

Arbeitsgruppe

Prof. Dr. Peter Böckli

Prof. Dr. Claire Huguenin

Prof. Dr. François Dessemontet

Zwischenbericht der Arbeitsgruppe «Corporate Governance»: Offenlegung von Organentschädigungen und Organkrediten

25. März 2003

1. Ausgangslage und Fragestellung

Am 9. Mai 2001 reichte Nationalrat *Pierre Chiffelle* eine Parlamentarische Initiative betreffend Transparenz bei börsenkotierten Unternehmen ein (01.424 n). Diese verlangt, dass das Obligationenrecht neu den börsenkotierten Aktiengesellschaften die Pflicht auferlegen soll, die an ihren Verwaltungsrat ausgerichteten Entschädigungen sowie die von seinen Mitgliedern gehaltenen Beteiligungen an der Gesellschaft gesamthaft im Anhang zur Jahresrechnung aufzuführen.

Der Nationalrat leistete der Initiative Chiffelle Folge, indem er die nationalrätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) am 11. März 2002 mit der Ausarbeitung eines entsprechenden Gesetzesvorschlags betraute. Am 28. Oktober 2002 erteilte die WAK-N Herrn Prof. Max Boemle den Auftrag, einen solchen Vorschlag auszuarbeiten. Dabei richtete sie folgende Fragen an ihn:

1. Soll die Transparenz der Entschädigungen gesamthaft oder individuell angewendet werden?
2. Sind die Mitglieder der Generaldirektion davon auch betroffen? Falls ja, welche?
3. Ist es, was die Elemente der Offenlegung der Entschädigungen betrifft, angebracht auch noch andere Gegenstände transparent zu machen, die nicht durch die Richtlinien der Schweizer Börse SWX geregelt sind?
4. Muss im Gesetz eine Prüfung durch eine externe Revisionsgesellschaft bezüglich der Offenlegung der Entschädigungen vorgesehen werden? Sind Durchsetzungsprobleme zu befürchten? Welches wären denkbare Sanktionen?

Beinahe im gleichen Zeitraum wurde auch das *Bundesamt für Justiz* tätig: Um verschiedenen parlamentarischen Vorstössen im Bereich von Corporate Governance zu entsprechen, setzte es eine dreiköpfige Arbeitsgruppe ein, welche bis 30. September 2003 die Frage beantworten sollte, ob das schweizerische Aktienrecht die Forderungen von Corporate Governance bereits angemessen umsetze oder ob Handlungsbedarf bestehe. Die Arbeitsgruppe setzt sich aus den Professoren Peter Böckli (Vorsitz), Basel, Claire Huguenin, Zürich und François Dessemontet, Lausanne, zusammen.

Am 26. September 2002 ersuchte der Präsident der WAK-N das Bundesamt für Justiz darum zu prüfen, ob die Arbeitsgruppe nicht bereits Ende März 2003 einen Zwischenbericht über die Frage nach der Offenlegung von Entschädigungen vorlegen könne, welche börsenkotierte Gesellschaften an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung ausrichten. Im Oktober 2002 informierte das Bundesamt für Justiz die WAK-N darüber, dass die Arbeitsgruppe dazu bereit sei, sich in einem Zwischenbericht zum Transparenzgebot, das sie in ihrem Schlussbericht als Teil einer viel weiter gespannten Fragestellung zu behandeln hat, vorweg zu äussern und einen entsprechenden Regelungsvorschlag zu unterbreiten.

Um der Einheit der Materie willen befasst sich die Arbeitsgruppe Böckli/Huguenin/-Dessemontet im vorliegenden Zwischenbericht sowohl mit der Offenlegung in börsenkotierten als auch, über «Chiffelle» hinaus, in nicht kotierten Aktiengesellschaften (persönlicher Anwendungsbereich des Transparenzgebots). Sie äussert sich ebenfalls zur Frage, welche Informationen publik zu machen sind und insbesondere, ob auch *andere* Leistungen als «Entschädigungen» im engeren Sinne von der Offenlegungspflicht erfasst werden sollten, namentlich Organkredite und der Bestand von Aktien oder anderen Beteiligungsrechten der Gesellschaft (sachlicher Anwendungsbereich des Transparenzgebots). Dabei geht es auch darum zu prüfen, ob der Detaillierungsgrad der offen zu legenden Informationen nach Massgabe des Kriteriums «Verwaltungsratsmitglied» oder «Geschäftsleitungsmitglied» abzustufen ist. Die beiden letzten Elemente sind zwar in der Pa Iv Chiffelle nicht erwähnt, ergeben sich aber aus dem Wortlaut des Mandates, welches die WAK-N Herrn Prof. Max Boemle erteilt hat.

Zur weiter gehenden Frage, ob eine Offenlegung für *andere Gesellschaftsformen* bzw. juristische Personen angezeigt ist, wird die Arbeitsgruppe in ihrem Schlussbericht vom 30. September 2003 Stellung nehmen.

2. Regelungsansätze ausserhalb des Aktienrechts

Als Nationalrat Chiffelle im Mai 2001 die bereits erwähnte Parlamentarische Initiative betreffend Transparenz einreichte, enthielten weder das Börsengesetz von 1995 (BEHG; SR 954.1) noch das gestützt auf dieses im Jahre 1996 erlassene Kotierungsreglement der schweizerischen Börse (SWX) eine konkrete Pflicht zur Offenlegung von an Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieder ausgerichteten Entschädigungen. Das gleiche galt für andere Leistungen, welche die Gesellschaft der obersten Unternehmensebene vertraglich gewährte, sowie für Beteiligungen, welche diese an der Gesellschaft hatten oder erwarben bzw. veräusserte (unter Vorbehalt von Art. 20 BEHG), und für Organkredite, d.h. die Gewährung von Darlehen und andere Bevorschussungen zulasten der Gesellschaftskasse an Mitglieder von Verwaltungsrat oder Geschäftsleitung.

Art. 8 Abs. 2 BEHG verlangt indessen generell, dass die Börse in ihrem Reglement in Übereinstimmung mit international anerkannten Standards (Art. 8 Abs. 3 BEHG) festzulegen hat, welche Informationen für die Anleger nötig sind, um sowohl die Eigenschaften der Effekten als auch die Qualität des Emittenten beurteilen zu können. Auf Veranlassung der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) und gestützt auf die Selbstregulierungskompetenz (Art. 3 BEHG) war denn auch die Effektenbörse der Schweiz, die SWX Swiss Exchange, bereits in jener Zeit damit befasst, zwecks Förderung der Transparenz eine sog. Corporate Governance-Richtlinie mit einem detaillierten Anhang (RLCG) zu erarbeiten. Die RLCG wurde am 17. April 2002 verabschiedet und, nach ihrer Genehmigung durch die EBK gestützt auf Art. 4 Abs. 2 BEHG, am 1. Juli 2002 in Kraft gesetzt. Die ihr unterstellten, also börsenkotierten Gesellschaften haben sie erstmals im Geschäftsbericht zu beachten, welcher das Geschäftsjahr 2002 betrifft.

Während für alle anderen Kapitel (Kapitel 1-4 und 6-9) der Grundsatz gilt, dass eine Regel entweder zu befolgen oder aber ein Abweichen von ihr zu begründen, sind die in Kapitel 5 zusammengefassten Normen über die Transparenz von Entschädigungen, Beteiligungen und Organdarlehen zwingend zu beachten. Das Transparenzgebot betrifft sowohl die Mitglieder des Verwaltungsrats als auch jene der Geschäftsleitung (d.h. gemäss Art. 716b OR die mit der Geschäftsleitung betrauten Personen, die dem Verwaltungsrat unmittelbar unterstehen, aber ihm nicht selbst angehören).

Im Einzelnen sind zusammenfassend folgende Angaben zu machen:

- die von der Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft direkt oder indirekt an den Verwaltungsrat und/oder die Geschäftsleitung ausgerichteten Entschädigungen (Honorare, Saläre, Gutschriften, Bonifikationen und Sachleistungen), wobei bezüglich des Verwaltungsrats erstens zwischen exekutiven und nicht exekutiven Mitgliedern zu unterscheiden und zweitens die höchste erfolgte Gesamtentschädigung (ohne Namensnennung) gesondert auszuweisen ist;
- die dem Verwaltungsrat, der Geschäftsleitung sowie diesen nahe stehenden Personen im Berichtsjahr zugeteilten Aktien und Optionen sowie die von diesen Personen gehaltenen Beteiligungen an der Gesellschaft, wobei wiederum zwischen exekutiven und nicht exekutiven Mitgliedern zu differenzieren ist;
- zusätzliche Honorare und Vergütungen, welche Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung bzw. diesen nahe stehende Personen der Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft in Rechnung stellen, sofern diese Summe die Hälfte der ordentlichen Entschädigungssumme der betreffenden Organperson erreicht oder überschreitet;

- Gesamtbetrag und Konditionen der Sicherheiten und der noch nicht zurückgezahlten Darlehen, Vorschüsse oder Kredite, welche die Gesellschaft oder eine Konzerngesellschaft den Mitgliedern des Verwaltungsrats, der Geschäftsleitung oder diesen nahestehende Personen gewährte.

Ebenfalls im Jahr 2001 – und in Koordination mit der damals entstehenden RLCG – beauftragte Economiesuisse auf der Basis einer breiten Zustimmung eine Expertengruppe damit, Empfehlungen für einen Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance zu erarbeiten. Der «Swiss Code» vom 25. März 2002 wurde von praktisch allen Schweizer Wirtschaftsverbänden und Pensionskassen genehmigt. Er gilt wie die RLCG seit dem 1.7.2002, freilich als blosser Empfehlung. Das Ziel bestand darin, «einen gemeinsamen Kern der verschiedenartigen Bemühungen um eine Verbesserung von Corporate Governance-Aspekten in der Schweiz herauszuarbeiten» (vgl. Einleitung zum «Swiss Code»).

Adressaten des «Swiss Code» sind in erster Linie die schweizerischen Publikumsgesellschaften. Auch nicht börsenkotierte, volkswirtschaftlich bedeutende Gesellschaften oder Organisationen sollen dem Code jedoch «zweckmässige Leitideen» entnehmen können.

Während der «Swiss Code» lediglich Empfehlungen enthält, ist Kapitel 5 der RLCG über Entschädigungen, Beteiligungen und Darlehen wie gesagt zwingend: Die SWX hat Verfahrensvorschriften aufgestellt, deren Nichteinhaltung sanktioniert werden kann. Adressaten der Sanktionierungsmöglichkeiten sind aber lediglich die Unternehmen, also nicht die für sie handelnden natürlichen Personen. Heinrich Henckel, derzeitiger Direktor der Zulassungsstelle, erklärte gegenüber der WAK-N, dass es an einer gesetzlichen Grundlage für wirkungsvolle (direkte) Sanktionen fehlt und dass überdies die Tätigkeit der Revisionsstellen von der Zulassungsstelle nicht überprüft werden könne.

Aufgrund erster Erfahrungen, die man unterdessen im In- und Ausland mit dem Transparenzgebot sammeln konnte, gelangte man allmählich zur Einsicht, dass zugunsten der Anleger mehr Voraussetzungen erfüllt sein müssen, als die RLCG oder die Initiative Chiffelle (welche übrigens lediglich zwei der gemäss RLGC erforderlichen Angaben einer Offenlegungspflicht unterstellen will) es vorschreiben. Nun hat die RLCG zwar einen *grossen Schritt* in Richtung einer bisher in der Schweiz in dieser Art gänzlich unbekannten Transparenz getan; das internationale Niveau ist aber noch nicht ganz erreicht. So verlangt die RLCG weder, dass die Schweizer Publikumsgesellschaften die Bezüge aller Verwaltungsratsmitglieder einzeln ausweisen, noch schreibt sie vor, dass die Entschädigung des bestverdienenden Geschäftsleitungsmitgliedes gesondert anzugeben ist. Dazu kommt, dass die RLGC sich nur an die börsenkotierten Gesellschaften richtet. Zudem besteht gerade im Bereich der Organentschädigungen und -kredite ein Wertungswiderspruch. Weil hier ein ganz besonders gewichtiges

Transparenzinteresse besteht, ist das entsprechende Kapitel 5 der RLCG als zwingend erklärt worden, aber es fehlt der Börse an einem hinreichenden Sanktionssystem.

Ein Blick auf die umliegenden Rechts- und Wirtschaftsordnungen zeigt, dass generell eine Tendenz zu einer detaillierteren Offenlegung hin auszumachen ist. So enthält etwa das französische Handelsgesetzbuch seit dem 15. Mai 2001 entsprechende Bestimmungen. Das gleiche gilt für den seit dem Jahr 2000 geltenden Teil B des britischen «Combined Code» (London Stock Exchange Listing Requirements). Und schliesslich sind auch der Deutsche Corporate Governance Kodex vom 26. Februar 2002 sowie § 285 HGB und § 161 AktG zu nennen.

