations de prévoyance en dehors de la prévoyance professionnelle ».
- *Ch. 2 :* les « rémunérations liées à la prestation » deviennent des « rémunérations liées aux résultats ». Le nouveau terme est plus large et comprend, en plus des aspects personnels de la rémunération, des aspects à l'échelle de l'entreprise.
- *Ch. 3 :* pas de modification. Il faut cependant apporter ici une précision. Le ch. 3 porte seulement sur les titres de participation et les droits d'option qui ont une fonction

rémunératrice. Ce n'est pas toujours le cas des programmes de rachat d'actions ouverts aux membres du conseil d'administration, du comité consultatif ou de la direction en leur qualité d'actionnaires.

- *Ch. 4* : adaptation à l'art. 6.
- *Ch. 5 et 6* : adaptation à la nouvelle version de l'art. 18. On se reportera au commentaire de ce dernier.
- *Ch. 7* : il a été intégré dans l'ordonnance suite à la création de l'art. 4, al. 4, de l'art. 7, al. 4, et de l'art. 8, al. 6.
- *Ch. 8* : adaptation rédactionnelle à l'art. 21, ch. 2.

2.7 Rapport de rémunération (art. 13 à 17)

L'*art. 13, al. 1*, souligne de façon plus ferme que le rapport de rémunération présente les éléments quantitatifs de la rémunération qui sont énoncés aux art. 14 à 16. Il s'ensuit que le rapport de rémunération au sens de la section 7 n'a pas à être utilisé par le conseil d'administration pour exprimer un avis subjectif sur le système de rémunération de la société (par ex. «rémunération adéquate et conforme aux conditions du marché»). Ce type d'appréciation doit être évité et peut tout au plus figurer dans une partie distincte des indications fournies en vertu des art. 14 à 16.

L'al. 2 contient maintenant plusieurs renvois aux dispositions du droit comptable (art. 958c, 958d, al. 2 à 4, et 958f CO). Ce rappel est nécessaire, car les indications relatives à la rémunération ne sont plus contenues dans l'annexe des comptes annuels. Il s'ensuit que le principe de régularité doit aussi être respecté lors de l'établissement du rapport de rémunération (art. 958c CO). L'application du principe de l'importance relative (art. 958c, al. 1, ch. 4, CO) ne signifie cependant pas que l'impact des rémunérations sur le total des charges de la société doive être déterminant. Si tel était le cas, dans les grandes sociétés, une partie importante des rémunérations serait occultée par l'ombre portée de l'insignifiance¹⁰. Sur le plan matériel, il n'y a donc aucun changement par rapport à la situation juridique actuelle¹¹. Il est aussi précisé que les dispositions de l'art. 958d, al. 3 et 4, CO concernant la langue et la monnaie s'appliquent aussi au rapport de rémunération. Et enfin, le renvoi à l'art. 958d, al. 2, CO permet de déduire sans ambiguïté que le rapport de rémunération doit également contenir les chiffres de l'exercice précédent.

Les renvois aux dispositions du nouveau droit comptable ne portent pas sur l'art. 2 des dispositions transitoires de la modification du 23 décembre 2011. Si un rapport de rémunération doit être établi en vertu de l'ordonnance, les dispositions du nouveau droit

¹⁰ PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrechts*, 4^e éd., Zurich 2009, § 8 n° 525.

¹¹ Voir BSK OR II-WATTER/MAIZAR, ad art. 663b^{bis} n° 68.

comptable doivent impérativement être appliquées.

L'*al. 3* reprend une partie de l'*al. 2* de l'avant-projet, sans modification quant au fond.

Désormais, les primes d'embauche sont mentionnées explicitement à l'*art. 14, al. 2, ch. 5*. Cela clarifie la situation mais ne change rien au fond, puisque l'énumération des indemnités n'est pas exhaustive.

Selon l'*art. 14, al. 3, ch. 4*, le rapport de rémunération doit désormais aussi présenter le montant complémentaire (art. 19) versé. Cela doit permettre aux actionnaires de vérifier que ledit montant complémentaire, dont l'emploi n'est pas soumis au vote sur les rémunérations (art. 19, al. 3), n'a pas été utilisé de manière abusive. Les actionnaires doivent en outre pouvoir identifier quel membre a reçu quelle part du montant complémentaire global.

