

Genève et Berne, le 26 juillet 2013

Consultation sur l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives (ORAb) – Rapport explicatif du 14 juin 2013

Position d'ACTARES, Actionnariat pour une économie durable

1. Résumé

ACTARES salue le projet présenté le 14 juin 2013 par le Département fédéral de justice et police et tient à relever la brièveté du délai qu'à nécessité sa rédaction. Les solutions juridiques apportées à des dispositions de l'initiative dont la compatibilité avec le droit a pu être mise en doute avant la votation méritent des éloges. Le projet d'ordonnance paraît équilibré, pragmatique et démontre que les revendications de l'initiative sont applicables dans le cadre de l'ordre juridique suisse.

Organisation d'actionnaires engagé-e-s en faveur d'une économie durable, les valeurs et la démarche d'ACTARES lui font naturellement partager les objectifs de l'initiative "contre les rémunérations abusives", à savoir donner plus de droits mais aussi davantage de responsabilités aux actionnaires dans le fonctionnement des sociétés anonymes cotées en bourse. L'obligation pour les caisses de pensions, dépositaires de l'épargne forcée d'une partie importante de la population suisse, d'exercer les droits d'actionnaires au nom de leurs destinataires constitue une évolution importante vers la conscience des droits de devoirs associés à la notion de propriété.

Dans ce sens, il faut regretter le fait que le projet opte pour la définition étroite de ce qu'est une "institution de prévoyance". Alors que par exemple le contre-projet indirect des chambres associait le fonds AVS aux institutions soumises à l'obligation d'exercer leurs droits de votes d'actionnaires, il n'est plus question que des caisses de pensions. Du point de vue d'ACTARES, la notion des "institutions de prévoyance" doivent être interprétées au sens large et inclure, outre le fonds AVS, également la CNA et d'autres institutions de la sécurité sociale suisse.

La transparence dans ce domaine est fondamentale et ACTARES veut acquérir la certitude que chaque salariée et salarié puisse vérifier chacune des positions de vote exercées par son institution de prévoyance. Les dispositions relatives à cette transparence doivent être formulées de manière plus claire et univoque.

Le report à 2015 de l'entrée en vigueur de l'obligation pour les caisses de pensions d'exercer leurs droits de votes d'actionnaires alors que le texte de l'initiative postule une entrée en vigueur une année après la votation populaire est aussi peu compréhensible que regrettable.

Enfin, tout obstacle opposé à l'exercice des droits de votes par les actionnaires doit être combattu. La possibilité pour les personnes détenant un petit nombre d'actions à titre privé d'exprimer leur voix, de se faire représenter lors de cet exercice et de s'informer de manière satisfaisante doit jouir de toutes les garanties.

2. Présentation d'ACTARES

Fondée en 2000, l'association ACTARES rassemble des actionnaires qui s'engagent pour une économie durable. Forte de plus de 1'300 membres individuels et institutionnels, nombre en augmentation constante, ACTARES les représente régulièrement lors des assemblées générales de grandes sociétés cotées en bourse. Pour ces occasions, elle élabore, publie et exerce des recommandations de votes pour les principales entreprises suisses. Recherchant le dialogue avec les responsables de ces entreprises, elle se fait le porte-parole des préoccupations de ses membres.

ACTARES estime qu'une attitude économique responsable sous l'angle de la durabilité, qui respecte en particulier le bon gouvernement d'entreprise, est un facteur de succès indispensable sur le long terme.

3. Représentation des actionnaires (section 5)

La représentation des actionnaires par une institution dépositaire ou par les organes de la société est abolie, conformément aux dispositions de l'initiative. Outre la représentation des actionnaires par le représentant indépendant, il est essentiel que la représentation volontaire, au sens de l'art. 689, al. 2, CO, non seulement reste possible, mais soit garantie et si possible facilitée.

Aujourd'hui déjà, les premiers systèmes de vote électronique à distance mis en place par certaines sociétés ne permettent pas à l'actionnaire ayant opté précocement pour cette solution de se raviser et de se faire représenter lors de l'assemblée générale, même s'il n'a pas exercé ses droits de vote par l'internet. Cette pratique préoccupe particulièrement ACTARES, car le vote électronique doit offrir à l'actionnaire une liberté et une souplesse supplémentaires et en aucun cas représenter une restriction à l'exercice de ses droits.

4. Rémunérations

4.1. Rapport de rémunération

ACTARES salue la séparation totale des comptes et du rapport de rémunération, ainsi que l'assujettissement de ce dernier à la vérification de l'organe de révision.