3. Gründe für die Einführung eines aktienrechtlichen Transparenzgebots im Bereich der Organentschädigungen und -kredite

Der «Swiss Code» definiert Corporate Governance als „die Gesamtheit der auf das Aktionärsinteresse ausgerichteten Grundsätze, die unter Wahrung von Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Unternehmensebene Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben“. Die Idee von Corporate Governance besteht darin, das Pflichtenheft von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung wirkungsvoller zu strukturieren und seine Erfüllung transparent und damit überprüfbar zu machen. Die Schweizer Begriffsbestimmung hat – im Gegensatz zur deutschen – besonderes Gewicht auf die Transparenz gelegt; diese erscheint auf gleicher Stufe wie das ausgewogene Verhältnis von Führung und Kontrolle.

3.1 Offenlegung aus dem Blickwinkel der Rechenschaftspflicht

Eine Anpassung des Aktienrechts an die wichtigsten Corporate Governance-Grundsätze, die nicht bereits in der geltenden Fassung des Gesetzes verwirklicht sind, ist nach Ansicht der Arbeitsgruppe aus folgenden Gründen angezeigt: Die oberste Unternehmensebene, also Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, kann man in einem weiteren Sinne auch als Beauftragte der Aktionäre ansehen (Art. 394 OR). Auftraggeber haben das zentrale Recht, sich über die Aktivitäten ihrer Beauftragten informieren zu lassen (Art. 400 OR). Wäre dem nicht so, hätten die Auftraggeber gar keine Möglichkeit, sich ein Bild darüber zu machen, ob die Beauftragten ihre Aufgaben sorgfältig ausführen und ob sie mit den anvertrauten Ressourcen effizient und zielstrebig umgehen (Art. 398/400 OR). Ohne Information ist mit anderen Worten keine wirksame Kontrolle möglich. Das Aktienrecht verwirklicht den Rechenschaftsbericht der Beauftragten durch die Jahresrechnung (Art. 662 ff. OR) und den verbalen Jahresbericht (Art. 663d OR).

Problematisch ist nun, dass die Aktionäre – jedenfalls nach dem Aktienrecht – das Zahlenwerk und die weiteren Ausführungen zur Rechenschaft nur einmal jährlich und lediglich in gesetzlich genau limitierten Punkten erhalten. Sie stehen überdies in der Regel weder miteinander in engerem Kontakt, noch befinden sie sich im Allgemeinen in sachlicher, räumlicher oder auch zeitlicher Nähe zu den unternehmerischen Entscheidungsträgern bzw. Entscheidungen.

Der Grundgedanke, dass die heute geltende Rechenschaft mangelhaft ist, bestätigt sich auch dann, wenn man das zwischen Gesellschaft und Organ geknüpfte Band gesellschaftsrechtlich versteht: Das Organverhältnis gemäss Art. 698 ff. OR ist nämlich in vielerlei Hinsicht ähnlich strukturiert wie ein Mandatsverhältnis. So wie ein Auftraggeber seinen Beauftragten aussucht, wählt auch die Generalversammlung die Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Die Wahl verpflichtet sodann den Verwaltungsrat als Leitungs- und Aufsichtsorgan zum gleichen Grad an Sorgfalt, wie wenn zwischen ihm und der Gesellschaft ein Mandatsvertrag abgeschlossen worden wäre (Art. 717 und 754 OR). Die Treuepflicht gilt wie in einem Auftragsverhältnis (Art. 717 Abs. 1 OR). Und so wie der Auftraggeber den Auftrag jederzeit auch ohne wichtigen Grund widerrufen kann (Art. 404 OR), kann auch die Generalversammlung ein Mitglied des Verwaltungsrats jederzeit ohne wichtige Gründe abberufen (Art. 705 Abs. 1 OR).

Verwandt ist schliesslich auch die Rechenschaftspflicht, wenn auch nach geltendem Recht gesellschaftsrechtlich etwas weniger weit gehend als beim Mandat (Art. 400 OR). Der Verwaltungsrat muss den Aktionären periodisch Bericht über seine Aktivitäten erstatten (Art. 696 Abs. 1 OR). Der Bericht umfasst die wichtigen Ereignisse des Geschäftsverlaufs, die wirtschaftliche und finanzielle Lage im verbalen Jahresbericht (Art. 663d OR) und den finanziellen Jahresbericht bzw. Konzernabschluss als Zahlenwerk (Art. 662 OR). Im Geschäftsbericht fehlt indessen eine ganz wesentliche Information, welche ein Auftraggeber selbstverständlich hat oder jederzeit von seinem Beauftragten verlangen könnte (Art. 400 OR): Der Geschäftsbericht enthält zwar den gesamten Personalaufwand (Art. 663 Abs. 3 OR), aber keinerlei Angaben darüber, was die oberste Exekutive die Aktionäre im Rechnungsjahr gekostet hat. Das Bestehen einer so zentralen Lücke ist überraschend; man muss sich fragen, warum die Forderung nach Kostentransparenz nicht schon früher nachdrücklich gestellt worden ist. Während etwa das deutsche Recht bereits seit 1965 (§ 160 Abs. 3 Ziff. 8 des Aktiengesetzes) die Offenlegung der Gesamtbezüge von Vorstand und Aufsichtsrat verlangt, war auch in den Diskussionen um die schweizerische Aktienrechtsreform von 1958 bis 1991 davon, soweit ersichtlich, nicht die Rede. Die Botschaft des Bundesrates über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (BBl 1983 II 745 ff.) greift dieses Thema gar nicht auf.

Eine der möglichen Antworten darauf liegt im steuerrechtlichen Bereich: Prinzipiell sieht das Aktienrecht nämlich seit jeher vor, dass die Aktionäre an der Generalversammlung Beschluss über die *Tantièmes* der Verwaltungsratsmitglieder fassen (Art. 627 Ziff. 2, 677 ff. und vor allem 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Erfolgt die Entschädigung – wie noch bis vor zehn bis zwanzig Jahren weithin üblich – durch eine Tantième, so verschafft der entsprechende Beschluss den Aktionären automatisch Kenntnis davon, was der Verwaltungsrat die Gesellschaft kostet. Der Umfang einer derartigen Entschädigung hängt überdies vom Unternehmenserfolg ab; bei Verlusten (und selbst bei geringen Gewinnen, wenn die Aktionäre nicht mehr als 5% Dividende bekommen) gibt es von Gesetzes wegen auch keine Tantièmes (Art. 677 OR).

Da Tantièmes als «Gewinnanteil» gelten und demzufolge steuerlich nicht abgezogen werden können, begann man nach anderen, steuerlich vorteilhafteren Entschädigungsformen Ausschau zu halten. Angesichts der steigenden Lasten der Kriegsjahre (Wehrsteuer, Kriegsgewinnsteuer etc.) gingen die Verwaltungsräte allmählich dazu über, das heute geltende Regime einzuführen: Danach wird eine «*feste Entschädigung*» festgelegt, als Aufwandposten behandelt und von den Steuern abgezogen. Diesem steuerlichen Vorteil steht allerdings der gesellschaftsrechtliche Nachteil gegenüber, dass für diese Festlegung nicht mehr die Generalversammlung, sondern der Verwaltungsrat selbst zuständig ist. Die Transparenz ging verloren.

Unterdessen hat man eingesehen, dass das System der vom Verwaltungsrat für sich selbst festgesetzten festen Entschädigung nicht nur die Transparenz (in der Form der Kostenklarheit) aufhebt, sondern auch den innergesellschaftlichen Entscheidungsprozess mit seiner vom Gesetz fein austarierten Gewaltenteilung ausschaltet. Die Aktionäre sprechen bei der Kostengutsprache nicht mehr mit, und der Verwaltungsrat kann nun auch dann, wenn die Aktionäre weniger als 5% Dividende erhalten oder dividendenlos bleiben (oder gar einen Bilanzverlust hinnehmen müssen) weiterhin die von ihm festgelegte Entschädigung beziehen oder diese sogar erhöhen. Der Verwaltungsrat muss die Aktionäre weder über die Voraussetzungen noch über Modalitäten und Höhe seiner festen Bezüge informieren.

3.2 Selbstkontrahieren des Verwaltungsrates

Die Tatsache, dass Verwaltungsräte heute in der Regel selber über ihre Entschädigungen befinden, ist rechtlich und funktional auch unter dem Aspekt des *Selbstkontrahierens* kritisch (sog. self-dealing oder Insichgeschäft). Repräsentiert nämlich der eine Vertragspartner gleichzeitig die Gegenseite, so ist das nicht nur unter dem Gesichtspunkt der innergesellschaftlichen Gewaltenteilung problematisch, sondern es entsteht auch ein kaum auflösbarer Interessenkonflikt: Es ist unmöglich, dass jemand zwei einander entgegengesetzte Positionen mit dem gleichen Nachdruck und dem

gleichen Engagement vertreten kann. Die Mitglieder eines Verwaltungsrates, die im Namen der Gesellschaft mit sich selber Verträge abschliessen bzw. sich selbst zulasten der Gesellschaftskasse Entschädigungen zusprechen, befinden sich in genau dieser Situation: Sie sind Personen, welche befugt sind, für die Gesellschaft zu handeln und sich auch verpflichtet haben, deren Interessen zu wahren (also zur Schonung des Gesellschaftsvermögens im Zweifelsfall tendenziell eher tiefe Entschädigungen auszurichten). Sie stehen aber gleichzeitig auf der anderen Seite des Rechtsgeschäfts und sind als Leistungsempfänger prinzipiell und verständlicherweise an einer hohen Entschädigung interessiert.

Das Problem des Kontrahierens mit sich selber besteht im Übrigen nicht nur bei den Entschädigungen, sondern grundsätzlich bei *allen Leistungen*, welche eine Gesellschaft ihren Organen gewährt (Organverträge wie Darlehen, Bürgschaften, Stundung, Forderungsverzicht zu Gunsten von Mitgliedern oder Organen etc.). Auf den Grund der Leistung kommt es nicht an: Gleichgültig, worin die Leistung besteht und wie sie umschrieben ist, muss es als rechtlich bedenklich angesehen werden, wenn ein für die Gesellschaft handelndes Organ sie einem Mitglied oder allen Mitgliedern desselben Organs verspricht.

Laut Bundesgericht ist ein Insichgeschäft grundsätzlich unwirksam, sofern es nicht zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen oder von einem anderen unabhängigen, allenfalls höherrangigen Organ genehmigt wird. Da diese Genehmigung aber auch *stillschweigend* erfolgen kann, gebietet die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Ergebnis der Flut von teilweise gesellschaftsschädlichen Insichgeschäften, die täglich in Unternehmen abgeschlossen werden, kaum Einhalt. Nicht nur die beiden Vorbehalte der bundesgerichtlichen Praxis («Üblichkeit oder Genehmigung») erweisen sich in der Praxis als wenig wirksam; auch die aktienrechtlichen Sanktionen greifen nicht oder nicht genug. Zwar enthält das Aktienrecht eine spezifische aktienrechtliche Rückerstattungsklage bei offensichtlichem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung (Art. 678 OR). Der Aktionär kann diese aber nur wirkungsvoll einsetzen, wenn er über diese Vorkommnisse auch informiert wird, d.h. wenn bei den Entschädigungen und anderen zu Gunsten der Organe geschlossenen Verträgen Transparenz besteht. Nach geltendem Recht legt die Gesellschaft die den Organmitgliedern gewährten Kredite aus Gesellschaftsmitteln nur offen, wenn der Darlehensnehmer eine Beteiligung von 20% an der Gesellschaft hält (Art. 662a Abs. 4 OR), d.h. praktisch ein «Grossaktionär» ist.

3.3 Aktienbesitz der Organe

Eine weitere Frage ist, ob ein Organ auch seine *Aktien* oder anderen Beteiligungsrechte an der Gesellschaft und allfällige Optionen darauf offenzulegen hat. Abgesehen von der heute noch verlangten einzigen Pflichtaktie (Art. 707 Abs. 1 Satz 2 OR) ist die Aktionärs-eigenschaft grundsätzlich losgelöst von der Organeigenschaft zu betrachten. Mit der Wahl hat die Gesellschafterstellung eines Mitglieds des Verwaltungsrates grundsätzlich nichts zu tun; das Aktienrecht folgt dem Drittorganschaftsprinzip. In der Botschaft des Bundesrates zur Revision des GmbH-Rechtes vom 19. Dezember 2002 (BBl 2001, 3148 ff.) wird denn auch in dem die Aktiengesellschaft betreffenden Teil die völlige Abschaffung des Erfordernisses der Aktionärs-eigenschaft vorgeschlagen (Art. 707 E-OR).