Les autres modifications apportées à l'*art. 14, al. 3*, et à l'*art. 15, al. 2*, sont de nature systématique et servent à opérer une distinction claire entre les indemnités (art. 14) et les prêts et crédits (art. 15).

Selon l'*art. 17*, l'organe de révision doit vérifier si le rapport de rémunération est conforme à la loi et à l'ordonnance. Le renvoi aux statuts a été supprimé car il est implicitement contenu dans le renvoi à l'ordonnance elle-même (par ex. l'art. 12 sur le contenu des statuts fait partie de l'ordonnance). Il est en outre précisé qu'en ce qui concerne la nature et les modalités du rapport, les dispositions de l'art. 728b CO s'appliquent par analogie.

2.8 Décisions de l'assemblée générale (art. 18 et 19)

Pour garantir aux sociétés la plus grande flexibilité possible dans le cadre de l'application de l'art. 95, al. 3, Cst., l'*art. 18* ne prescrit plus, en ce qui concerne la fixation des rémunérations, que les conditions minimales qui doivent être respectées (*al. 3, ch. 1 à 3*), mais ne contient plus de normes dispositives au sujet du mécanisme d'approbation (cf. art. 18, al. 1, de l'avant-projet). Cela permet aux sociétés de choisir un système correspondant à leurs besoins effectifs, notamment dans les deux domaines ci-dessous.

Premièrement, l'ordonnance ne formule plus d'exigences quant au mécanisme de vote à proprement parler. L'utilisation du terme générique «vote» permet aussi bien une approbation qu'une décision de l'assemblée générale. La société peut ainsi choisir si elle veut que l'assemblée générale approuve les montants globaux des rémunérations, ce qui signifie que les actionnaires ne peuvent présenter aucune proposition divergente, ou si l'assemblée générale doit statuer sur les rémunérations proposées. Dans ce cas, tout actionnaire pourrait soumettre de nouvelles propositions à l'assemblée générale (par ex. un montant global des rémunérations inférieur).

Et deuxièmement, l'art. 18 ne contient plus d'exigences relatives à la période de référence des rémunérations sur lesquelles l'assemblée générale doit voter. Les statuts pourront donc

déterminer si le vote de l'assemblée générale est rétrospectif, prospectif, ou consiste en une combinaison de ces deux modèles.

Cette liberté n'est cependant pas qu'un droit. C'est aussi une obligation, car les statuts doivent régler les modalités du vote (*art. 18, al. 2, 1^{re} phrase*, en relation avec l'art. 12, al. 1, ch. 4).

L'ajout de l'indication «directement ou indirectement» à l'*art. 18, al. 1*, apporte une meilleure cohérence entre les dispositions de l'ordonnance (cf. art. 14, al. 1, ch. 1 à 4, et art. 21).

Désormais, l'ordonnance ne prescrit plus la manière de procéder lorsque l'assemblée générale refuse d'approuver le montant global des rémunérations qui lui est proposé (cf. art. 18, al. 2, de l'avant-projet). Selon l'*art. 18, al. 2, 2^e phrase*, les statuts peuvent néanmoins régler la marche à suivre en cas de refus des rémunérations. Ils peuvent ainsi contenir des dispositions sur la suite de la procédure, par exemple en fixant le délai dans lequel une assemblée générale extraordinaire doit avoir lieu, ou régler les cas dans lesquels le conseil d'administration ou les actionnaires peuvent présenter de nouvelles propositions. Mais cette disposition ne permet en aucun cas un transfert des compétences prévues à l'art. 95, al. 3, Cst. Les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ne sont réputées définitives que lorsqu'elles ont été acceptées par l'assemblée générale. Des dispositions statutaires qui, en cas de refus de l'assemblée générale, reconduiraient la validité des dernières rémunérations approuvées ou qui transféreraient le pouvoir de décision au comité de rémunération, seraient clairement illicites. Le choix est toutefois laissé à la société de tenir une assemblée générale extraordinaire ou d'attendre l'assemblée générale ordinaire suivante pour tenter une nouvelle fois de faire approuver les rémunérations.

L'*art. 18, al. 3*, statue que l'assemblée générale vote [1] annuellement et [2] séparément sur les rémunérations accordées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, et que [3] son vote a un caractère contraignant. Un vote purement consultatif est donc illicite. Les conditions énoncées à l'al. 3 sont valables pour toutes les dispositions statutaires visées à l'al. 2.

