



Communication OFRC 3/13

20 novembre 2013

Information concernant la pratique de l'Office fédéral du registre du commerce

Ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse – Devoir d'examen de l'office du registre du commerce

1 Contexte, but de la communication

Le 3 mars 2013, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives». Un an au plus tard après la votation populaire, le Conseil fédéral doit édicter une ordonnance en vue d'une application transitoire de l'art. 95, al. 3, de la Constitution¹ (cf. art. 197, ch. 10, Cst.).

Le 20 novembre 2013, le Conseil fédéral a décidé de mettre en vigueur la nouvelle ordonnance contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse (ORAb)² à compter du 1^{er} janvier 2014. Toutes les dispositions de l'ordonnance sont en principe valables dès l'entrée en vigueur, mais les sociétés disposent d'un délai transitoire dans plusieurs domaines (art. 26 à 32 ORAb). L'ORAb s'applique aux sociétés anonymes au sens des art. 620 à 762 CO³ dont les actions sont cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger (art. 1, al. 1, ORAb).

¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).

² Communiqué de presse du Conseil fédéral du 20 novembre 2013. Le numéro du RS n'est pas encore connu. Tous les documents publiés (notamment le rapport explicatif et le rapport complémentaire) sont accessibles sur le site internet de l'Office fédéral de la justice:

http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html

³ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO; RS 220).

La présente communication a pour but de clarifier les conséquences de l'ORAb sur le devoir d'examen de l'office du registre du commerce.

2 Devoir d'examen de l'office du registre du commerce

2.1 La «formule de cognition» du Tribunal fédéral n'est pas modifiée

Les art. 95, al. 3, et 197, ch. 10, Cst. de même que l'ORAb n'apportent *aucune modification* au devoir d'examen de l'office du registre du commerce tel qu'il a été défini par la formule de cognition du Tribunal fédéral⁴. Cette formule s'applique donc tant au devoir qu'au pouvoir d'examen du respect des prescriptions de l'ORAb. Les faits présentés à l'office du registre du commerce *dans le cas d'espèce*, au moyen de la réquisition et des pièces justificatives selon l'art. 15, al. 1, ORC⁵, sont ainsi déterminants quant à la portée du devoir d'examen. Par conséquent, après que l'inscription est devenue effective, l'office du registre du commerce ne doit pas vérifier d'office si la société remplit les exigences de l'ORAb. Ce contrôle incombe en premier lieu aux organes de la société et à ses actionnaires.

L'obligation qui incombe éventuellement à l'office du registre du commerce, en vertu du droit cantonal, de dénoncer les comportements délictueux des organes de la société aux autorités compétentes n'est pas modifiée.

Nous examinons ci-après les aspects de l'ORAb qui sont entièrement ou partiellement nouveaux pour les offices du registre du commerce.

2.2 Cotation des actions en Suisse ou à l'étranger

Une distinction doit être établie entre la cotation des actions de la société en Suisse et à l'étranger.

- L'office du registre du commerce est informé des sociétés domiciliées dans son canton⁶ qui ont des actions cotées en bourse *en Suisse*. Les vérifications requises doivent être effectuées sur le site internet de la BX Berne eXchange⁷ et de la SIX Swiss Exchange^{8,9}.
- L'office du registre du commerce ne doit pas vérifier d'office si des actions sont cotées en bourse *à l'étranger*. Il doit cependant en tenir compte si cela ressort manifestement et sans équivoque de la réquisition, des pièces justificatives ou de la correspondance, voire d'une opération antérieure du registre du commerce.

⁴ ATF 125 III 18 consid. 3b, p. 21 (F); ATF 132 III 668 consid. 3.1, p. 672 (D).

⁵ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS 221 411).

⁶ Pour les trois offices régionaux du registre du commerce du canton du Valais: dans le district du registre correspondant.

⁷ <https://www.berne-x.com/market>

⁸ http://www.six-swiss-exchange.com/shares/companies/issuer_list_fr.html

⁹ Pour le droit en vigueur, voir art. 685d CO.

2.3 Dispositions des statuts

2.3.1 Pas d'examen général des statuts

L'office du registre du commerce examine les modifications des statuts qui lui sont soumises au moyen de la réquisition. Il ne doit pas d'office contrôler si les anciennes dispositions des statuts sont conformes aux exigences de l'ORAb ou si la société met en œuvre toutes les autres dispositions de l'ORAb¹⁰.

Si l'il s'agit de la première inscription d'une société ou que la réquisition porte sur une refonte des statuts, l'office du registre du commerce doit examiner l'intégralité des statuts quant à leur conformité à l'ORAb, néanmoins toujours dans les limites de la formule de cognition du Tribunal fédéral. L'adaptation des statuts à l'ORAb ne constitue pas en soi une refonte.