4.2. Récusation des membres des organes lors de la votation sur les rémunérations

Comme c'est le cas pour la décharge (Art. 695 CO), les actionnaires membres des organes dirigeants de la société ou proche de ces derniers ne doivent pas pouvoir se prononcer lors des votes relatifs aux rémunérations. Il est impératif qu'une telle disposition figure explicitement dans l'ordonnance, idéalement sous forme d'un article ou d'un alinéa propre.

En effet, le but visé par l'initiative serait dénaturé si le résultat d'un vote portant sur les rémunérations devait basculer en raison des voix exercées par des personnes bénéficiant de la mesure en discussion, ou de leurs proches. Le cas est loin d'être théorique, plusieurs grandes sociétés cotées en Suisse présentant des concentrations au sein de leur actionariat.

4.3. Deuxième proposition lors du refus d'un montant global pour les rémunérations

Lorsque l'assemblée générale refuse d'approuver un montant global pour les rémunérations, en vertu de l'art. 18, al. 2, ACTARES estime peu praticable la latitude laissée au conseil d'administration de lui soumettre une nouvelle proposition lors de la même assemblée générale.

Si ce n'est une majorité, une très forte minorité des actions sont en effet représentées d'habitude par le représentant indépendant. Ce dernier ne pourra pas approuver une proposition ne figurant pas à l'ordre du jour, du moment qu'il ne peut pas avoir mandat pour le faire.

Par conséquent, la seule manière de pratiquer ce "double vote" serait de proposer les deux variantes aux actionnaires lors de l'invitation à l'assemblée générale, en les faisant figurer à l'ordre du jour, mais on voit mal dans ce cas pourquoi les actionnaires approuveraient la variante la plus chère.

4.4. Primes d'embauche

La distinction faite entre les indemnités anticipées, interdites, et les primes d'embauche, qui resteraient autorisées sauf décision contraire du Parlement lors du processus législatif, ne satisfait que partiellement ACTARES.

Cette distinction s'appuie sur la pratique, réelle, qui consiste à déchoir une personne quittant un poste de tout ou partie de ses droits acquis, en particulier de ses rémunérations ou indemnités différées. La prime d'embauche doit par conséquent, selon le rapport, couvrir "les inconvénients effectifs subis par une personne du fait du changement de poste".

Le maintien de primes d'embauche ouvre la porte à des dérives difficilement contrôlables pour l'actionnaire. Il faudrait pour le moins l'accompagner d'une obligation de transparence propre à documenter les "inconvénients effectifs" qui sont ainsi compensés, ou mieux encore prendre des dispositions légales garantissant la mobilité professionnelle des personnes désireuses ou contraintes de changer de poste. Concrètement, une rémunération ou un avantage différé dû ne doit pas pouvoir être révoqué pour un motif non inhérent aux critères qui en justifient objectivement l'attribution.

5. Obligations de voter des institutions de prévoyance

5.1. Qualification du fonds AVS ou de la CNA comme institution de prévoyance

L'avant-projet d'ordonnance applique à la lettre la notion d'institution de prévoyance, selon son acceptation dans le cadre de la LPP. Or, sous ce terme, la volonté populaire perçoit un cercle bien plus large d'institutions dédiées à la prévoyance, dont le fonds AVS ou la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident, la CNA, par exemple, doivent faire partie. D'ailleurs, le contre-projet indirect du Parlement concernait explicitement également le fonds AVS, disposition qui n'avait pas été contestée.

5.2. Actions détenues directement

Le rapport du Département fédéral de justice et police précise que les institutions ne sont pas tenues de voter pour les parts de fonds de placement ou de fondations d'investissements détenues, puisque dans ce cas elles ne sont pas légalement propriétaires des actions, ni titulaires des droits de votes (ce qui est le cas dans le cadre de mandats de gestion). Cependant, la pratique laisse des portes ouvertes à des solutions qui doivent impérativement être mises à profit.

a) Fonds ou fondations d'investissements avec possibilités de voter

Des fonds de placements institutionnels ou des fondations d'investissements offrent aujourd'hui déjà aux détenteurs de parts la possibilité d'exercer les droits de votes correspondant à leur participation. Dans un tel cas de figure, une institution de prévoyance participante doit être tenue, dans l'esprit de l'initiative, d'exercer ses droits de votes.

b) Transparence des votes exercés par les fonds ou les fondations d'investissements

De nombreux fonds ou fondations d'investissement exercent les droits de votes liés à leur portefeuille d'actions. Si les fonds ou fondations d'investissement dont une institution de prévoyance possède des parts ne votent pas comme elle l'aurait fait, cette dernière doit être tenue de le signaler dans le cadre de l'obligation de communiquer (Art. 23) et de publier les votes divergents.