Im Regelfall stellen sich bei Beteiligungen die typischen Risiken des Insichgeschäfts nicht ein (ausgenommen sind etwa jene Fälle, in denen der Verwaltungsrat zurückgekaufte Aktien an die Verwaltungsratsmitglieder veräussert etc.). Auch steht fest, dass es grundsätzlich zu begrüßen ist, wenn die Organmitglieder das unternehmerische Risiko auch als Beteiligte direkt mitzutragen bereit sind. Dennoch haben die Aktionäre nach Auffassung der Arbeitsgruppe unter dem Gesichtspunkt der Corporate Governance-Grundsätze ein berechtigtes Interesse zu erfahren, ob und wie stark sich Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder an der Gesellschaft beteiligt haben. Weiter ist es für sie auch wichtig zu wissen, ob die Organmitglieder ihre Beteiligung im Geschäftsjahr aufgestockt oder abgebaut haben, ferner wie sich die Beteiligungsverhältnisse der Organe im Vergleich zu einander gestalten und ob sich unter den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern auch bedeutende Aktionäre finden (im Sinne von Art. 663c OR solche mit 5% oder mehr der Stimmrechte) oder ob sie zusammen gar die Mehrheit der Aktien halten. Diese Überlegungen zeigen, dass es nicht genügt, die Gesamtbeteiligung des Verwaltungsrats anzugeben. Es ist vielmehr notwendig, die Beteiligungen bzw. Optionen auf solche individuell, also für jedes Mitglied des Verwaltungsrates gesondert auszuweisen.

3.4 Nahe stehende Personen

Um Umgehungen der Offenlegungspflicht zu verhindern, sprechen im Übrigen gute Gründe dafür, den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern nahe stehende Personen in das Transparenzgebot mit einzubeziehen. Nach dem Kommentar der SWX Swiss Exchange zu Kapitel 5 RLCG, der sich auf Art. 678 OR bezieht, sind nahe stehende Personen «Drittpersonen, die Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitgliedern aufgrund enger persönlicher, wirtschaftlicher, rechtlicher oder tatsächlicher Bindung verbunden sind. Der Begriff der nahe stehenden Person ist somit sehr weit zu fassen. Ein Indiz für das Nahestehen kann sein, dass die betreffende Leistung gegenüber einer unabhängigen Drittperson nicht oder nicht in dieser Art erbracht worden wäre (vgl. zu

diesem Thema auch Swiss GAAP FER 15 und IAS 24). Nahe stehende Personen sind beispielsweise ein beauftragter Anwalt bzw. ein beauftragtes Anwaltsbüro, der Ehepartner, juristische Personen, die vom Verwaltungsrat oder einzelnen Verwaltungsräten kontrolliert werden etc.»

Diese Begriffsbestimmung dürfte den Kern dessen treffen, was heute nicht nur in der Schweiz, sondern auch im Ausland unter «nahe stehenden Personen» verstanden wird.

4. Das aktienrechtliche Transparenzgebot im Einzelnen

4.1 Überblick

Aus den oben dargelegten Gründen ist die Arbeitsgruppe der Auffassung, dass die Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder für jenen Bereich, in dem sie den Aktionären aus ihrer mandatsähnlichen Stellung heraus Rechenschaft schulden, offenlegungspflichtig sein sollen. Die Transparenz ist zunächst notwendig, um den Aktionären Kenntnis davon zu geben, was die Funktionen «Verwaltungsrat» und «Geschäftsleitung» die Gesellschaft während des Berichtsjahres gekostet haben. Die Offenlegung ist aber, was den Verwaltungsrat betrifft, auch rechtlich erforderlich zur Legitimierung der im Selbstkontrahieren zu Lasten der Gesellschaftskasse festgelegten Leistungen an die Verwaltungsratsmitglieder.

Als Ort der Offenlegung bietet sich der «*Anhang*» an, der einen integrierenden Bestandteil der Jahresrechnung darstellt (Art. 663b OR). Finden sich die Angaben zu Organentschädigungen und -krediten im «Anhang», so ergibt sich ohne weiteres, dass sie auf Übereinstimmung mit dem Gesetz, insbesondere Richtigkeit und Vollständigkeit, durch die Revisionsstelle zu prüfen sind (Art. 728 Abs. 1 OR). Denn der Anhang ist Gegenstand der Abschlussprüfung (Art. 728 und Art. 662 Abs. 2 OR). Die Arbeitsgruppe schlägt vor, Art. 663b OR entsprechend zu ergänzen (*Beilage* zu diesem Zwischenbericht).

4.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Die Offenlegungspflicht umfasst zunächst alle Leistungen, welche die Gesellschaft oder eine Konzerngesellschaft den Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitgliedern oder einer diesen nahe stehenden Personen, während oder anlässlich der Beendigung ihrer Amtszeit, direkt oder indirekt vertraglich gewährt (Organentschädigungen, Orgendarlehen etc.). Eingeschlossen sind sodann auch die Beteiligungsrechte an der Gesellschaft und Optionen darauf, welche diese oder diesen nahe stehende Personen an der Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft haben.

Grundsätzlich soll es keine Rolle spielen, ob der Bezüger Organmitglied oder lediglich eine diesem *nahe stehende* Person ist. Rechtlich bedeutet dies, dass die Bezüge einer nahe stehenden Person, falls die sachliche Qualifikation der Leistung als Organentschädigung oder Organkredit gegeben ist, dem Organmitglied, dem die Person nahe steht, zugerechnet wird. Ohne diese Regelung, welche auch in der SWX-Richtlinie vom 17. April 2002 gilt, ist Umgehungsversuchen jeder Art von Beginn an Tür und Tor geöffnet. Unerheblich soll auch sein, ob der Leistungsempfänger Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung ist.

Hingegen ist nach Auffassung der Arbeitsgruppe bezüglich des *Detaillierungsgrades* der Angaben zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung wie folgt zu differenzieren:

- 4.2.1 Beim *Verwaltungsrat* sind neben der Gesamtsumme nach Auffassung der Arbeitsgruppe auch die individuellen Bezüge der einzelnen Mitglieder offenzulegen. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass das aktienrechtliche Gewaltenteilungsprinzip und der schuldrechtliche Interessenausgleich wegen des «self-dealings» (der Verwaltungsrat legt selbst die Entschädigungen fest, die an seine eigenen Mitglieder fliessen) nicht spielen können. Es braucht darum einen Mechanismus, der den Aktionären durch Transparenz die Möglichkeit verschafft, die Selbstbezüge der Mitglieder des Verwaltungsrates auf Üblichkeit zu prüfen bzw. diese nach Kenntnisnahme mindestens stillschweigend zu genehmigen. Dies ist eine Lösung, die ersatzweise dafür sorgen kann, was eigentlich das Ziel aller rechtlichen Vorkehren zur Bewältigung des Phänomens des «self-dealings» ist: Durch Transparenz und Üblichkeitskriterien oder Genehmigung für ein angemessenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu sorgen. Das Transparenzgebot fördert auch die Selbstdisziplinierung: Von vornherein wissen die Organmitglieder um die Publizität ihrer Bezüge im mandatsähnlichen Bereich. Sollte schliesslich ausnahmsweise trotz dieses Wissens gegen das in Art. 678 OR formulierte Gebot, wonach Leistung und Gegenleistung bei Organverträgen nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinander stehen dürfen, verstossen werden, so erhalten die Aktionäre via Offenlegung von diesem Verhalten Kenntnis. In der Folge liegt es bei den Aktionären, ob sie gegen dieses Vorgehen einschreiten wollen. Sie müssen dazu nicht zuerst eine Sonderprüfung gemäss Art. 697a ff. OR einleiten – ein zeitraubendes und selten zum Ziel führendes Verfahren.

Die Arbeitsgruppe hat sich dazu entschieden, sich durch ein wesentliches Gegenargument gegen die Offenlegung von Organentschädigungen – in den USA habe die Bekanntgabe der Bezüge zu deren *Steigerung*, keineswegs zu deren *Mässigung* geführt – nicht aufhalten zu lassen. Falls die erwähnte Beobachtung überhaupt zutrifft – sie ist nicht erwiesen –, müsste die Frage nach

der Kausalität geprüft werden: Ist es die Offenlegung, die das Phänomen einer sog. «Aufwärtsspirale» auslöst? Oder steckt dahinter nicht eher, unberührt von der Frage der Offenlegung als solchen, ein kartellähnliches Verhalten der Interessierten bzw. ein mangelhaftes Funktionieren des Marktes für Manager? Zudem gibt die Arbeitsgruppe zu diesem äusserst kontroversen Thema folgendes zu bedenken: Gesetzt der Fall, die so oft erwähnte «Aufwärtsspirale» sei eine Tatsache – ist es dann wirklich angebracht anzunehmen, auf dem Finanz- und Werkplatz Schweiz würde sich der Aufwärtstrend dadurch abbremsen und verhindern lassen, dass man die Organentschädigungen *geheim* hält? Die Arbeitsgruppe neigt auf Grund ihrer Überlegungen eher zur Annahme, dass eine Offenlegung der Organentschädigungen auf längere Sicht *mehr* Kräfte zur Abbremsung der «Aufwärtsspirale» frei legt als eine Geheimhaltungspolitik.

- 4.2.2 *Geschäftsleitungsmitglieder* sind im Prinzip gleich zu behandeln wie die Verwaltungsratsmitglieder. Der Verwaltungsrat ist befugt (Art. 716b OR) die Geschäftsführung unter Vorbehalt von Art. 716a Abs. 1 OR an eine (ihm direkt unterstellte) Geschäftsleitung zu delegieren. Aus der Sicht des Aktionärs, der ein Recht darauf haben soll, zu erfahren, was ihn die Funktion der Verwaltung der Gesellschaft kostet, macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob die Verwaltungskosten an der Gesellschaftsspitze von einem Verwaltungsrat oder einer Geschäftsleitung verursacht werden. Aus diesem Grund sind für die Geschäftsleitung gesamthaft auch sämtliche bereits genannten Entschädigungen, anderweitig von der Gesellschaft gewährten vertraglichen Leistungen wie Darlehen etc. sowie Beteiligungen und Optionen auf Beteiligungen offenzulegen.

Indessen soll, was die einzelnen Mitglieder der Geschäftsleitung betrifft, die Offenlegung individueller Bezüge auf das am besten entschädigte Mitglied der Geschäftsleitung beschränkt werden. Die unterschiedliche Behandlung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat ihren Grund darin, dass mit Bezug auf die Organentschädigungen (und auch Organkredite) der Geschäftsleitung das Problem des «self-dealing» nicht besteht. Nicht die Geschäftsleitung, sondern der Verwaltungsrat ist es, welcher die Geschäftsleitungsmitglieder ernennt und sie gegebenenfalls wieder abberuft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Er ist es auch, der ihnen gegenüber weisungsberechtigt ist (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR) und der die hierarchische Position und die Kompetenzen in der Gesellschaft bestimmt (Art. 716b Abs. 2 OR). Und schliesslich legt er die Gehälter fest. Da der Verwaltungsrat bei diesen Aktivitäten nicht im typischen Interessenkonflikt des Selbstkontrahierens befangen ist, genügt es für die Aktionäre grundsätzlich, darüber informiert zu werden, auf welche *Gesamtkosten* ihn die vom Verwaltungsrat eingesetzte Geschäftsleitung zu stehen kommen.

Nachdem nun aber die Entschädigung des *bestverdienenden* Mitgliedes des Verwaltungsrates offen zu legen ist, erweist es sich als unumgänglich, auch diejenige des bestverdienenden Mitglieds der Geschäftsleitung anzugeben. Gerade in einem System der «Doppelspitze», welches dadurch gekennzeichnet ist, dass der Verwaltungsratspräsident nicht gleichzeitig an der Spitze der Geschäftsleitung steht, ist die Entschädigung des Präsidenten der Geschäftsleitung in den meisten Fällen höher oder sogar erheblich höher als jene des Verwaltungsratspräsidenten. Mit der Regel, dass das Gehalt auch des bestverdienenden Geschäftsleitungsmitgliedes offenzulegen ist, wird verhindert, dass jemand in der Geschäftsleitung statt im Verwaltungsrat den Vorsitz übernimmt, um sich der Kostentransparenz zu entziehen.

Hier sei noch folgendes angefügt: Die Untersuchungen der Arbeitsgruppe haben unter anderem ergeben, dass einzelne grosse Publikumsgesellschaften bereits im Jahr 2003 dazu übergegangen sind, die Gehälter aller ihrer Geschäftsleitungsmitglieder je einzeln auszuweisen. In einzelnen Ländern ist der Einzelausweis auf der Stufe Geschäftsleitung bereits Pflicht. Diese Praxis – so die entsprechenden Gesellschaften – habe bisher zu keinen nennenswerten Nachteilen geführt. Da indessen die Direktorengehälter je nach Kontinent, Land, ausgeübter Funktion und Wirtschaftszweig von sehr unterschiedlicher Höhe sind, sieht die Arbeitsgruppe in dieser ersten Phase ausdrücklich davon ab, eine Gesetzesvorschrift vorzuschlagen, die das Deklarieren der einzelnen Gehälter für zwingend erklärt. Vielmehr soll es zunächst den Gesellschaften selber überlassen werden, wie detailliert sie die einzelnen Bezüge auf der Stufe Geschäftsleitung – zusätzlich zur höchsten Entschädigung – ausweisen wollen.