La dérogation concernant le montant complémentaire pour de nouveaux membres de la direction est conservée. Comme l'art. 18 ne contient plus aucune prescription concernant la période de référence des rémunérations, l'*art. 19, al. 1*, précise que l'utilisation d'un montant complémentaire n'est possible que si l'assemblée générale vote sur les rémunérations de manière prospective. En cas de vote rétrospectif sur les rémunérations, l'utilisation du montant complémentaire reviendrait à contourner la compétence de l'assemblée générale de manière injustifiée, car dans ce modèle, le nouveau membre de la direction se trouve dans la même situation que les anciens membres.

L'*art. 19, al. 2*, précise quand le montant complémentaire prévu par les statuts peut être utilisé. Premièrement, il ne peut être utilisé que lorsque le montant global des rémunérations

décidé par l'assemblée générale ne suffit pas pour couvrir la rémunération du nouveau membre et deuxièmement, il ne peut être utilisé que pour la période allant jusqu'au prochain vote de l'assemblée générale sur les rémunérations (*pro rata temporis* jusqu'à l'assemblée générale suivante).

Les statuts doivent fixer le montant complémentaire, ou bien il doit être possible de le déterminer (cf. art. 12, al. 2, ch. 5).

2.9 Indemnités interdites (art. 20 et 21)

Quelques-unes des indemnités interdites prévues à l'*art. 20* ont été précisées, principalement pour améliorer la sécurité juridique au regard du droit pénal et du droit du travail. Ces précisions concernent les aspects ci-après.

- *Ch. 1* : les indemnités qui sont dues jusqu'à la fin du rapport contractuel au sens de l'art. 12, al. 1, ch. 2, ne sont pas considérées comme des indemnités de départ (par ex. maintien du salaire prévu par le contrat de travail). L'assemblée générale peut influencer le montant de ces indemnités, par exemple en n'inscrivant pas dans les statuts le délai de congé maximal d'un an, mais un délai moins long. Cette précision apportée au ch. 1 permet surtout d'éviter des problèmes liés au droit du travail (un aspect qui a été évoqué à plusieurs reprises lors de l'audition). Ces indemnités doivent néanmoins être publiées dans le rapport de rémunération et sont soumises au vote global de l'assemblée générale.

En outre, on précise explicitement que seules les indemnités de départ convenues contractuellement ou prévues par les statuts sont visées. Les indemnités de départ dues légalement en vertu de l'art. 339b CO sont donc désormais exclues de l'interdiction.

- *Ch. 2* : les primes d'embauche ne sont – comme dans l'avant-projet – pas considérées comme des indemnités anticipées interdites. On entend par prime d'embauche une indemnité versée à l'entrée en service pour compenser des prétentions mesurables en argent à l'égard de l'ancien employeur ou mandant (par ex. participation à un plan d'option en cours, actions bloquées), qu'un membre du conseil d'administration ou de la direction aurait pu exercer s'il n'avait pas changé d'entreprise.
- *Ch. 3* : les provisions pour restructuration ne sont interdites – contrairement à ce que prévoyait l'avant-projet – que si elles concernent des transactions intragroupe. C'est uniquement dans ces cas que le risque existe de générer des provisions sans justification économique.
- *Ch. 4* : le terme «rentes» utilisé dans l'avant-projet, et qui figure à l'art. 95, al. 3, let. c, Cst., est remplacé par l'expression «prestations de prévoyance en dehors de la prévoyance professionnelle» pour plus de précision (cf. art. 12, al. 2, ch. 1).

2.10 Obligation de voter et de communiquer des institutions de prévoyance (art. 22 et 23)

L'art. 22, al. 1, régissant l'obligation de voter des institutions de prévoyance a été adapté. La portée de l'obligation de voter au sens de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. est sujette à interprétation et la préférence a donc été donnée à l'interprétation la plus étroite, selon laquelle les institutions de prévoyance doivent se prononcer sur les propositions annoncées du conseil d'administration concernant les points cités aux ch. 1 à 3. Il n'en résulte par exemple aucune obligation de voter pour les décisions sur la décharge du conseil d'administration, sur l'approbation des comptes annuels ou sur les augmentations et les réductions du capital-actions. Par contre l'al. 3 ne permet plus, contrairement à l'avant-projet, de renoncer par anticipation à participer au vote. De ce fait, les institutions de prévoyance ne peuvent plus s'abstenir, approuver ou refuser les propositions du conseil d'administration qu'au cas par cas, objet par objet. Pour exercer leur obligation de voter, elles peuvent aussi avoir recours au représentant indépendant.

