Politique de rémunération: des abus à l'excès?

AGEFI - 1Ndices 8 décembre 2008

JEAN-LUC CHENAUX
PROFESSEUR DE DROIT DES SOCIÉTÉS
À L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL, AVOCAT
ET DOCTEUR EN DROIT BMP ASSOCIÉS, LAUSANNE

Le séisme qui s'est abattu sur les marchés financiers nourrit de vifs débats sur la politique de rémunération des sociétés cotées en bourse. Il est généralement reconnu que les effets incitatifs pervers des mécanismes d'indemnisation ont contribué au déclenchement de la crise. Avant même l'adoption des plans de soutien aux grandes banques, un mouvement actionnarial très actif s'est dessiné aux Etats-Unis dès 2007. Il s'est traduit par le dépôt de nombreuses résolutions «say on pay» destinées à permettre un vote consultatif des actionnaires sur le rapport de rémunérations des sociétés cotées. Ce mouvement s'est étendu, notamment en Suisse, où la Fondation Ethos a déposé une résolution de ce type auprès de cinq des plus grandes sociétés cotées. Ces démarches font suite au dépôt, le 26 février 2008, d'une initiative populaire intitulée «contre les rémunérations abusives».

4/10

EN DROIT

ELARGISSEMENT IMPORTANT DES DROITS DE L'ACTIONNAIRE

Dans ce contexte, le Conseil fédéral vient de publier un message provisoire concernant un train de mesures destinées à renforcer le système financier suisse. Il y prévoit notamment un élargissement important des droits de l'actionnaire dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme. D'une part, les statuts des sociétés anonymes cotées devront impérativement régler les grands principes de la rémunération du conseil d'administration. D'autre part, l'assemblée générale devra valider le règlement du conseil d'administration régissant ses propres indemnités et approuver annuellement le montant total des indemnités versées à ses membres. Constatant que le droit positif n'offre qu'une possibilité limitée d'exiger la restitution des bonus versés, le message provisoire propose également d'assouplir les conditions de l'action en restitution de prestations indues et de l'ouvrir aux créanciers de la société.

LARGE MARGE D'APPRÉCIATION

En l'état actuel du droit, le conseil d'administration dispose d'une large marge d'appréciation dans la fixation de la rémunération de ses membres et de celle des membres de la direction. Le versement de rémunérations excessives ou non justifiées ne peut engager la responsabilité du conseil d'administration ou donner lieu à une action en restitution qu'à des conditions restrictives. La liberté de manœuvre dont dispose le conseil d'administration n'est pas satisfaisante au regard du conflit d'intérêts auquel il est exposé dans la fixation de sa propre rémunération. Aussi les codes de bonne pratique de gouvernement d'entreprise, à l'instar du Code suisse adopté en 2002 par l'association economiesuisse, relayés sur certains points par le législateur suisse, ont-ils déjà proposé une triple réponse à cet enjeu. En premier lieu, ils recommandent la création de comités de rémunération composés de membres indépendants. Toutefois, en Suisse, si une large majorité de sociétés dispose d'un tel comité, toutes ne respectent pas de manière absolue la règle d'indépendance qui exclut les personnes qui font ou ont fait partie de la direction. La deuxième réponse apportée par les codes de bonne pratique tend à fournir une grande transparence sur les principes et le contenu du programme de rémunération du conseil d'administration et de la direction. Instauré par une directive de la Bourse SIX Swiss Exchange, ce principe a été repris par le législateur dès le 1er janvier 2007. La loi exige en effet la publicité des montants perçus individuellement par chacun des administrateurs, ainsi que le montant perçu par le membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée. Cette transparence ne permet toutefois qu'une sanction a posteriori, qui peut se traduire notamment par la non-réélection des membres du comité de rémunération. Le troisième axe de contrôle de la politique de rémunération passe par la publication d'un rapport de rémunération soumis à la consultation des actionnaires. En Suisse, le vote consultatif est l'une des deux variantes qui a été recommandée par economiesuisse dans une annexe au Code suisse de bonne pratique adoptée en 2007. L'autre variante consiste à traiter le rapport sur les rémunérations lors des débats relatifs aux points «approbation des comptes annuels» ou «décharge aux administrateurs» de l'ordre du jour. Cette dernière voie présente le désavantage d'amalgamer le débat sur le système de rémunération avec celui relatif à la responsabilité ou à la bonne tenue des états financiers. Toutefois, seules trois sociétés cotées en Suisse ont proposé le vote consultatif durant l'année 2008, ce qui démontre les limites d'un système fondé exclusivement sur la «soft law».

Dans ce contexte, on doit saluer la proposition d'un élargissement des compétences des actionnaires dans la politique de rémunération des dirigeants. Etendre leurs droits, c'est aussi prévenir la crainte d'un contrôle judiciaire de l'adéquation des rémunérations qui s'est manifestée dans le cadre de la procédure de consultation du projet de révision du droit de la société anonyme. Un tel élargissement ne suppose toutefois pas nécessairement que l'on attribue à l'assemblée générale un pouvoir contraignant d'approuver annuellement la quotité d'une rémunération dont les principes directeurs ont été préalablement approuvés. ▮

De grandes difficultés pratiques

Dans l'environnement actuel, l'ancrage législatif d'une consultation de l'assemblée générale sur la politique de rémunération de la société et sur la rémunération des membres du conseil d'administration, voire sur l'enveloppe versée à la direction, apparaît souhaitable. Faut-il aller plus loin, comme le propose désormais le Conseil fédéral?

On peut douter de l'opportunité d'exiger un fondement statutaire des principes de rémunération, par définition évolutifs. De même, l'idée d'une approbation annuelle du montant total des indemnités versées aux membres du conseil d'administration laisse sceptique. Négatif, un vote contraignant sur ce point peut entraîner de grandes difficultés pratiques pour la société, du moins s'il intervient au terme de l'exercice comptable. En effet, celle-ci devra-t-elle alors agir en restitution des montants déjà versés durant l'exercice écoulé et convoquer une nouvelle assemblée générale? Quelle sera sa politique de rémunération dans l'attente de cette nouvelle assemblée, qui pourrait se tenir plusieurs mois plus tard? A notre avis, l'objectif du législateur devrait être avant tout de conférer aux actionnaires le pouvoir de se prononcer en amont sur les axes fondamentaux de la politique de rémunération, mais le législateur ne devrait pas aller jusqu'à soustraire toute compétence du conseil d'administration en la matière.