4.3 Zweiteilung des persönlichen Anwendungsbereichs

- 4.3.1 Die soeben analysierten rechtlichen Gründe, welche für die Transparenz der Leitungskosten an der Spitze der Gesellschaft sprechen, gelten grundsätzlich in gleicher Weise für die börsenkotierten wie für die nicht kotierten Gesellschaften. In beiden Fällen findet sowohl der Grundsatz der Rechenschaft über die Kosten der Funktion als solchen als auch das Prinzip der Legitimierung der im «self-dealing» festgelegten Organentschädigungen bzw. Organkredite in gleicher Weise Anwendung. Die Arbeitsgruppe ist deshalb zum Schluss gelangt, dass die im Aktienrecht zu verankernden Corporate Governance-Grundsätze, insbesondere das Transparenzgebot, nicht nur für die börsenkotierten, sondern auch für die *nicht kotierten Gesellschaften* im schweizerischen Obligationenrecht zu verankern sind. Die Arbeitsgruppe möchte indessen die Transparenz auf diejenigen unter ihnen einschränken, die als *wirtschaftlich bedeutungsvoll* einzuschätzen sind.

Die börsenkotierten Gesellschaften sind, wie schon erwähnt, dem Transparenzgebot der RLCG unterstellt. Dieses ist im Bereich der Organentschädigungen und -kredite sogar zwingend. Die RLCG geht zwar inhaltlich in einigen Punkten weiter, in anderen wichtigen Belangen bleibt sie dagegen weit hinter dem Regelungsvorschlag der Arbeitsgruppe zurück. Dies spricht dafür, dass die Minimalvorschriften des Gesetzes auch für kotierte Gesellschaften gelten sollten. Dazu kommt, dass die Sanktionsmöglichkeiten der RLGC ungenügend sind. Es ist problematisch, es bei Normen bewenden zu lassen, die trotz ihrer zentralen Bedeutung für Unternehmen und Anleger letztlich nicht wirkungsvoll durchgesetzt werden können. Es entstünde zudem auch ein Gleichbehandlungsproblem gegenüber den nicht kotierten Gesellschaften, wenn diese einem in Inhalt teilweise und in der Durchsetzung insgesamt strengeren Regime unterstellt würden. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die RLCG ein Produkt der Selbstregulierung und rechtsstaatlich im Grundansatz nur teilweise legitimiert ist. Der wesentliche Teil der Zulassungsstelle SWX besteht aus hohen Unternehmungsfunktionären, d.h. unmittelbaren Normadressaten der Offenlegung. Die Genehmigung durch die EBK nach Art. 4 Abs. 2 BEHG hat die Legitimation indessen wesentlich erhöht. Schliesslich ist auch abzulehnen, dass allfällige Änderungen im Kernbereich des Transparenzgebots betreffend Organentschädigungen und -kredite unterschiedliche Verfahren durchlaufen müssten, je nachdem, ob es um börsenkotierte oder nicht kotierte Gesellschaften geht.

- 4.3.2 Die neuen Vorschriften sollen nach Auffassung der Arbeitsgruppe indessen nicht für alle, sondern nur für jene nicht kotierten Gesellschaften gelten, welche *volkswirtschaftlich bedeutungsvoll* sind. Für die Definition einer möglichen Eingriffsschwelle bieten sich grundsätzlich die bereits heute in Art. 727b Abs. Ziff. 3 OR festgelegten Grössenkriterien an. Diese beziehen sich zwar sachlich auf das Erfordernis, einen besonders befähigten Revisor einzusetzen. Sie beruhen aber ebenfalls auf dem Grundgedanken, nicht alle, sondern nur mindestens «mittelgrosse» Unternehmen bestimmten Pflichten zu unterstellen.

Die im Gesetz neu zu verankernden Corporate Governance-Regeln sind nach dem von der Arbeitsgruppe erarbeiteten Konzept nur zu beachten, wenn in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren das Kriterium eines bedeutenden Arbeitgebers einerseits und eine der *zwei* finanziellen Grössenkriterien überschritten werden:

- 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt **und**
- Bilanzsumme von 20 Millionen Franken **oder** Umsatzerlös von 40 Millionen Franken.

In doppelter Hinsicht ist in diesem Vorschlag eine *Änderung* gegenüber den Kriterien des Art. 727b OR enthalten:

a) Die Offenlegung der Organentschädigungen und -kredite wird auf jene nicht kotierten Gesellschaften begrenzt, die *unternehmerisch* tätig sind, d.h. unter systematischem Einsatz von Kapital und Arbeit am Wirtschaftsgeschehen als Anbieter teilnehmen. Die Abgrenzung geschieht durch das Kriterium der 200 Vollzeitstellen, in Abweichung von dem, was im System der «zwei von drei Grössen» des Art. 727b OR gilt. Offenlegungspflichtig sind, mit anderen Worten, jene und nur jene nicht kotierten Aktiengesellschaften, die (stets in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren) *200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt* haben. Alle Holdinggesellschaften (ausser die allergrössten mit einem Stab von 200 Personen und die Konzernobergesellschaften, siehe Bst. b hiernach), Immobiliengesellschaften, Besitzgesellschaften, Verwaltungs- und Sitzgesellschaften, aber auch alle unternehmerischen Gesellschaften mit weniger als 200 Vollzeitstellen – in der Schweiz immer noch die zahlenmässig weit überwiegende Mehrheit – sind durch dieses Kriterium von der Offenlegungspflicht für Organentschädigungen und Organkredite freigestellt.

b) Umgekehrt ist eine *konsolidierte Betrachtungsweise* unumgänglich. Würde nur auf die Einzelgesellschaft abgestellt, so könnte mittels Vorschaltung einer Holdinggesellschaft die Kontrolle durch die Aktionäre in den meisten Fällen vereitelt werden. Die Holdinggesellschaft müsste dann nichts offen legen, weil sie das Kriterium der 200 Vollzeitstellen nicht erfüllt, und die Offenlegung selbst jener Tochtergesellschaften, die 200 Vollzeitstellen haben, würde im Inneren des Konzerns stecken bleiben. Die gewählte Umschreibung des Konzerns lehnt sich so eng wie möglich an Art. 663e Abs. 1 OR an.

- 4.3.3 Daraus ergibt sich der Vorschlag der Arbeitsgruppe. Eine nicht kotierte Aktiengesellschaft ist danach im Ergebnis offenklegungspflichtig, wenn sie unternehmerisch tätig und *sowohl* hinsichtlich der Vollzeitstellen *als auch* der *Finanzkennzahlen* «wirtschaftlich mittelgross» ist, d.h. einerseits 200 Vollzeitstellen hat, andererseits entweder einen Umsatz von 40 Mio. Franken *oder* eine Bilanzsumme von CHF 20 Mio. hat.

Die Arbeitsgruppe behält sich vor, zu gegebenem Zeitpunkt zu prüfen, ob trotz allem auch *kleinere* Unternehmen dem Transparenzgebot hinsichtlich der Organentschädigungen und -kredite zu unterstellen wären. Einen entsprechenden Vorschlag wird sie gegebenenfalls in ihrem Schlussbericht vom 30. September 2003 unterbreiten.

4.4 Sanktionen: Folgen der Verletzung des Transparenzgebots

Regelt man das *Transparenzgebot* betreffend die Organentschädigungen und -kredite im Aktienrecht, so ist ein Verstoss dagegen als *Verletzung einer aktienrechtlichen Pflicht* anzusehen. Das aktienrechtliche Sanktionssystem beruht auf mehreren Pfeilern:

- 4.4.1 **Prüfung durch die Revisionsgesellschaft:** Obwohl die Prüfung durch einen aussenstehenden, unabhängigen Revisor (Art. 727 ff OR) nicht schon selbst eine «Sanktion» im üblichen Sinne ist, bedeutet dieser Vorgang doch eine in der Praxis meistens sehr wirksame Verstärkung der Durchsetzung aktienrechtlicher Vorschriften im Bereich der Abschlussprüfung. Die Revisionsstelle hat die Übereinstimmung der Jahresrechnung mit dem Gesetz zu prüfen, und bei einer Feststellung von Verstössen gegen das Gesetz den Verwaltungsrat, in wichtigen Fällen die Generalversammlung zu benachrichtigen (Art. 728 und 729b OR). Dadurch ist die Revision im ganzen Bereich der Rechenschaft über die Unternehmenszahlen eine wichtige Vorstufe zur Sanktion – und zwar sowohl die interne (durch einen gesetzestreuen Verwaltungsrat selbst), wie die externe (durch die ihre Rechte wahrnehmenden Aktionäre). In dieses System ist die Offenlegung von Organentschädigungen und -krediten ohne weiteres eingebettet, wenn die Bestimmungen in den Artikel über den «Anhang» eingefügt werden. In der Tat sagt Art. 662 Abs. 2 OR: «Die Jahresrechnung besteht aus der Erfolgsrechnung, der Bilanz und dem Anhang».
- 4.4.2 **Interne Sanktionen durch den Verwaltungsrat:** Die seit ca. 2001 aufgetretenen unerfreulichen Ereignisse in der Schweiz und in der internationalen Unternehmenswelt dürfen den Blick auf die Tatsache nicht trüben, dass eine grosse Mehrzahl aller Verwaltungsräte sich um eine Einhaltung der Gesetze und anderen anwendbaren Normen bemüht hat und auch weiterhin bemüht. Das Dutzend Fälle, in denen Verwaltungsräte das nicht getan haben, beherrschen die Diskussion, aber die unzähligen Male, in denen Verwaltungsräte ihrer Aufsichts- und Eingriffspflicht nachgekommen sind, bleiben unbekannt. Der Verwaltungsrat ist im Schweizer Sanktionssystem von zentraler Bedeutung, wie sich aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR (Oberaufsicht) im allgemeinen und Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR (Abberufungsrecht) und Art. 726 OR (Suspendierungsbefugnis) im Besonderen ergibt. Der Verwaltungsrat kann ein pflichtwidrig handelndes Geschäftsleitungsmitglied absetzen oder auch ein eigenes Mitglied aus einem Ausschuss abberufen. Selbst wenn die Generalversammlung direkt den Verwaltungsratspräsidenten gewählt hat, kann er diesen ferner vorläufig seines Amtes entheben (Art. 726 OR) und sofort eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen.

- 4.4.3 **Informationsrechte der Aktionäre:** Die Aktionäre können die Zahlen nur dann kritisch würdigen und informierte *Ergänzungs- und Vertiefungsfragen* stellen, wenn die Offenlegung von Organentschädigungen und Organkrediten einmal eingeführt ist. Ohne ein bestimmtes Vorwissen sind die Aktionäre nicht in der Lage, gezielte Fragen zu stellen. Art. 697 OR («*Recht auf Auskunft und Einsicht*») wird damit in seiner Substanz erheblich gestärkt und erhält in der Praxis grössere Bedeutung. Die Aktionäre können sodann eine *Untersuchung* einleiten (Art. 731 Abs.2 OR) oder eine *Sonderprüfung* durchführen lassen (Art. 697a ff. OR).
- 4.4.4 **Sanktionierung durch die Aktionäre:** *Wahrnehmung ihrer Stimmberechtigung.* Die Aktionäre können ihrer Meinung, dass ein Mitglied oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsrates ihren Pflichten nicht nachgekommen sind, schon *vor* der Generalversammlung durch die Ausübung des *Traktandierungsrechtes* (Art. 699 Abs. 3 OR) ein starkes Echo verschaffen. Sie haben zudem das *Antragsrecht*; die Anträge aus dem Kreis der Aktionäre sind gemäss Art. 700 Abs. 2 OR mit der Einberufung allen Aktionären zur Kenntnis zu bringen. Auf dieser Grundlage können die Aktionäre in der Generalversammlung durch Ausübung des Stimmrechts fehlbare Verwaltungsratsmitglieder nicht mehr wieder wählen bzw. abberufen oder ihnen die *Décharge* verweigern. Die Verweigerung der *Décharge* ist über ihre unmittelbare rechtliche Wirkung hinaus (Art. 758 OR) eine in der Praxis als Misstrauensvotum aufzufassende Sanktion mit starker psychologischer Wirkung, nicht nur auf die betroffene Person oder Personen selbst, sondern auch auf deren Standing im Unternehmen und auf die Reputation des Unternehmens als Ganzem.
- 4.4.5 **Klagerechte der Aktionäre:** Die Aktionäre können schliesslich ihr Klagerecht ausüben und sowohl Verwaltungsrats- wie auch Geschäftsleitungsmitglieder einklagen:
- indem sie die *Verantwortlichkeitsklage* erheben, wenn die pflichtwidrige Handlung zu einem Schaden geführt hat (Art. 754/756 OR);
 - indem sie die *Rückerstattungsklage* ergreifen, wenn ein Organ oder eine einem solchen nahestehende Person Leistungen bezogen hat, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung stehen (Art. 678 OR);
 - indem sie die *Nichtigkeitsklage* gegen einen Verwaltungsratsbeschluss einleiten (Art. 714 OR).

