



Philippe Leuba
Conseiller d'Etat

Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Chef du Département de l'économie et du sport

Office fédéral de la justice
Office fédéral du registre du commerce
Bundesrain 20
3003 Berne

Lausanne, le 23 juillet 2013

Procédure de consultation – Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

Madame, Monsieur,

Avec l'accord de principe du Conseil d'Etat, je me permets de vous soumettre la détermination du département de l'économie et du sport du Canton de Vaud dans le cadre de la consultation citée en titre, quand bien même les autorités cantonales n'ont pas directement été appelées à se prononcer.

La présente position émane d'un groupe de travail interdépartemental ad hoc chargé de l'analyse de l'avant projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives, représentant le Ministère public central, le service juridique et législatif, le secrétariat général du département des finances, ainsi que le secrétariat général du département de l'économie et du sport.

Le Canton de Vaud est attentif à la réglementation d'application de l'initiative Minder dans la mesure où celle-ci pourrait avoir des conséquences importantes notamment sur la manière dont l'Etat désigne ses représentants au sein de Conseils d'administration (ci-après CA) de sociétés anonymes de droit privé ou public (art. 762 et 763 CO), et plus précisément sur la loi organisant la Banque Cantonale Vaudoise (ci-après BCV), dont l'Etat est actionnaire majoritaire. C'est dès lors sous cet angle d'analyse particulier que le projet d'ordonnance a été appréhendé.

Remarques d'ordre général :

1) Se pose essentiellement la question du champ d'application de l'avant-projet d'ordonnance. Le cas particulier de l'article 762 CO (*participation de corporations de droit public dans une SA*) et celui de l'article 763 CO (*Institutions de droit public*) pour lequel les dispositions du droit de la société anonyme ne s'appliquent pas, ne sont pas réglés par l'ordonnance.

La problématique réglée par l'article 762 CO et sa mise en concordance avec l'ORAb ne va pas de soi. L'absence de quelque commentaire que ce soit à ce propos dans le rapport explicatif laisse à penser que ce cas de figure a été purement et simplement oublié. Il est indispensable de pallier cette lacune afin de clarifier la situation.

Concernant l'article 763 CO : à première vue, le texte de l'initiative Minder ne visait que les sociétés anonymes suisses cotées en bourse soumises au droit de la société anonyme. Or, sans être clair, l'avant-projet semble étendre le champ d'application de l'initiative à des sociétés non assujetties aux dispositions du CO.

Sans même approfondir la question de savoir si l'article 95 al. 3 Cst. recouvre pleinement l'article premier de l'avant-projet d'ordonnance, nous ne sommes pas convaincus de la nécessité d'étendre le champ d'application de l'ORAb aux cas particuliers des articles 762 et 763 CO.

Sur la forme, elle génère une insécurité juridique insatisfaisante qu'il y a en tous les cas lieu de lever.

Sur le fond, elle suppose qu'une corporation de droit public doit renoncer au droit que lui confère la loi de désigner ses représentants au sein du CA d'une société anonyme, notamment de droit public, lorsque celle-ci est cotée en bourse. Or force est de constater que la mise en œuvre de l'initiative Minder n'impose pas un tel abandon de compétences. Selon notre analyse, l'initiative Minder exige l'élaboration d'une loi civile de la Confédération. Il est fortement contestable que celle-ci puisse porter atteinte aux compétences des cantons en matière de droit public.

On pourrait certes arguer d'une volonté d'harmoniser le mode d'élection des membres d'un CA. Néanmoins, lorsque la corporation de droit public actionnaire détient la majorité des voix, elle pourra toujours imposer son choix. De ce fait, le système prévalant dans le Canton de Vaud en particulier par le biais de la loi sur la BCV a le mérite de la transparence vis-à-vis des actionnaires qui distinguent clairement les membres du CA nommés par l'assemblée générale, de ceux dont la nomination incombe à l'Etat. En l'occurrence, il est à noter que le représentant de l'Etat à l'assemblée générale, en sa qualité d'actionnaire majoritaire, s'abstient de voter pour l'élection des membres du CA désignés par l'assemblée générale.

Proposition :

Nous demandons l'adjonction, à l'article premier, d'un nouvel aliéna qui introduise expressément une réserve générale par rapport aux articles 762 et 763 CO. A tout le moins, nous recommandons que cette question soit analysée et cas échéant clairement spécifiée dans le cadre de l'avant-projet d'ordonnance, actuellement flou sur ce point.

2) Nous n'avons pas de commentaire à formuler quant au choix de mettre en application les dispositions de l'article 95 al. 3 Cst par le biais d'une seule ordonnance qui sera, à terme, remplacée par une loi formelle. Nous soulignons au contraire l'intérêt de pouvoir nous référer à un dispositif légal de mise en application, à la condition bien entendu que ce dispositif réponde aux questions posées par la mise en œuvre de l'article constitutionnel topique, sans en poser d'autres.

3) Concernant les dispositions pénales (article 24 et 25 ORAb), nous vous renvoyons aux déterminations du Ministère public du Canton de Vaud jointes en annexe, celles-ci faisant partie intégrante de la présente prise de position.

Remarques particulières, sur les articles ayant retenu notre attention :

Article 4 alinéas 1 et 3

Par souci de simplification d'un processus d'élections déjà complexe, et considérant que l'assemblée générale désigne chaque année, individuellement, les membres du CA et son

président, nous sommes perplexes quant à l'utilité de faire élire les « éventuels suppléants » du Président du CA par l'assemblée générale.

Nous relevons en effet que l'article 95 al.3 Cst. ne prévoit pas l'obligation d'un tel vote. De plus, nous référant au texte de l'article 24 ORAb, la question se pose de savoir si le fait de contrevenir à cette règle (désignation d'éventuels suppléants) serait sujet à sanction pénale. Ceci paraîtrait déraisonnable au vu de la portée secondaire de cette désignation.