Si des carences des statuts sont portées à la connaissance de l'office du registre du commerce par des tiers, l'office doit renvoyer ces derniers au juge compétent. Dans le cadre des procédures administratives (art. 152 ss. ORC), l'office du registre du commerce n'a pas la possibilité d'ordonner la tenue d'une assemblée générale voire de décider lui-même d'une modification des statuts. Il n'a pas non plus la faculté – une fois les délais transitoires écoulés – de refuser toute nouvelle réquisition d'inscription d'une modification des statuts jusqu'à ce que les exigences de l'ORAb soient pleinement remplies¹¹.

2.3.2 Dispositions nécessaires des statuts

Les dispositions nécessaires des statuts (art. 626 CO) comptent quatre points supplémentaires pour les sociétés anonymes cotées en bourse (art. 12, al. 1, ch. 1 à 4, ORAb). A cet égard, l'office du registre du commerce doit examiner les aspects ci-dessous.

- Ch. 1: le nombre de fonctions admises occupées par les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif au sein d'entités juridiques suisses et étrangères doit être défini ou doit pouvoir être déterminé.
- Ch. 2: la durée maximale et le délai de congé maximal des contrats des membres du conseil d'administration et de la direction doivent être définis et ne pas excéder un an.
- Ch. 3: les principes régissant les tâches et les compétences du comité de rémunération doivent figurer dans les statuts. Il n'est pas exclu que les statuts désignent le comité de rémunération d'une autre manière et qu'ils lui attribuent des tâches et des compétences supplémentaires, par exemple en matière de nomination des cadres supérieurs. L'office du registre du commerce examine si les statuts contiennent au moins des déclarations générales sur les tâches et compétences du comité de rémunération. Il ne vérifie cependant pas si les dispositions sont praticables ou conformes aux principes modernes de la gouvernance d'entreprise.
- Ch. 4: les modalités du vote de l'assemblée générale sur les rémunérations doivent être inscrites dans les statuts. Le devoir d'examen de l'office du registre du commerce va plus loin qu'au ch. 3; il ne faut cependant pas vérifier la praticabilité des modalités prévues. L'office du registre du commerce doit contrôler si les statuts respectent les conditions minimales prévues à l'art. 18, al. 3, ch. 1 à 3, ORAb, à savoir que l'assemblée générale

¹⁰ Voir également chiffre 2.1.

¹¹ L'art. 176 ORC se rapporte au droit des raisons de commerce et ne peut donc pas être généralisé.

vote [1] *annuellement* et [2] *séparément* sur les rémunérations accordées aux membres du conseil d'administration, du conseil consultatif [le cas échéant] et de la direction, et que [3] son vote a un *caractère contraignant*. Les statuts ne doivent pas mentionner explicitement la nature contraignante du vote. Cependant, l'office du registre du commerce refusera la mention d'un caractère consultatif de ce vote.

2.3.3 Dispositions valables à condition qu'elles figurent dans les statuts

Pour les sociétés anonymes cotées en bourse, le catalogue des dispositions qui ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts (art. 627 CO) est complété par les éléments prévus à l'art. 12, al. 2, ch. 1 à 8, ORAb. Si la réquisition soumise à l'office du registre du commerce porte sur ces éléments, celui-ci fait, le cas échéant, les vérifications suivantes.

- Ch. 1: quant au montant des prêts, des crédits et des prestations de prévoyance, les explications données au chiffre 2.3.2 ci-dessus (ad ch. 1) s'appliquent par analogie.
- Ch. 2 et 3: quant aux principes de l'octroi de rémunérations liées aux résultats et aux principes de l'octroi de titres de participation, de droits de conversion et de droits d'option, les explications données au chiffre 2.3.2 (ad. ch. 3) s'appliquent par analogie.
- Ch. 4: rien ne change sur le fond, quant au contrôle des dispositions statutaires relatives à la faculté, pour le conseil d'administration, de déléguer la gestion à un ou plusieurs administrateurs ou à d'autres personnes physiques, conformément à l'art. 627, ch. 12, CO. En vertu de l'art. 6, al. 1, ORAb, la gestion ne peut toutefois pas – sous réserve de l'al. 2 – être déléguée à une personne morale.
- Ch. 5: quant au montant complémentaire pour la rémunération des nouveaux membres de la direction, les explications données au chiffre 2.3.2 ci-dessus (ad ch. 1) s'appliquent par analogie.
- Ch. 6: quant à l'examen des dispositions statutaires sur les modalités de la marche à suivre en cas de refus des rémunérations par l'assemblée générale, les explications données au chiffre 2.3.2 ci-dessus (ad ch. 4) s'appliquent par analogie.
- Ch. 7: l'office du registre du commerce ne vérifie pas si les dispositions statutaires visant à remédier aux carences dans l'organisation de la société sont praticables ou conformes aux principes modernes de la gouvernance d'entreprise. Il veille toutefois à ce que les conditions impératives d'éligibilité (art. 4, al. 1, et 7, al. 2, ORAb) ne soient pas violées.
- Ch. 8: il doit ressortir des statuts que les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif peuvent recevoir des indemnités de la part d'autres entreprises du groupe.