- 4.4.6 ***Strafgesetzbuch:*** Das Strafrecht verbietet überdies bestimmte aktienrechtlich relevante Handlungen, wie zum Beispiel die *ungetreue Geschäftsbesorgung* (Art. 158 StGB) und *unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe* (Art. 152 StGB).

5. Ergebnis und Ausblick

Die Arbeitsgruppe kommt aus den angegebenen Gründen zu folgenden *Antworten* auf die gestellten Fragen, wobei sie ihren Schlussbericht vom 30. September 2003 ausdrücklich vorbehält:

- zu *Frage 1:* Die Entschädigungen, welche eine kotierte Aktiengesellschaft an die Mitglieder ihres *Verwaltungsrates* ausrichtet, müssen jährlich offen gelegt werden. Die Offenlegung hat für die Verwaltungsratsmitglieder gesamthaft und individuell zu erfolgen.
- zu *Frage 2:* Hinsichtlich der Entschädigungen an die *Geschäftsleitung*, d.h. die nicht dem Verwaltungsrat angehörenden Personen, die ihm gemäss Art. 716b Abs. 2 OR unmittelbar unterstellt sind, muss die Offenlegung den Gesamtbetrag einerseits und den Betrag des Mitgliedes mit der höchsten Entschädigung andererseits umfassen. Das Gesetz sollte im Bereich der Geschäftsleitung nicht eine weiter gehende Offenlegung der individuellen Bezüge vorschreiben.
- zu *Frage 3:* Die Vorschriften des Obligationenrechtes über die Offenlegung sollten im Anwendungsbereich und inhaltlich über den Anhang zur Corporate Governance-Richtlinie der SWX Swiss Exchange vom 17. April 2002 (RLCG) *hinaus gehen*:
- a) Was den *Anwendungsbereich* betrifft, sollte die Offenlegungspflicht im Obligationenrecht nicht nur kotierte Gesellschaften, sondern auch die wirtschaftlich bedeutenden, unternehmerisch tätigen *nicht kotierten* Aktiengesellschaften erfassen, ob sie nun als Einzelgesellschaft oder im Konzern (d.h. kombiniert mit den unter ihrer Leitung stehenden anderen Gesellschaften) tätig sind;
 - b) Was den *Inhalt* betrifft, sollte die Offenlegung nicht nur Organentschädigungen jeder Art umfassen, sondern auch die im Geschäftsjahr gewährten *Organkredite*, den *Bestand* (per Bilanzstichtag) an Aktien oder anderen Beteiligungsrechten der Gesellschaft, Optionen auf solche und die insgesamt ausstehenden Organkredite.

zu Frage 4: Die *Angaben* über Organentschädigungen und -kredite sollten in Art. 663b OR («*Anhang*») eingefügt werden. Sie unterstehen damit von selbst der Prüfung der Revisionsstelle, und zwar nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe stets einem Revisionsorgan mit *besonderer Befähigung* im Sinne von Art. 727b OR.

Das gesetzliche *Sanktionssystem* vermag nach Auffassung der Arbeitsgruppe zur Durchsetzung der Transparenz im Allgemeinen zu genügen (Prüfung durch besonders befähigte Revisoren; Eingriffspflicht des Verwaltungsrates selbst; Informationsrechte der Aktionäre; Stimmrechtsausübung durch die Aktionäre in der Generalversammlung mit vorausgehendem Traktandierungs- bzw. Antragsrecht und evtl. Sonderprüfung; Klagerechte der Aktionäre). Verbesserungswürdig ist die *Rückerstattungsklage* des Art. 678 OR; die Arbeitsgruppe gedenkt zu diesen und weiteren Punkten des Aktienrechtes unter Corporate Governance-Gesichtspunkten in ihrem Schlussbericht am 30. September 2003 weitere Vorschläge vorzulegen.

Die Arbeitsgruppe hat diesen Zwischenbericht in ihrer Sitzung vom 25. März 2003 einstimmig genehmigt.

Basel/Zürich/Lausanne, den 25. März 2003

Art. 663b, Abs. 2 bis 8 (neu)

¹Der Anhang enthält folgende Angaben:

[...]

²Der Anhang muss weitere Angaben für das Geschäftsjahr und das Vorjahr enthalten, sofern die Gesellschaft, unter Einschluss der Unternehmen, die sie unter ihrer einheitlichen Leitung zusammengefasst hat (Konzerngesellschaften), in zwei aufeinander folgendenden Geschäftsjahren:

- a. über 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt verfügt; und
- b. eine Bilanzsumme von 20 Millionen Franken oder einen Umsatzerlös von 40 Millionen Franken überschreitet.

³Diese Angaben umfassen die Leistungen, welche den Mitgliedern des Verwaltungsrates und Dritten, an die er die Geschäftsführung ganz oder zum Teil übertragen hat (Geschäftsleitung), oder ihnen nahe stehenden Personen durch die Gesellschaft oder eine Konzerngesellschaft direkt oder indirekt gewährt wurden.

⁴Als Leistungen gelten insbesondere:

- a. Honorare, Löhne und Anteile am Geschäftsergebnis;
- b. Bonifikationen;
- c. Gutschriften;
- d. Sachleistungen;
- e. Zuteilung von Beteiligungsrechten der Gesellschaft oder von Konzerngesellschaften und Optionen auf solche Rechte;
- f. Abgangsentschädigungen;
- g. Tantiemen;
- h. Bürgschaften und die Gewährung anderer Sicherheiten;
- i. Schulderrass oder Teilverzicht.

⁵Der Anhang gibt dabei an:

- a. den Gesamtbetrag für den Verwaltungsrat und den auf jedes einzelne Mitglied entfallenden Betrag;
- b. den Gesamtbetrag für die Geschäftsleitung und den höchsten auf ein Mitglied entfallenden Betrag.

⁶Der Anhang enthält zum Bilanzstichtag auch Angaben, die in gleicher Weise zu gliedern sind, hinsichtlich der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung sowie ihnen nahe stehenden Personen über

- a. die von ihnen gehaltenen Beteiligungsrechte der Gesellschaft oder einer Konzerngesellschaft und Optionen auf solche Rechte;
- b. die ihnen von der Gesellschaften oder einer Konzerngesellschaft gewährten Darlehen und andere Kredite.

⁷Der Anhang enthält die entsprechenden Angaben auch für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, die während der zwei vorausgehenden Geschäftsjahre ihr Amt beendet haben.

⁸Sind die Beteiligungsrechte der Gesellschaft an der Börse kotiert, so bleiben weiter gehende Anforderungen der börsenrechtlichen Bestimmungen vorbehalten.

Groupe de travail

Prof. Dr. Peter Böckli

Prof. Dr. Claire Huguenin

Prof. Dr. François Dessemontet

Rapport intermédiaire du groupe de travail
«Gouvernement d'entreprise»:
Transparence des rémunérations et crédits octroyés aux
membres des organes dirigeants des sociétés anonymes

du 25 mars 2003

1. Contexte et problématique

L'initiative parlementaire 01.424 n Chiffelle « Plus de transparence dans les sociétés cotées en bourse » a été déposée le 9 mai 2001. Elle requiert que les dispositions du code des obligations réglementant la société anonyme soient modifiées dans le sens où les sociétés dont les actions sont cotées en bourse doivent être tenues d'indiquer dans l'annexe au bilan l'ensemble des montants versés aux membres du conseil d'administration au titre de leur fonction. Dans un même souci de transparence, l'annexe au bilan devra mentionner expressément quelle part les membres du conseil d'administration détiennent au capital-actions.

Par décision du 11 mars 2002, le Conseil national a donné suite à cette initiative parlementaire. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a été chargée d'élaborer un projet de réglementation. Lors de sa séance du 28 octobre dernier, la CER-N a confié au prof. Max Boemle, de Berne, le mandat d'élaborer une proposition d'articles de loi pour faire suite à l'iv pa Chiffelle, en le priant de répondre plus particulièrement aux questions suivantes:

1. La transparence des rémunérations doit-elle être globale ou individuelle ?
2. Les membres de la direction générale doivent-ils également être concernés ? Le cas échéant, lesquels ?
3. En ce qui concerne les éléments sur lesquels porte la transparence, convient-il d'inclure d'autres éléments que ne comprend pas la directive de la bourse suisse?
4. Faut-il prévoir dans la loi un contrôle par une société externe de révision quant à la transparence des rémunérations? Des problèmes d'exécution sont-ils à craindre? Quelles sont les sanctions envisageables?

En parallèle et pour faire suite à plusieurs interventions parlementaires dans le domaine du gouvernement d'entreprise, l'*Office fédéral de la justice* (OFJ) a mandaté un groupe de travail composé des professeurs Peter Böckli (régie), de Bâle, Claire Huguenin, de Zurich et François Dessemontet, de Lausanne, afin d'examiner de manière générale la

conformité du droit suisse des sociétés aux principes du gouvernement d'entreprise. Le groupe de travail doit remettre ses conclusions finales à l'OFJ d'ici au 30 septembre 2003.

Par courrier du 26 septembre 2002, le président de la CER-N a, au nom de la Commission, requis de l'OFJ d'examiner la possibilité, pour le groupe de travail institué par ce dernier, de livrer d'ici à fin mars 2003 un rapport intermédiaire sur les questions spécifiques que se pose la CER-N en matière de transparence des rémunérations, dans la mesure où celles-ci présentent un lien direct avec le gouvernement d'entreprise. En date du 16 octobre 2002, l'OFJ a informé la CER-N que le groupe de travail s'était déclaré prêt à rendre d'ici à fin mars 2003 un rapport intermédiaire sur la question plus particulière de la transparence des rémunérations, avec des propositions de réglementation, étant entendu qu'il s'agit là d'un aspect particulier de la problématique beaucoup plus large que le groupe de travail doit traiter dans le cadre de son rapport final.

Afin de garantir l'unité de la matière, le groupe de travail a choisi, dans son rapport intermédiaire, d'examiner la transparence des rémunérations à la fois pour les sociétés dont les titres sont cotés en bourse ainsi que, au-delà de ce que requiert l'iv pa Chiffelle, pour les sociétés anonymes non cotées (champ d'application personnel de l'obligation de transparence). Le groupe de travail prend également position quant aux informations qu'il convient de publier, plus particulièrement en ce qui concerne une obligation de transparence étendue à *d'autres* prestations que les « rémunérations » au sens strict, notamment les crédits octroyés aux membres des organes ainsi que le nombre d'actions ou d'autres droits de participation (champ d'application matériel de l'obligation de transparence). Il convient également d'évaluer le caractère plus ou moins détaillé des informations à publier selon le critère « membre du conseil d'administration » ou « membre de la direction générale ». Les deux derniers éléments ne sont certes pas mentionnés dans l'iv pa Chiffelle mais ressortent du mandat confié par la CER-N au professeur Max Boemle.

La problématique générale de la transparence pour *d'autres formes de sociétés* ou d'autres personnes morales sera pour sa part examinée de manière approfondie par le groupe de travail dans le cadre de son rapport final du 30 septembre 2003.

2. Réglementation qui ne relève pas du droit de la société anonyme

L'iv pa Chiffelle a été déposée le 9 mai 2001. A cette époque, la loi du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1) et, fondé sur cette loi, le règlement de cotation du 1^{er} octobre 1996 de la bourse suisse des papiers-valeurs (SWX Swiss Exchange) n'énonçaient aucune obligation de publier les rémunérations allouées aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale. Il en allait de même des autres prestations accordées par la société aux membres des organes

dirigeants sur une base contractuelle, des droits de participation de la société que ces derniers détenaient, avaient acquis ou aliénés au-delà des limites prévues à l'art. 20 LBVM ainsi que des prêts ou autres avances octroyés aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale à la charge des fonds de la société.

L'art. 8, al. 2, LBVM exige de manière générale de la bourse qu'elle détermine, dans son règlement fixant les conditions d'admission des valeurs mobilières au négoce, quelles informations doivent être fournies aux investisseurs pour leur permettre d'apprécier les caractéristiques des valeurs mobilières et la qualité de l'émetteur, en prenant en compte les standards internationaux reconnus (cf. art. 8, al. 3, LBVM). A l'initiative de la Commission fédérale des banques et en se fondant sur sa compétence d'autorégulation (art. 4 LBVM), SWX Swiss Exchange s'était - à l'époque du dépôt de l'iv pa Chiffelle - déjà attelée à l'élaboration d'une directive concernant les informations relatives au corporate governance (DICG), accompagnée d'une annexe détaillée, afin de renforcer la transparence. SWX Swiss Exchange a adopté la DICG le 17 avril 2002. Après avoir reçu l'approbation de la Commission fédérale des banques en vertu de l'art. 4, al. 2, LBVM, la DICG est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Les sociétés dont les titres sont cotés en bourse sont tenues de s'y conformer pour la première fois dans leur rapport annuel relatif à l'exercice 2002.