L'obligation de voter des institutions de prévoyance s'étend aussi aux actions détenues indirectement, pour autant que l'institution dispose d'un tel droit ou que le fonds soit contrôlé par l'institution de prévoyance (par ex. un fonds à investisseur unique).

L'utilisation, à l'al. 4, de l'expression «assure d'une manière durable la prospérité de l'institution de prévoyance» empruntée au droit de la société anonyme et au droit comptable (art. 674, al. 2, ch. 2, art. 960a, al. 4, CO) souligne que l'intérêt des assurés s'inscrit dans une perspective à long terme¹². Le renvoi au règlement a été supprimé, ce qui permet une meilleure coordination avec l'art. 49a, al. 2, let. a, OPP2¹³ en vigueur. Compte tenu de l'importance de l'obligation de voter et de la définition de l'intérêt des assurés, il est néanmoins recommandé de régler concrètement ces points dans le règlement d'organisation, notamment dans la perspective des dispositions pénales prévues à l'art. 25.

Comparé à l'avant-projet, le degré de détail des communications exigées à l'art. 23 a augmenté. La communication devra être structurée en fonction des différents points de l'ordre du jour visés à l'art. 22, al. 1, ch. 1 à 3. Pour éviter un travail administratif disproportionné, les institutions de prévoyance ne doivent cependant communiquer de manière détaillée que sur les points où elles n'ont pas suivi les propositions du conseil d'administration, autrement dit lorsqu'elles ont refusé une proposition ou qu'elles se sont

¹² Voir message du 5 décembre 2008 relatif à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF **2009** 265, 284; message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF **2008** 1407, 1531.

¹³ Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS **831.441.1**).

abstenues.

2.11 Dispositions pénales (art. 24 et 25)

2.11.1 Remarque préliminaire

L'art. 24 a été remanié sur les plans matériel et rédactionnel suite à l'audition. Les éléments constitutifs de l'infraction détaillés à l'al. 1, ch. 1 à 9, de l'art. 24 de l'avant-projet sont devenus les al. 1 et 2 de cet article. Pour l'essentiel, les modifications de l'art. 24 sont les suivantes :

- Faute de base claire dans l'art. 95, al. 3, let. a à c, Cst., certains éléments d'infractions ont été supprimés à l'al. 1, ch. 1, 3 et 5, de l'avant-projet.
- Un al. 2, prévoyant une peine moins lourde, a été créé : il s'agit de tenir compte du principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst.) et de préserver la cohérence du droit pénal (en particulier par rapport au CP¹⁴). De plus, cet alinéa délimite un cercle d'auteurs potentiels plus restreint.
- Un élément subjectif constitutif d'infraction a été ajouté aux al. 1 et 2 : le fait d'agir « sciemment ».
- Certaines infractions ont été définies de manière plus détaillée et les règles de calcul de la peine pécuniaire (al. 3) ont été précisées : il s'agit de tenir compte du principe de précision de la norme pénale.

2.11.2 Punissabilité des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 24)

Al. 1

Les violations des règles relatives aux rémunérations ont été réunies à l'*al. 1*, qui reprend pour l'essentiel l'art. 24, al. 1, ch. 2, de l'avant-projet. Peuvent se rendre coupables les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, comme dans l'avant-projet¹⁵. Les renvois aux art. 20 et 21 – qui définissent les rémunérations interdites – ont été précisés. Cependant, toutes les rémunérations interdites ne donneront pas lieu à une sanction pour celui qui les reçoit ou pour celui qui les octroie, mais seulement celles que l'art. 95, al. 3, let. b, Cst. désigne explicitement comme illicites :

- les indemnités de départ (art. 20, ch. 1),
- les indemnités anticipées (art. 20, ch. 2),
- les provisions pour restructurations à l'intérieur d'un groupe de sociétés (art. 20, ch. 3).

¹⁴ Code pénal (CP, RS 311).

¹⁵ Voir le ch. 3.11.9 du rapport explicatif.

Octroyer et recevoir de ces indemnités pour des activités dans une société du groupe sera aussi punissable (art. 21, ch. 1, en relation avec l'art. 20, ch. 1 à 3).