2.3.4 Autres vérifications des dispositions des statuts

Au-delà des dispositions nécessaires des statuts (cf. chiffre 2.3.2), l'office du registre du commerce doit refuser la réquisition lorsque les statuts:

- prévoient l'attribution de droits intransmissibles de l'assemblée générale à d'autres organes de la société, notamment au conseil d'administration (art, 2 ORAb);

- violent l'obligation d'élire individuellement¹² les membres et le président du conseil d'administration (art. 3, al. 1, et 4, al. 1, ORAb), les membres du comité de rémunération (art. 7, al. 1, ORAb) et le représentant indépendant (art. 8, al. 1, ORAb);
- prévoient une durée de fonction trop longue pour le président et les membres du conseil d'administration (art. 3, al. 2, et 4, al. 2, ORAb), les membres du comité de rémunération (art. 7, al. 3, ORAb) et le représentant indépendant (art. 8, al. 4, ORAb);
- autorisent l'élection au comité de rémunération de personnes qui ne sont pas membres du conseil d'administration (art. 7, al. 2, ORAb);
- violent les exigences en matière d'indépendance applicables au représentant indépendant (art. 8, al. 3, ORAb);
- violent les prescriptions relatives à l'octroi de pouvoirs et d'instructions au représentant indépendant (art. 9 ORAb);
- modifient l'obligation faite au représentant indépendant de s'abstenir (art. 10, al. 2, ORAb);
- violent l'interdiction de la représentation par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire (art. 11 ORAb);
- prévoient des indemnités interdites au sens de l'art. 20, al. 1 à 3, ORAb.

2.4 Election individuelle et annuelle des membres du conseil d'administration

L'assemblée générale doit élire les membres et le président du conseil d'administration individuellement (art. 3, al. 1, et 4, al. 1, ORAb). L'élection individuelle ne doit pas figurer explicitement dans la réquisition ou les pièces justificatives. Toutefois, s'il ressort manifestement et sans équivoque de ces documents que la société a violé l'obligation d'élire ces organes individuellement, l'office du registre du commerce doit refuser la réquisition d'inscription.

Une personne peut être élue simultanément membre et président du conseil d'administration, ou membre du conseil d'administration et du comité de rémunération, en une seule étape.

La durée de fonction des membres et du président du conseil d'administration s'achève à la fin de l'assemblée générale ordinaire suivante; une réélection est possible (art. 3, al. 2, et 4, al. 2, ORAb). L'office du registre du commerce doit donc refuser la réquisition s'il ressort manifestement et sans équivoque de ce document ou des pièces justificatives qu'une durée de fonction plus longue est prévue.

Si le président quitte le conseil d'administration durant son mandat, la société présente une carence dans l'organisation impérativement prescrite par la loi (art. 731*b* et 941*a*, CO). Le conseil d'administration peut toutefois régulariser la situation sans délai en application de l'art. 4, al. 4, ORAb. Par conséquent, il n'y aura pratiquement jamais lieu de transmettre le dossier au juge (art. 154, al. 3, ORC).

L'office du registre du commerce ne contrôle pas d'office si les membres ou le président du conseil d'administration déjà inscrits au registre du commerce ont été élus conformément

¹² Voir également le chiffre 2.4 ci-dessous.

aux prescriptions de l'ORAb. Les éventuelles réélections ne doivent pas être notifiées à l'office du registre du commerce chaque année.

2.5 Représentant indépendant, membres du comité de rémunération et suppléants

La fonction de membre du comité de rémunération d'un membre du conseil d'administration (art. 7 ORAb), le représentant indépendant (art. 8 ss. ORAb) et les éventuels suppléants ne sont pas inscrits dans le registre du commerce (pas même en vertu de l'art. 30 ORC). Ces aspects font partie de l'organisation interne de la société.

En dehors de l'examen des statuts exposé au chiffre 2.3.4 ci-dessus, l'office du registre du commerce n'est pas tenu d'intervenir en cas de carences dans l'organisation de la société concernant le comité de rémunération ou le représentant indépendant, car il ne s'agit pas de carences intéressant l'office du registre du commerce au sens de l'art. 941a CO. C'est aux actionnaires, en particulier, qu'il appartient de demander aux organes de la société ou au juge de prendre des mesures pour remédier à ce type de carences dans l'organisation impérativement prescrite par la loi (art. 731b CO).

OFFICE FEDERAL DU REGISTRE DU COMMERCE

Nicholas Turin