Alors que tous les autres chapitres de la DICG (chapitres 1 à 4 et 6 à 9) sont assujettis au principe selon lequel il convient de s'en tenir aux règles fixées ou alors d'exposer les motifs pour lesquels une société s'en est écartées - les dispositions du chapitre 5 de la DICG, relatives à la transparence des rémunérations, participations et prêts, sont contraignantes. L'obligation de transparence s'adresse aussi bien aux membres du conseil d'administration qu'aux membres de la direction générale (soit les tiers auxquels le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion au sens de l'art. 716b CO, qui sont immédiatement subordonnés au conseil mais n'en sont pas membres).

En résumé, les indications suivantes doivent être fournies:

- Les rémunérations (honoraires, salaires, notes de crédit, bonifications, avantages en nature) accordées par la société ou une société du même groupe, directement ou indirectement, aux membres du conseil d'administration et/ou de la direction générale, en distinguant d'une part les membres exécutifs et non exécutifs du conseil d'administration et en indiquant d'autre part séparément la rémunération octroyée au membre du conseil d'administration dont le montant global est le plus élevé, sans faire mention de son identité.
- Le nombre d'actions et d'options attribuées durant l'exercice aux membres du conseil d'administration, de la direction générale ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches, de même que le nombre de droits de participation détenus par ces personnes, en distinguant à nouveau les membres exécutifs des membres non exécutifs du conseil d'administration.

- Les honoraires et rémunérations additionnels que les membres du conseil d'administration, de la direction générale ainsi que les personnes qui leur sont proches ont facturés à la société ou à une société du même groupe, dans la mesure où cette somme atteint ou dépasse la moitié des rémunérations ordinaires des personnes concernées.
- Le montant global et les modalités des sûretés ainsi que des prêts, avances ou crédits en cours qui ont été accordés par la société ou une société du même groupe aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches.

En 2001 également, en coordination avec l'initiative visant à l'élaboration de la DICG, economiesuisse a mandaté un groupe d'experts afin de formuler, sur la base d'un large consensus, des recommandations en vue de l'élaboration d'un Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise (« Code suisse »). La plupart des organisations économiques et caisses de pension suisses ont déclaré y adhérer. Comme la DICG, il s'applique depuis le 1^{er} juillet 2002 à titre de recommandations. L'objectif visait à « rassembler dans un noyau commun les divers efforts d'amélioration de certains aspects du gouvernement d'entreprise » (cf. avant-propos au Code suisse). Le Code suisse a été adopté le 25 mars 2002.

Le Code suisse s'adresse en premier lieu aux sociétés suisses ouvertes au public, dont les titres sont cotés en bourse. Des sociétés ou organisations économiques importantes dont les titres ne sont pas cotés peuvent toutefois lui emprunter ses « idées directrices ».

Alors que le Code suisse ne revêt que le caractère de recommandations, le chapitre 5 de la DICG, « Rémunérations, participations et prêts » a force obligatoire. SWX Swiss Exchange a élaboré des règles de procédure, dont la violation peut être sanctionnée. Les sanctions envisageables ne s'adressent toutefois qu'à l'émetteur, et non aux personnes physiques qui agissent au nom de l'émetteur en qualité d'organe. Selon les informations transmises à la CER-N par Heinrich Henckel, directeur de l'instance d'admission, SWX Swiss Exchange ne dispose pas des bases légales suffisantes pour prendre des sanctions (directes) efficaces et l'instance d'admission ne peut pas contrôler le travail du réviseur.

Les premières expériences réalisées en Suisse et à l'étranger quant à la transparence des rémunérations ont peu à peu montré qu'il convenait d'envisager, au profit des investisseurs, des exigences plus détaillées que celles que prévoient la DICG ou l'iv pa Chiffelle (qui, au demeurant, ne requiert la transparence qu'à l'égard de deux types d'informations prescrites par la DICG seulement). La DICG réalise certes un *grand pas* vers la transparence, sous une forme jusqu'ici largement inconnue en Suisse, sans toutefois encore pleinement satisfaire aux standards internationaux. En effet, la DICG n'exige des sociétés suisses cotées en bourse ni la transparence individuelle des indemnités allouées à tout membre du conseil d'administration, ni la mention particulière

de la rémunération octroyée au membre de la direction générale dont le montant global est le plus élevé. De plus, la DICG ne s'adresse qu'aux sociétés dont les titres sont cotés en bourse. En outre, l'appréciation s'avère contradictoire, précisément quant aux indemnités et aux crédits alloués aux membres des organes dirigeants. L'intérêt à la transparence en la matière étant particulièrement important, les dispositions du chapitre 5 ont certes reçu force contraignante, mais les autorités de la bourse ne disposent pas d'un système de sanctions satisfaisant.

Un rapide survol de la situation juridique et économique dans les pays qui nous entourent montre que la tendance générale vise toujours davantage à une transparence plus détaillée. Ainsi, le Code de commerce français contient des dispositions en ce sens depuis le 15 mai 2001. Il en va de même de la partie B du « Combined Code » britannique (London Stock Exchange Listing Requirements), en vigueur depuis mai 2000. Il convient également de mentionner le « Deutsche Corporate Governance Codex » du 26 février 2002, ainsi que les § 285 HGB et § 161 AktG.

3. Motifs justifiant l'introduction d'une obligation de transparence des indemnités et crédits alloués aux membres des organes

Selon le Code suisse, « le gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes qui, tout en maintenant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise, dans l'intérêt des actionnaires, la *transparence* et un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle ». Le gouvernement d'entreprise tend en particulier à modeler le cahier des charges du conseil d'administration et de la direction générale de manière plus efficace et d'en rendre la mise en œuvre plus transparente et, partant, le contrôle possible. Contrairement à la définition allemande, la conception suisse a mis un accent particulier sur la transparence. Celle-ci est mise sur pied d'égalité avec le rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle.

3.1 Transparence sous l'angle de l'obligation de rendre compte

Le groupe de travail est d'avis qu'il convient d'adapter le droit de la société anonyme aux principes les plus importants du gouvernement d'entreprise qui ne sont pas encore mis en œuvre dans la réglementation actuelle, pour les motifs suivants: au sens large, il est possible de considérer l'organe supérieur de gestion et d'administration, soit le conseil d'administration et la direction générale, comme un mandataire des actionnaires (art. 394 CO). Le mandant a le droit essentiel d'être informé des activités exercées par le mandataire (art. 400 CO). Si tel n'était pas le cas, les mandants seraient dans l'impossibilité d'évaluer si les mandataires exécutent leurs tâches de manière diligente et s'ils engagent les ressources confiées de manière efficace et résolue (art. 398 et 400 CO). En d'autres termes, un contrôle efficace n'est pas possible sans information. En droit de la société anonyme, l'obligation de rendre compte du mandataire est

concrétisée par les comptes annuels (art. 662 ss CO) et le rapport annuel écrit (art. 663d CO).

Un point pose problème: conformément au droit de la société anonyme à tout le moins, les actionnaires ne disposent qu'une fois par année d'un compte-rendu relatif aux comptes ainsi qu'à d'autres informations; de plus, le rapport se limite aux éléments précisément définis par la loi. En outre, les actionnaires sont en règle générale dispersés et le plus souvent éloignés des décisions ainsi que des dirigeants de l'entreprise, sur les plans matériel, géographique et temporel.

Les carences du régime actuel de compte-rendu sont également confirmées si l'on examine la relation entre la société et ses organes sous l'angle du droit des sociétés: le rapport d'un organe à la société au sens des art. 698 ss CO est à plusieurs égards structuré d'une manière similaire au mandat. De la même manière qu'un mandant choisit son mandataire, l'assemblée générale nomme les membres du conseil d'administration (art. 698, al. 2, ch. 2, CO). La nomination contraint le conseil d'administration, en sa qualité d'organe de haute direction et de surveillance, à faire preuve de la même diligence qu'en cas de mandat entre la société et le conseil (art. 717 et 754 CO). De même que le mandant peut révoquer le mandat en tout temps sans indiquer de motifs (art. 404 CO), l'assemblée générale peut également révoquer les membres du conseil d'administration en tout temps sans indiquer de motifs (art. 705, al. 1, CO).

L'obligation de rendre compte présente également des similarités, quand bien même la réglementation actuelle en matière de droit des sociétés est un peu moins détaillée que l'art. 400 CO pour le mandat. Le conseil d'administration doit rendre compte périodiquement de ses activités aux actionnaires (art. 696, al. 1, CO). Le compte-rendu se compose du rapport annuel écrit, qui expose les événements importants pour la marche des affaires, la situation économique et financière (art. 663d CO) ainsi que du rapport financier, ou des comptes de groupe, soit les comptes annuels (art. 662 CO). Le rapport de gestion présente toutefois une lacune. Il manque une information absolument essentielle, dont un mandant dispose nécessairement ou qu'il serait en mesure d'exiger du mandataire en tout temps (art. 400 CO): le rapport de gestion indique bien les frais de personnel dans leur ensemble (art. 663, al. 3, CO) mais ne fournit aucune information spécifique au coût, pour les actionnaires, de l'exercice des fonctions de haute direction durant l'exercice. L'existence d'une lacune si essentielle paraît surprenante; il convient de se demander pourquoi une meilleure transparence des coûts n'a pas été requise avec davantage d'insistance plus rapidement. Alors que la réglementation allemande prévoit, depuis 1965 déjà (§ 160, al. 3, ch. 8, AktG), que le montant global des indemnités allouées aux membres du conseil de direction et du conseil de surveillance doit être publié, le sujet ne semble pas avoir été examiné lors des débats relatifs à la révision du droit suisse de la société anonyme de 1958 à 1991. Le message du Conseil fédéral concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983 (FF 1983 II 757 ss) n'aborde pas cette problématique.

Des considérations fiscales apportent un élément de réponse. Le droit de la société anonyme a toujours prévu que les actionnaires fixent les *tantièmes* accordés aux membres du conseil d'administration lors de l'assemblée générale (art. 627, ch. 2, art. 677 ss et, avant tout, art. 698, al. 2, ch. 4 CO). Dès lors que les membres du conseil d'administration sont rémunérés par l'octroi de tantièmes – comme cela était usuellement le cas il y a encore dix ou vingt ans – la décision que doivent prendre les actionnaires à cet effet leur permet automatiquement de prendre connaissance de la charge financière que représente le conseil d'administration pour la société. En outre, le montant d'une telle rémunération dépend du résultat de l'entreprise; en cas de pertes (et même lorsqu'un bénéfice modeste est réalisé, qui ne permet pas aux actionnaires de toucher un dividende supérieur à 5 %), la loi prohibe d'office l'attribution de tantièmes (art. 677 CO).

En matière fiscale, l'attribution de tantièmes est considérée comme une « part de bénéfice » proprement dite et, partant, comme un montant non déductible de l'assiette de l'impôt sur les sociétés. De ce fait, les entreprises se sont tournées vers d'autres formes de rémunérations, fiscalement plus avantageuses. Vu les taux croissants en temps de guerre (impôt pour la défense nationale, impôt sur les bénéfices de guerre, etc), les membres du conseil d'administration ont peu à peu songé à introduire le régime actuel, soit « *l'indemnité fixe* », que les autorités fiscales considèrent comme une charge déductible de l'assiette de l'impôt. Sous l'angle du droit des sociétés, un inconvénient s'oppose néanmoins à cet avantage fiscal, dans la mesure où le montant de la rémunération est déterminé non plus par l'assemblée générale mais par le conseil d'administration lui-même. Par là même, la transparence a également disparu.

Entre-temps, il est apparu que le système selon lequel le conseil d'administration détermine lui-même le montant de son indemnité fixe court-circuite non seulement la transparence (soit la clarté quant aux frais) mais évince aussi le processus décisionnel interne, notamment quant à la séparation des pouvoirs, pondérée de manière très détaillée par la loi. Les actionnaires ne sont plus impliqués en ce qui concerne la prise en charge des frais et le conseil d'administration peut continuer de percevoir les indemnités fixes qu'il a déterminées, voire augmenter leur montant, quand bien même les actionnaires perçoivent un dividende inférieur à 5 % ou n'en encaissent aucun (ou doivent même constater une perte au bilan). Le conseil d'administration n'est pas tenu d'informer les actionnaires des conditions posées au versement d'une indemnité fixe, ni des modalités retenues pour définir cette dernière, ni de son montant.