L'avant-projet prévoyait, à son art. 24, al. 1, ch. 2, que l'octroi et la réception de prêts, de crédits et de rentes non prévus par les statuts serait punissable. Cette disposition a été supprimée, car la lettre de l'art. 95, al. 3, let. c, Cst. demande seulement que ces rémunérations soient fixées dans les statuts. Seule une infraction à cette disposition sera donc punissable, l'art. 95, al. 3, let. c, en relation avec la let. d, Cst. ne permettant pas de déduire une punissabilité plus étendue.

De même, on a supprimé les infractions décrites aux ch. 1 et 3 de la disposition de l'avant-projet. Pour la première, l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. prévoit que l'assemblée générale doit pouvoir voter chaque année la somme globale des rémunérations. En relation avec la let. d, seul le non-respect de cette obligation sera punissable (cf. art. 24, al. 2, ch. 3, let. b). On ne peut déduire de la norme constitutionnelle qu'octroyer ou percevoir des rémunérations non conformes à la décision de l'assemblée générale soit punissable. Quant au ch. 3 de l'avant-projet, le même raisonnement s'applique : l'art. 95, al. 3, let. c, Cst. exige seulement que les statuts règlent le nombre de mandats externes des membres des organes, et seule l'infraction à cette obligation est punissable (art. 95, al. 3, let. c, en relation avec la let. d, Cst. ; cf. art. 24, al. 2, ch. 3, let. d). Cependant, selon les cas, le fait d'exercer un mandat non autorisé pourra être poursuivi au titre de la gestion déloyale (art. 158 CP) ou donner lieu à une action en responsabilité de droit civil (art. 754 CO).

L'infraction comprend désormais un élément subjectif, le fait d'agir « sciemment ». Il faut que la personne en question sache avec certitude que la rémunération qu'elle reçoit ou qu'elle octroie est interdite. Un simple doute ne suffit pas. Cela exclut le dol éventuel¹⁶. Il est vrai que les normes du CP relatives aux infractions contre le patrimoine exigent rarement le dol direct, mais comme la peine encourue est très sévère et que l'ordonnance n'exige pas un dessein d'enrichissement, il se justifie d'apporter ici cette restriction. Cela permet en outre d'éviter les difficultés qui se posent pour délimiter le dol éventuel de la négligence consciente en cas de tentative.

La peine encourue est – comme dans l'avant-projet - une peine privative de liberté de trois ans au plus *et* une peine pécuniaire. Cette disposition a cependant été reformulée de sorte qu'il soit plus clair que la totalité de la sanction infligée - peine privative de liberté plus peine pécuniaire – doit être appropriée à la culpabilité de l'auteur (art. 47 CP)¹⁷.

Certains ont demandé, dans le cadre de l'audition, que l'on introduise dans l'ordonnance une clause pour les cas de peu de gravité, visant les rémunérations de faible importance ou

¹⁶ Voir MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, in : Basler Kommentar Strafrecht I, M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (éd.), 3^e éd. Bâle 2013, ad art. 12 CP n° 74.

¹⁷ Voir le ch. 3.11.11 du rapport explicatif (sous-titre : Solution proposée à l'art. 24: cumul d'une peine privative de liberté et d'une peine pécuniaire).

conformes aux usages sociaux¹⁸ : cela n'a pas été fait, d'une part parce que les rémunérations pouvant donner lieu à une sanction ont été circonscrites à quelques catégories (indemnités de départ, etc.), d'autre part parce que ces rémunérations, précisément, ne peuvent guère être de faible importance ni conformes aux usages sociaux. Si une autorité pénale (tribunal ou ministère public) devait avoir à juger un tel cas, elle pourrait renoncer à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine en invoquant l'absence d'intérêt à le punir ou la réparation (art. 52 et 53 CP, art. 8 CPP¹⁹).

Al. 2

Les infractions qui touchent avant tout les droits de participation des actionnaires dans la société ont été réunies dans l'al. 2 de l'art. 24.

Le cercle des auteurs possibles a été limité aux membres du conseil d'administration, pour des raisons de proportionnalité (ce n'était pas encore le cas à l'art. 24, al. 1, ch. 4 à 9, de l'avant-projet). D'abord, les membres du conseil consultatif ne sont guère concernés. Ensuite, la préparation de l'assemblée générale et l'exécution de ses décisions, en particulier, font partie des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 6, CO), si bien qu'on peut exclure de la norme les membres de la direction. Les membres du conseil consultatif et de la direction pourront cependant être punis pour instigation (art. 24 CP) ou complicité (art. 25 CP).