5.3. Abstention ou renonciation au vote

En permettant aux institutions de prévoyance de se soustraire à leur obligation de voter sur une base laissant une marge d'appréciation importante, l'alinéa 3 de l'art. 22 ouvre une brèche inacceptable dans le principe voulu par le peuple en acceptant l'initiative.

Si l'abstention constitue une participation au vote et est le fruit d'une réflexion, la non-participation doit être encadrée beaucoup plus précisément. Elle peut être tolérée pour des participations insignifiantes, dans l'objectif de ne pas surcharger inutilement les institutions de prévoyance, mais selon des critères qui doivent être fixés par l'autorité et non pas laissés à la libre appréciation des institutions concernées.

5.4. Obligation de communiquer

L'art. 23 prévoit que les institutions de prévoyance informeront leurs assurés par un rapport annuel synthétique. Synthétique ne doit en aucun cas signifier qu'il ne serait pas possible de retracer individuellement les votes exercés. Si les assurés ne sont pas en mesure de savoir si leur épargne a servi à approuver ou contester le rapport de rémunération d'une société donnée, l'initiative se verra vidée d'une partie substantielle de son contenu.

La notion de "rapport synthétique" doit être pour le moins précisée dans le sens de la transparence maximale, et au besoin remplacée afin de garantir la traçabilité de chaque vote exercé par une institution de prévoyance.

5.5. Liens d'intérêts

Pour exercer leurs droits de votes, l'immense majorité des institutions de prévoyance aura sans aucun doute recours aux conseils d'organisations spécialisées. Certaines d'entre elles pourraient être liées à des sociétés cotées en bourse, concernées par les recommandations de votes lors de leurs assemblées générales. Le conflit potentiel d'intérêts est évident. Pour le prévenir, il faudrait au moins que de tels liens d'intérêts soient rendus publics, ou même qu'un devoir de réserve soit institué.

Cela peut faire l'objet d'un second alinéa à l'Art. 23 : "Lorsqu'elles ont recours aux services de conseillers en matière d'exercice des droits de votes d'actionnaires, les liens d'intérêts et les lignes directrices de votes de ces derniers doivent être accessibles. En cas de conflit d'intérêts majeur, un devoir de réserve s'applique."

6. Dispositions transitoires

6.1. Instructions par voie électronique au représentant indépendant

ACTARES n'estime pas opportun de repousser à la deuxième assemblée générale ordinaire après l'entrée en vigueur de l'ordonnance la mise en place d'un système permettant l'octroi d'instructions au représentant indépendant. Cette possibilité était prévue autant par le contre-projet indirect que par l'initiative et les sociétés ont eu le temps nécessaire pour s'y préparer.

6.2. Obligation de voter dès 2015 pour les institutions de prévoyance

Le report à 2015 de l'entrée en vigueur de l'obligation de voter pour les institutions de prévoyance est inadmissible et viole la teneur de l'initiative. Cette démarche était prévue autant par le contre-projet indirect que par l'initiative, certes avec un degré de contrainte différent, et les institutions de prévoyance ont eu le temps nécessaire pour s'y préparer.

7. Conclusion

En conclusion, ACTARES réserve un accueil globalement favorable à l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives soumis à consultation du 14 juin au 28 juillet 2013. La célérité de rédaction, la compatibilité avec l'ordre juridique suisse de la mise en œuvre d'une initiative populaire proposant des nouveautés radicales, sont autant de points positifs.

Les points suivants méritent cependant d'être précisés, développés ou repris de manière à correspondre au plus près à la volonté exprimée par une très large majorité du peuple suisse et tous les Cantons le 3 mars 2013 :

- pas de restriction aux droits des actionnaires par la mise en place du vote électronique à distance,
- mise en œuvre de la deuxième proposition en cas de refus des rémunérations à préciser,
- conditions de versements de primes d'embauche à préciser et renforcer,
- prise en compte du fonds AVS, de la CNA etc. parmi les institutions de prévoyance,
- renonciation au vote par les institutions de prévoyance seulement pour les participations minimales,
- vote par les institutions de prévoyance si les fonds ou fondations d'investissements le permettent,
- transparence des votes exercés par les fonds ou fondations d'investissements,
- communication transparente, position par position, des votes des institutions de prévoyance,
- publication des liens d'intérêt et des lignes directrices des conseillers en matière de droits de votes,
- entrée en vigueur de l'obligation de voter pour les institutions de prévoyance en 2014.

ACTARES salue la qualité du travail effectué suite à l'adoption de l'initiative populaire "contre les rémunérations abusives" et ose croire que les manquements relevés ci-dessus, qui sans être fondamentaux mais ont toute leur importance, seront substantiellement rectifiés dans l'ordonnance définitive.