3.2. Opérations pour compte propre des membres du conseil d'administration

La détermination par les membres du conseil d'administration eux-mêmes du montant de leur rémunération - ce qui est aujourd'hui la règle - suscite aussi la critique sous l'angle de la représentation avec soi-même ou des *opérations pour compte propre* (« self dealing »; « Insichgeschäft »). Lorsqu'un partenaire contractuel représente

également l'autre partie au contrat, cela s'avère d'une part problématique eu égard à la séparation des pouvoirs au sein de la société; d'autre part, il en résulte un conflit d'intérêts quasi insoluble: il est impossible de défendre deux positions qui s'opposent avec la même force et le même engagement. Un membre d'un conseil d'administration qui, au nom de la société, conclut une opération pour compte propre ou qui s'octroie lui-même une indemnité à charge de la fortune sociale se trouve précisément dans une telle situation. Les membres du conseil d'administration sont des personnes autorisées à représenter la société et sont également tenues de veiller fidèlement aux intérêts de la société (cela signifie qu'en cas de doute, elles doivent en général plutôt fixer une indemnité modérée, afin de préserver la fortune sociale). Mais, ces mêmes personnes constituent leurs propres partenaires contractuels et, en leur qualité de créancier de la prestation, elles ont donc en principe un intérêt – et cela se comprend – à la fixation d'une indemnité élevée.

La problématique liée aux opérations pour compte propre n'est par ailleurs pas spécifique à l'indemnisation; elle se présente en principe pour *toute prestation* qu'une société octroie aux membres de ses organes (contrat avec les membres des organes, p. ex. prêt, cautionnement, délai de paiement, renonciation à une créance au profit des membres de ses organes). Le fondement de la prestation n'importe pas. Indifféremment du contenu et de la description de la prestation, l'octroi, par un membre d'un organe agissant au nom de la société, d'une prestation à l'un ou à l'ensemble des membres de ce même organe est dans tous les cas juridiquement discutable.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une opération pour compte propre ne peut en principe déployer d'effets juridiques, sauf à prouver qu'elle est conclue aux conditions usuelles ou qu'elle a été ratifiée par un autre organe, indépendant et éventuellement supérieur. Cet accord peut cependant être *tacite*; la jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet donc pas, au final, de mettre un frein à la multitude d'opérations pour compte propre qui sont conclues quotidiennement dans les sociétés et sont partiellement de nature à leur porter préjudice. En pratique, les deux réserves formulées par la jurisprudence fédérale (« conditions usuelles ou ratification ») s'avèrent peu efficaces; en outre, les sanctions qui relèvent du droit de la société anonyme n'ont pas d'effet ou ne sont pas assez incisives. Le droit de la société anonyme instaure certes une action en restitution particulière en cas de disproportion évidente entre les prestations de la société et les contre-prestations des actionnaires et des membres du conseil d'administration, ainsi que des personnes qui leur sont proches (art. 678 CO). Toutefois, l'actionnaire ne peut véritablement mettre en œuvre cette action de manière efficace que s'il est informé de cet état de fait – i. e. lorsque la transparence règne quant aux indemnités et autres contrats conclus en faveur des membres des organes. Conformément à la réglementation en vigueur, les sociétés ne sont tenues d'indiquer les crédits qu'elles ont octroyés, au débit de la fortune sociale, aux membres des organes dirigeants que si l'emprunteur dispose d'une participation de 20 % au capital social (art. 662a, al. 4, CO) soit, en pratique, lorsqu'il s'agit d'un « actionnaire important ».

3.3 Actions en possession des membres des organes

Une autre question se pose: les membres d'un organe doivent-ils également être tenus d'indiquer publiquement le nombre d'*actions* ou d'autres droits de participations de la société ainsi que d'éventuelles options sur de tels droits qu'ils détiennent ? Si l'on fait abstraction de l'exigence de « l'action d'administrateur » (« Pflichtaktie » ; art. 707, al. 1, 2^{ème} phr., CO), encore requise, la qualité d'actionnaire est aujourd'hui en principe distincte de celle d'organe de la société. La condition d'associé d'un membre du conseil d'administration n'a rien à voir avec sa nomination; le droit de la société anonyme se conforme au principe de la gestion par des tiers. Dans son message du 19 décembre 2001 concernant la révision du droit de la Sàrl (FF 2002 3086), le Conseil fédéral propose d'ailleurs de renoncer à l'exigence de « l'action d'administrateur » en droit de la société anonyme (art. 707 P CO).

En règle générale, lorsqu'un membre d'un organe détient des droits de participation, les risques typiques d'une opération pour compte propre ne surviennent pas (à l'exception peut-être des cas dans lesquels le conseil d'administration vend à ses membres des actions qu'il a rachetées, etc.). Il convient également d'estimer en principe la disposition des membres des organes dirigeants à supporter directement le risque économique en tant qu'actionnaire. De l'avis du groupe de travail, sous l'angle du gouvernement d'entreprise, il n'en demeure pas moins que l'actionnaire a un intérêt légitime de savoir si les membres du conseil d'administration et de la direction générale détiennent des droits de participation de la société et, le cas échéant, quelle est l'importance de leur participation. Il est également important que l'actionnaire sache si les membres des organes ont augmenté ou réduit leur participation au cours de l'exercice écoulé, quels sont les rapports entre les participations que détiennent chacun des membres des organes, si le conseil d'administration ou la direction générale compte des actionnaires importants (au sens de l'art. 663c CO, soit ceux dont la participation dépasse 5 % de l'ensemble des voix), voire même si les membres des organes dirigeants pris dans leur ensemble détiennent la majorité des actions. Ces réflexions montrent que l'indication globale des participations détenues par les membres du conseil d'administration n'est pas suffisante. Il s'avère au contraire nécessaire d'indiquer de manière individuelle les droits de participation et les options que détient chaque membre du conseil d'administration.

3.4. Personnes proches des membres des organes dirigeants

Afin d'éviter que les règles de transparence ne soient éludées, de bons motifs plaident par ailleurs pour inclure les personnes qui sont proches des membres du conseil d'administration et de la direction générale. Selon le commentaire de la SWX au chapitre 5 de la DIGC, qui fait référence à l'art. 678 CO, les personnes proches sont « des tiers

étroitement liés aux membres du conseil d'administration ou de la direction générale par des relations personnelles, commerciales, juridiques ou de fait. La notion de personnes proches doit être comprise de manière extensive. Un indice pouvant servir à déterminer si une personne est proche est le fait que la prestation n'aurait pas été fournie ou l'aurait été d'une autre manière vis-à-vis d'un tiers indépendant (à ce sujet, se référer également aux normes Swiss GAAP, RPC 15 et IAS 24). Les personnes proches peuvent être, par exemple, un avocat ou bureau d'avocats mandaté, le conjoint ou des personnes morales qui sont contrôlées par le conseil d'administration ou par certains de ses membres ».

Cette acception devrait permettre de saisir l'essentiel de ce que l'on entend aujourd'hui, en Suisse comme à l'étranger, par « personnes proches ».

4. Transparence en droit de la société anonyme

4.1 Aperçu

Fondé sur ce qui précède, le groupe de travail est d'opinion que les membres du conseil d'administration et de la direction générale devraient fournir publiquement des informations relatives à tous les domaines pour lesquels ils sont tenus de rendre compte aux actionnaires sur la base de leur condition, assimilable à celle d'un mandataire. La transparence est nécessaire afin de porter à la connaissance des actionnaires ce que les fonctions « conseil d'administration » et « direction générale » ont coûté à la société au cours de l'exercice. En outre, en ce qui concerne le conseil d'administration, la transparence s'avère également indispensable sur le plan juridique, afin de légitimer les prestations à la charge de la fortune sociale que le conseil d'administration octroie lui-même à ses membres en procédant par des opérations pour compte propre.

« *L'annexe* » (art. 663c CO), qui fait partie intégrante des comptes annuels, se prête particulièrement bien à la transparence. Si les informations relatives aux rémunérations et crédits accordés aux membres des organes figurent dans « l'annexe », il en découle sans autre que les informations publiées doivent faire l'objet d'un contrôle par l'organe de révision quant à leur conformité à la loi, plus particulièrement quant à leur exactitude et à leur complétude (art. 728, al. 1, CO). L'annexe fait en effet l'objet de la révision annuelle (art. 728 et 662, al. 2, CO). Le groupe de travail suggère de compléter l'art. 663b CO en conséquence (cf. *annexe* à ce rapport intermédiaire).

4.2. Champ d'application matériel

L'obligation de transparence inclut l'ensemble des prestations (rémunérations, prêts, etc...) que la société ou une société du même groupe octroie, directement ou indirectement sur une base contractuelle, aux membres du conseil d'administration et de la direction générale, ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches. Peu importe que les membres soient en fonction ou qu'ils aient cessé l'exercice de cette dernière. Les droits de participation à la société ou à une société du même groupe ainsi que les options sur ces droits de participation que détiennent les membres du conseil d'administration et de la direction générale ainsi que les personnes qui leur sont proches sont également inclus.

En principe, peu importe que le bénéficiaire soit membre d'un organe ou qu'il soit une personne proche de l'un d'entre eux. Juridiquement, il en découle que les traitements alloués à une personne *proche*, dès lors qu'ils satisfont aux critères de rémunération ou de prêt à un membre d'un organe, sont imputés au membre du conseil ou de la direction dont la personne est proche. Sans cette réglementation, que connaît par ailleurs également la DICG du 17 avril 2002, la porte est d'entrée ouverte à toute forme de tentative d'éluder la réglementation légale. Peu importe également que le destinataire de la prestation soit un membre du conseil d'administration ou de la direction générale.

En revanche, le groupe de travail est d'avis qu'il convient d'opérer une distinction entre le conseil d'administration et la direction générale relativement au *degré de détail* des informations à fournir.

- 4.2.1 Aux yeux du groupe de travail, il convient de publier à la fois le montant global ainsi que le montant individuel des rémunérations allouées à tout *membre du conseil d'administration*. Cette solution est motivée par la paralysie des principes de la séparation des pouvoirs en droit de la société anonyme et de la pesée des intérêts en droit des obligations, liée au « self dealing » (le conseil d'administration détermine de son propre chef les indemnités allouées à chacun de ses membres). Il convient dès lors de mettre en place un mécanisme qui permette aux actionnaires, par l'intermédiaire de la transparence, de contrôler le caractère usuel des indemnités que se sont allouées les membres du conseil d'administration ou à tout le moins de les ratifier par acte concluant après en avoir pris connaissance. Cette solution peut pallier le but de toutes les mesures juridiques qui visent à maîtriser le phénomène des « opérations pour compte propre », soit veiller à un rapport équilibré entre la prestation et la contre-prestation par la transparence et le caractère usuel ou la ratification. L'obligation de transparence encourage également l'autodiscipline: les membres des organes sont d'avance au fait de la publicité des indemnités liées à leur « mandat ». Quand bien même, exceptionnellement, une violation de la règle formulée à l'art. 678 CO devait être constatée, selon laquelle les prestations et

les contre-prestations qui découlent des contrats conclus avec les organes ne doivent pas être en disproportion évidente, alors les actionnaires sont informés de ce comportement grâce à la transparence. Il leur appartient dès lors d'examiner s'ils souhaitent s'y opposer. A cet effet, ils ne sont pas contraints de requérir préalablement un contrôle spécial au sens des art. 697a ss CO, une procédure lente et qui ne mène pas souvent au but.

Le groupe de travail a décidé de ne pas se laisser arrêter par un argument essentiel invoqué à l'encontre de la publicité des indemnités, suivant lequel, aux Etats-Unis, la communication des rémunérations aurait conduit à une *hausse* et non à une *baisse* de ces dernières. Si cette observation devait s'avérer exacte – ce qui n'est pas prouvé – il conviendrait d'examiner quelle est en la cause: la publicité induit-elle un phénomène de « spirale ascensionnelle » ou cette escalade ne cache-t-elle pas, indépendamment de la transparence en tant que telle, un comportement cartellaire des intéressés, voire un dysfonctionnement du marché des directeurs? En outre, selon le groupe de travail, ce thème hautement controversé est également matière à réflexion : dans l'hypothèse où la « spirale ascensionnelle » s'avérerait vérifiée en réalité, est-il vraiment judicieux d'en déduire que la tendance à la hausse sur la place économique suisse serait freinée, voire renversée, dès lors que le montant des indemnités allouées aux membres des organes dirigeants demeurerait *confidentiel*? Sur la base de ses réflexions, le groupe de travail tend plutôt à considérer que la transparence des indemnités contribue, à long terme, *davantage* qu'une politique de confidentialité à modérer la « spirale ascensionnelle ».

- 4.2.2 Les *membres de la direction générale* doivent en principe être traités de la même manière que les membres du conseil d'administration. Selon l'art. 716b CO, les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer la gestion à la direction générale, qui lui est directement subordonnée; l'art. 716a, al. 1, CO demeure réservé. Pour l'actionnaire, qui devrait avoir le droit de savoir ce que lui coûte la fonction exécutive, peu importe en principe que les frais de gestion à la tête de la société résultent du conseil d'administration ou de la direction générale. De ce fait, l'ensemble des rémunérations susmentionnées, les autres prestations contractuelles concédées par la société (comme les prêts, etc...) ainsi que les droits de participation et les options sur les droits de participation doivent également être publiés, de manière globale pour les membres de la direction générale.