Proposition :

Supprimer la mention « éventuels suppléants » aux alinéas 1 et 3 de l'article 4.

Article 7 alinéa 4 :

Une fois encore, l'avant-projet d'ordonnance va au-delà des exigences posées par l'art. 95 al. 3 Cst. Le fait de fixer les tâches et compétences du comité de rémunération dans les statuts est inutilement formaliste et compliqué, sachant que dans la pratique, cet exercice incombe au CA lui-même. Ce procédé facilite et l'adoption et la modification de ce qui prend la forme d'un règlement du CA.

De surcroît, le commentaire de l'article 7 alinéa 4 figurant dans le rapport explicatif mentionne que les membres du comité de rémunération doivent être indépendants, au sens du « Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise ». Tout porte à croire qu'il ne s'agit que d'une recommandation, mais le doute plane quant au fait de savoir si les statuts doivent le prévoir ou pas. Ceci n'est pas satisfaisant, compte tenu du fait que sa violation pourrait in extenso être rendue punissable pénalement (articles 12 al. 1 ch. 3 et 24 al. 1 ch. 9 ORAb).

Proposition :

Supprimer l'alinéa 4 de l'article 7.

Article 8 :

L'ORAb précise les conditions d'éligibilité du représentant indépendant, en renvoyant par analogie à l'article 728 CO (indépendance de l'organe externe). Cela va au-delà de l'article 95 al.3 Cst. qui ne vise que la compétence de nomination du représentant indépendant, non pas les qualités de son éligibilité. Il appartient en fin de compte à l'assemblée générale de choisir si le candidat répond ou pas à ses attentes et d'en proposer un autre, cas échéant. Cela est d'autant plus vrai que la marge d'appréciation du représentant indépendant est quasi nulle, puisqu'il exécute strictement les instructions de vote qui lui ont été transmises par les actionnaires.

Cet ajout, dépourvu de base légale ou constitutionnelle, est d'autant plus problématique que sa violation pourrait être punissable pénalement en cas d'interprétation un peu extensive de l'article 24 al. 1 ch. 6 ORAb.

Proposition :

Supprimer la seconde phrase de l'article 8 al. 2 « L'indépendance du représentant est régie par analogie par l'art. 728 CO ».

Article 9 alinéa 3 :

Nous saluons le fait que les instructions puissent être données au représentant indépendant par la voie électronique.

Article 12 alinéa 1:

Chiffre 1 :

Proposition :

Modifier le texte, à savoir : « le nombre de fonctions admises **pouvant être** occupées par... » en lieu et place de « le nombre de fonctions admises occupées par... ».

Toujours sous chiffre 1 : nous nous interrogeons sur le sens et l'utilité de préciser la typologie des entités juridiques dans lesquelles un membre du CA, de la direction ou du conseil consultatif peut occuper des fonctions dirigeantes. Pourquoi le choix précis des entités juridiques obligées de s'inscrire au registre du commerce ? Ce point pourrait être laissé à l'appréciation des actionnaires, d'autant que le critère essentiel restera le nombre - librement déterminable - de fonctions occupées.

Proposition : supprimer « qui ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce ».

Chiffre 2 : la portée de cette disposition n'est pas claire, le rapport explicatif n'étant par ailleurs d'aucune aide sur ce point. Il nous paraît en effet impensable que l'ORAb puisse avoir pour conséquence d'imposer des contrats de travail de durée déterminée aux membres de la direction, alors que ceux-ci bénéficient actuellement et légitimement de contrat de durée indéterminée.

Proposition : préciser le sens et l'objectif visé.

Chiffre 3 :

Proposition :

Dans la droite ligne du commentaire formulé en regard de l'article 7 alinéa 4, auquel nous vous renvoyons, supprimer le chiffre 3 de l'article 12 alinéa 1.

Article 12 alinéa 2 :

Chiffre 1 : cette disposition est problématique à deux égards : premièrement, nous peinons à imaginer qu'elle puisse viser l'octroi de prêts, crédits ou rentes aux conditions dites du marché (non préférentielles). Si tel est le cas, les sociétés dont l'un des buts statutaires est d'accorder des prêts, crédits ou rentes risqueraient d'être illégitimement restreintes dans le choix des personnes pouvant occuper des fonctions au sein de leur CA, de leur direction ou de leur conseil consultatif.

Deuxièmement, il est juridiquement délicat de fixer un montant. Il serait en revanche plus judicieux d'indiquer des critères (ratios, garanties, etc.). A tout le moins, il y a lieu de préciser la portée de ce montant : doit-il être compris comme une limite individuelle, par opposition à la possibilité de disposer d'une enveloppe pouvant servir à octroyer des prêts à l'ensemble des personnes visées ?

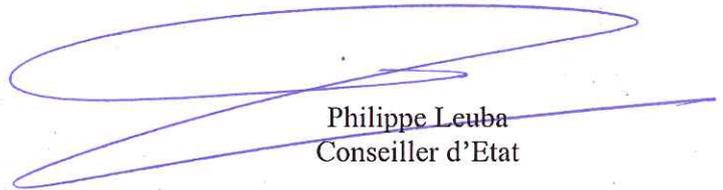
Proposition :

Clarifier la portée de cette disposition et remplacer le principe d'un montant par celui de critères limitatifs.

Pour le reste des dispositions, de nature très technique et propre à la gouvernance d'une société, nous nous rallions à la détermination qui vous sera adressée par la BCV, que nous appuyons sans réserve.

Je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Le Chef du département



Philippe Leuba
Conseiller d'Etat

Annexe : ment.