Le *ch. 1* correspond à l'art. 24, al. 1, ch. 4, de l'avant-projet. Il réprime la délégation de la gestion à une personne morale au lieu d'une personne physique, en référence à l'art. 6 (à l'exception de la gestion de fortune au sens des art. 18 et 18a LPCC).

Ch. 2 : il n'est plus question de punir que la mise en place d'une représentation par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire (art. 95, al. 3, let. a, en relation avec la let. d, Cst.) et non plus, comme à l'art. 24, al. 1, ch. 5, de l'avant-projet, toute autre représentation que celle désignée par l'assemblée générale. Le libellé de l'art. 95, al. 3, let. a, Cst. ne fournit en effet pas la base pour le faire.

Le *ch. 3* réprime les comportements visant à empêcher les actionnaires d'exercer certains droits de participation dans la société. Il correspond aux ch. 6 à 9 de l'art. 24, al. 1, de l'avant-projet²⁰. Seul le renvoi de la let. d est plus précis. Par « empêcher », il faut entendre toute action qui mène à ce qu'un des événements cités (par ex. l'élection des membres du conseil d'administration ou le vote de l'assemblée générale sur les rémunérations) n'ait pas lieu. Cette action à elle seule ne sera pas punissable, il faudra qu'elle ait été suivie d'effets (par ex., une irrégularité de la mise à l'ordre du jour de l'approbation des rémunérations devra avoir effectivement empêché les actionnaires de voter sur la proposition durant

¹⁸ Sur le modèle de l'art. 322^{octies}, ch. 2, CP.

¹⁹ Code de procédure pénale (CPP, RS 312).

²⁰ Voir le ch. 3.11.9 du rapport explicatif.

l'assemblée générale). L'illicéité de l'acte dépend de la concrétisation de son résultat. Il s'agit d'une infraction matérielle et non d'une infraction formelle.

Comme à l'al. 1, l'auteur doit, sur le plan subjectif, avoir agi « sciemment ». Ne seront ainsi punissables que des cas clairs, tout problème de délimitation étant écarté.

Les comportements réprimés par l'al. 2 ont un degré d'illicéité moindre que ceux décrits à l'al. 1, si bien qu'une peine plus légère s'impose. Ces infractions seront punies d'une peine privative de liberté de trois ans au plus *ou* d'une peine pécuniaire. Il s'agit de tenir compte du principe de proportionnalité inscrit aux art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst. et de préserver la cohérence du droit pénal²¹. Cette gradation des peines correspond d'ailleurs au vœu de nombreux participants à l'audition.

Nous avons délibérément renoncé à la solution qui aurait consisté à prévoir une simple peine pécuniaire comme peine, étant donné que l'ordonnance doit suivre au plus près l'art. 95, al. 3, let. d, Cst.

Al. 3

Cette disposition a seulement été dotée d'une formulation plus précise, pour que la manière de calculer le maximum de six fois la rémunération annuelle ressorte aussi clairement que possible.

En résumé²² : en vertu du droit actuel, la peine pécuniaire est exprimée en jours-amende (art. 34 CP). Le nombre maximal de jours-amende est de 360 (art. 34, al. 1, CP). Le juge détermine le montant du jour-amende selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement (art. 34, al. 2, 2^e phrase, CP). Le maximum possible est, dans le cas normal, de 1,08 million de francs (360 jours-amende x 3000 fr.) ; or cela pourrait s'avérer trop bas par rapport aux six rémunérations annuelles que la norme constitutionnelle fixe comme peine maximale. L'ordonnance prévoit donc que le juge n'est pas tenu par le montant maximal du jour-amende visé à l'art. 34, al. 2, 1^{re} phrase, CP, c'est-à-dire par les 3000 francs par jour. Le juge ne pourra cependant pas infliger une peine pécuniaire sans être tenu par aucune limite. L'al. 3 prévoit que le montant global de la peine pécuniaire – le nombre de jours-amende multiplié par le montant du jour-amende – ne peut pas excéder six fois la rémunération annuelle²³ convenue au moment de l'acte avec la société concernée²⁴. Si plusieurs infractions ont été commises au cours des ans, il faudra se fonder sur la moyenne des rémunérations pour ces années. Le sextuple de cette somme représentera le plafond de la peine pécuniaire.

²¹ Voir les ch. 3.11.4 et 3.11.5 du rapport explicatif.

²² Voir aussi les explications données au ch. 3.11.11 du rapport explicatif (sous-titre « Calcul de la peine pécuniaire »).

²³ Concernant la notion de rémunération, voir art. 14, al. 2.

²⁴ Voir le ch. 3.11.11 du rapport explicatif (sous-titre « Calcul de la peine pécuniaire »).

On a renoncé par ailleurs au système exposé dans le rapport explicatif, selon lequel la règle des six rémunérations annuelles ne devait pas s'appliquer en dessous de la limite des 1,08 million de francs²⁵, afin de ne pas entrer en contradiction avec l'art. 95, al. 3, let. d, Cst.

Certes, il pourra arriver qu'une personne se voie infliger une peine pécuniaire relativement faible, ne correspondant pas à sa situation personnelle et économique et se trouve par là même privilégiée par rapport à d'autres auteurs d'infractions similaires. Toutefois, ce conflit d'objectifs découle de la formulation de l'art. 95, al. 3, let. d, Cst.

2.11.3 Punissabilité dans le domaine des institutions de prévoyance (art. 25)

La peine plus légère prévue dans le domaine des institutions de prévoyance a été majoritairement bien accueillie durant l'audition. Nous n'avons donc pas remanié l'art. 25. Le seul changement est une adaptation de l'élément subjectif de l'infraction à celui de l'art. 24.

Sur le plan rédactionnel, les membres de l'organe suprême sont désormais cités avant les personnes chargées de la gestion, conformément à la hiérarchie au sein des institutions de prévoyance.

2.12 Dispositions transitoires (art. 26 à 32)

Les délais des *art. 27 et 28* ont été accordés entre eux :

- Les statuts et les règlements devront être adaptés au plus tard lors de la deuxième assemblée générale ordinaire (art. 27, al. 1). Le délai a été raccourci, car la plupart des modifications auront lieu de toute façon dès la première ou la deuxième assemblée générale ordinaire suivant le 1^{er} janvier 2014. Jusqu'à l'écoulement du délai de l'art. 27, il sera possible d'exercer des fonctions ou d'octroyer des rémunérations sans la base statutaire requise par l'ordonnance à l'art. 12.
- Les contrats de travail en cours devront être adaptés avant la fin de 2015 (art. 28). C'est un an de plus que ce que prévoyait l'avant-projet. Il faut en effet que les sociétés puissent adapter d'abord leurs statuts et règlements aux exigences de l'ordonnance (voir art. 27, al. 1).

L'*art. 31, al. 1*, prévoit désormais que le rapport de rémunération visé à la section 7 doit être établi pour le premier exercice annuel après l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Cela résout un problème de droit transitoire qui avait été pointé du doigt lors de l'audition. Si une société élabore un rapport de rémunération pour un exercice ayant commencé avant le 1^{er} janvier 2014, elle n'est pas exemptée pour autant de donner les indications supplémentaires prévues par l'art. 663b^{bis} CO dans l'annexe au bilan.

²⁵ Voir le ch. 3.11.11 du rapport explicatif (sous-titre « Calcul de la peine pécuniaire »).

L'*art. 31, al. 2*, (qui était l'al. 1 dans l'avant-projet) a été adapté à l'*art. 18*, qui a été passablement remanié. L'assemblée générale devra voter sur les rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif au plus tard à partir de la deuxième assemblée générale ordinaire suivant le 1^{er} janvier 2014.

Art. 31, al. 3: comme les statuts et les règlements ne devront avoir été adaptés que lors de la deuxième assemblée générale ordinaire suivant le 1^{er} janvier 2014 (voir *art. 27, al. 1*), le conseil d'administration fixera les modalités du vote de l'assemblée générale sur les rémunérations (*art. 12, al. 1, ch. 4*) tant que celles-ci ne seront pas fixées dans les statuts conformément à l'ordonnance.

L'*art. 29, al. 2*, a été adapté formellement à l'*art. 8, al. 5*.

Concernant l'*art. 32* en relation avec les *art. 22* et *23*, il faut noter que l'obligation de communiquer des institutions de prévoyance ne portera que sur les votes qui auront eu lieu le 1^{er} janvier 2015 ou ultérieurement.

2.13 Entrée en vigueur (art. 33)

L'ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Les participants à l'audition ont très clairement approuvé cette date²⁶.

²⁶ Voir le résumé des prises de position sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives du 4 septembre 2013, p. 2.