En revanche, en ce qui concerne les membres de la direction générale pris individuellement, la transparence devrait être limitée à la rémunération octroyée au membre de la direction générale dont le montant est le plus élevé. L'absence de problèmes d'opérations pour compte propre quant aux rémunérations et crédits alloués aux membres de la direction générale justifie un traitement différencié du conseil d'administration et de la direction générale. C'est le conseil

d'administration et non la direction générale qui nomme les membres de cette dernière et, le cas échéant, les révoque dans l'exercice de leurs fonctions (art. 716*a*, al. 1, ch. 4, CO). C'est également le conseil d'administration qui établit les instructions nécessaires à l'attention de la direction générale (art. 716*a*, al. 1, ch. 1, CO) et qui définit la hiérarchie ainsi que les compétences au sein de la société (art. 716*b*, al. 2, CO). Il détermine finalement les traitements. Dans ces cas-là, le conseil d'administration n'est pas impliqué dans un conflit d'intérêts typique d'opérations pour compte propre; il suffit donc en principe d'informer les actionnaires quant au *coût global* de la direction générale mise sur pied par le conseil d'administration.

Comme la rémunération allouée au membre du conseil d'administration dont le *montant est le plus élevé* doit être rendue publique, il est inévitable de requérir également la transparence des indemnités allouées au membre de la direction générale dont le montant est le plus élevé. Lorsqu'une société a précisément adopté le système de la séparation des fonctions, qui est caractérisé par la désignation de deux personnes différentes à la présidence du conseil d'administration et à la tête de la direction générale, le traitement octroyé au président de la direction générale est, dans la plupart des cas, plus élevé voire bien plus élevé que celui du président du conseil d'administration. En prévoyant la transparence de la rémunération du membre de la direction générale dont le montant est le plus élevé, on évite qu'une personne reprenne la présidence de la direction générale plutôt que celle du conseil d'administration, afin de se soustraire à la transparence.

Il convient encore d'ajouter que les recherches entreprises par le groupe de travail ont montré qu'en 2003 déjà, quelques grandes sociétés publiques se sont résolues à indiquer de manière individuelle les traitements octroyés à tout membre de la direction générale. Dans certains États, la transparence individuelle des traitements alloués aux membres de la direction générale est déjà contraignante. Selon les sociétés concernées, cette pratique n'a à ce jour pas engendré d'inconvénients majeurs. Toutefois, comme les rémunérations allouées aux membres de la direction varient considérablement en fonction du continent, du pays, de la fonction exercée et du secteur économique, le groupe de travail renonce expressément, dans une première phase, à formuler un projet de réglementation légale qui contraindrait les sociétés à dévoiler les indemnités accordées de manière individuelle aux membres de la direction générale. Il convient bien davantage de laisser aux sociétés le soin de définir avec quel degré de détail elles souhaitent dévoiler les traitements au niveau de la direction générale, en sus de la rémunération la plus élevée.

4.3 Dissociation du champ d'application personnel

- 4.3.1 Les motifs juridiques analysés ci-dessus qui plaident pour la transparence des coûts de gestion à la tête de l'entreprise sont en principe valables aussi bien pour les sociétés cotées que pour les sociétés non cotées. Dans les deux cas, les principes du compte-rendu relatif au coût de la fonction exécutive et celui de la légitimité des rémunérations et crédits octroyés sous le régime des opérations pour compte propre s'appliquent de la même manière. Le groupe de travail en conclut donc que les principes du gouvernement d'entreprise qu'il convient d'ancrer dans le droit de la société anonyme – et plus particulièrement l'obligation de transparence – doivent relever du code des obligations aussi bien pour les sociétés cotées que pour les *sociétés non cotées*. Le groupe de travail souhaite néanmoins limiter la transparence aux sociétés qui revêtent une *importance économique considérable*.

Les sociétés cotées en bourse – comme déjà indiqué – sont soumises aux règles de transparence de la DICG. Cette dernière dispose même d'une force contraignante quant aux rémunérations et crédits alloués aux membres des organes dirigeants. Matériellement, la DICG est certes parfois plus détaillée, mais souvent clairement moins exigeante que la proposition de réglementation légale du groupe de travail. Cela plaide en faveur de l'application des prescriptions légales minimales aux sociétés cotées également. De plus, les sanctions envisageables de la DICG s'avèrent insuffisantes. Il est problématique de se contenter de normes qui, malgré leur importance capitale pour les entreprises et les investisseurs, ne peuvent finalement pas être mises en œuvre de manière efficace. Si les sociétés non cotées étaient soumises à un régime partiellement plus strict que les sociétés cotées sous l'angle matériel et dans l'ensemble plus contraignant dans sa mise en œuvre, l'inégalité de traitement poserait également problème. En outre, il convient d'indiquer que la DICG relève de l'autorégulation et que ses principes ne disposent au fond que d'une légitimité limitée qui ne s'avère pas suffisante dans un État de droit. La majorité de l'instance d'admission SWX Swiss Exchange est composée de hauts dirigeants d'entreprises, i.e. de destinataires immédiats de l'obligation de transparence. L'approbation de la Commission fédérale des banques au sens de l'art. 4, al. 2, LBVM a néanmoins considérablement accru la légitimité de la DICG. Finalement, il convient de rejeter l'idée selon laquelle d'éventuelles modifications essentielles de l'obligation de transparence relative aux rémunérations et crédits aux membres des organes devraient être soumises à des procédures différentes, selon qu'elles concernent les sociétés cotées ou les sociétés non cotées.

- 4.3.2 De l'avis du groupe de travail, les nouvelles dispositions ne doivent en revanche pas s'appliquer à toutes les sociétés anonymes non cotées mais seulement à celles qui revêtent une *importance économique considérable*. Les critères de taille déjà fixés à l'art. 727b, al. 2, ch. 3, CO permettent en principe de définir

un seuil. Matériellement, ces critères ont certes trait à l'obligation de désigner un réviseur particulièrement qualifié. Ils reflètent néanmoins l'idée de base selon laquelle seules les sociétés anonymes de taille moyenne ou de grande taille sont tenues de se conformer à certaines obligations déterminées.

Ainsi, les règles du gouvernement d'entreprise nouvellement prévues par la loi ne s'appliquent, selon la conception élaborée par le groupe de travail, que dans la mesure où, durant deux exercices consécutifs, la société constitue un employeur important d'une part et dépasse l'un des *deux* critères de taille financiers d'autre part, soit lorsque :

- la société dispose d'une moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps, **et**
- qu'elle présente un total du bilan de 20 millions de francs **ou** un chiffre d'affaires de 40 millions de francs.

Cette proposition *déroge* au régime de l'art. 727b CO à double titre :

a) L'obligation de transparence des rémunérations et crédits octroyés aux membres des organes dirigeants est limitée aux sociétés non cotées qui exercent véritablement une activité *entrepreneuriale*, c'est-à-dire celles qui prennent part à la vie économique en qualité d'offrant en investissant systématiquement des fonds propres et en occupant des forces de travail. La distinction s'opère sur la base de la moyenne annuelle de 200 emplois à plein temps, un critère impératif, qui doit toujours être rempli, à la différence de la conception des « deux critères parmi trois » retenue à l'art. 727b CO. En d'autres termes, seules les sociétés anonymes non cotées qui disposent de *plus de 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle* sont soumises à l'obligation de transparence. En appliquant ces critères, toutes les sociétés holding (à l'exception toutefois des plus grandes, qui disposent d'un état-major de 200 personnes, et des sociétés faitières d'un groupe, cf. ci-dessous let. b), les sociétés immobilières, les sociétés dont l'activité se limite à la détention d'actifs, les sociétés d'administration ainsi que les sociétés qui n'ont que leur siège en Suisse, de même que toutes les sociétés anonymes actives mais qui ne disposent pas de 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle – qui composent encore la très grande majorité des sociétés sur le plan quantitatif – sont libérées de l'obligation de transparence en ce qui concerne les rémunérations et les crédits alloués aux membres des organes dirigeants.

b) A l'inverse, il est indispensable de considérer la situation sous l'angle de la *consolidation*. Si l'on se référait uniquement aux sociétés prises individuellement, la mise sur pied d'un holding réduirait presque toujours à néant le contrôle des actionnaires. La société holding ne serait soumise à aucune obligation de transparence, dans la mesure où elle ne satisfait pas au critère des 200 emplois

à plein temps en moyenne annuelle ; parmi les sociétés filles qui disposent de plus de 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle, la transparence demeurerait limitée à l'intérieur du groupe, ce qui ne serait guère opportun. La conception du groupe retenue ici s'approche tant que faire se peut de celle de l'art. 663e, al. 1, CO.

- 4.3.3 Sur cette base, le groupe de travail formule la proposition suivante : une société anonyme dont les titres ne sont pas cotés en bourse est soumise à l'obligation de transparence dès lors qu'elle exerce une activité entrepreneuriale et qu'il est possible de la considérer comme une entreprise « économique de taille moyenne », *aussi bien* en ce qui concerne le nombre d'emplois à plein temps *que les données comptables*, c'est-à-dire lorsqu'elle dispose de 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle d'une part, *et* lorsqu'elle présente, d'autre part, un total du bilan supérieur à 20 millions de francs *ou* un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions de francs,

Le groupe de travail se réserve le droit d'examiner en temps utile s'il ne conviendrait pas, malgré tout, de soumettre également les *petites* entreprises à l'obligation de transparence en matière de rémunération et de crédits aux membres des organes dirigeants. Il présentera le cas échéant une proposition en ce sens dans son rapport final du 30 septembre 2003.

4.4 Sanctions ; conséquences de la violation de l'obligation de transparence

Dès lors que *l'obligation de transparence* en matière de rémunérations et de crédits alloués aux membres des organes dirigeants relève du droit de la société anonyme, le non-respect de cette obligation constitue une *violation d'un devoir imposé par le droit de la société anonyme*, dont le système de sanctions repose sur plusieurs piliers.

- 4.4.1. **Vérification par un organe de révision** : quand bien même la vérification par un réviseur externe indépendant (art. 727 ss CO) ne représente pas en soi une « sanction » au sens usuel du terme, ce procédé implique toutefois un renforcement efficace dans la mise en œuvre des dispositions du droit de la société anonyme qui ont trait à la révision des comptes. L'organe de révision doit vérifier que les comptes annuels sont conformes aux exigences légales ; s'il constate que la loi n'est pas respectée, il doit en aviser le conseil d'administration ainsi que, dans les cas graves, l'assemblée générale (art. 728 et 729b CO). Ainsi, la vérification constitue une première mesure importante avant la sanction, dans le contexte général de l'obligation de rendre compte des états financiers d'une entreprise – que la sanction soit interne (exercée par le conseil d'administration lui-même, qui se conforme à la loi) ou externe (mise en œuvre

alors par les actionnaires qui s'assurent du respect de leurs droits). L'obligation de transparence relative aux rémunérations et crédits alloués aux membres des organes dirigeants s'insère sans problème dans ce concept, si la réglementation qui s'y réfère est introduite dans la disposition concernant « l'annexe ». En effet, l'art. 662, al. 2, CO dispose que : « les comptes annuels se composent du compte de profits et pertes, du bilan et de l'annexe ».

- 4.4.2. ***Sanctions internes par le conseil d'administration*** : les événements peu réjouissants qui se sont produits depuis 2001, aussi bien en Suisse que sur les marchés internationaux, ne doivent pas occulter qu'une grande majorité des conseils d'administration se sont efforcés et s'efforcent toujours de se conformer à la loi ainsi qu'aux autres normes applicables. Les discussions furent dominées par une douzaine de cas dans lesquels le conseil d'administration n'a pas respecté la réglementation légale, alors que les innombrables situations dans lesquelles les conseils d'administration ont satisfait à leurs obligations demeurent dans l'ombre. Selon la conception helvétique des sanctions, le conseil d'administration joue un rôle capital, comme l'indiquent en général l'art. 716a, al. 1, ch. 5, CO (haute surveillance) et plus particulièrement l'art. 716a, al. 1, ch. 4, CO (droit de révocation) et l'art. 726 CO (pouvoir de suspendre un dirigeant dans l'exercice de ses fonctions). Le conseil d'administration est habilité à démettre de ses fonctions un membre de la direction générale qui se comporte de manière illicite ou même à révoquer d'un comité un membre du conseil. Quand bien même l'assemblée générale élit directement le président du conseil d'administration, le conseil peut provisoirement suspendre ce dernier dans l'exercice de sa fonction (art. 726 CO) et immédiatement convoquer une assemblée générale extraordinaire.
- 4.4.3 ***Droits des actionnaires à l'information*** : les actionnaires ne sont en mesure d'apprécier les montants de manière critique et de requérir des *compléments d'information ou des éclaircissements* qu'une fois l'obligation de transparence des rémunérations et des crédits alloués aux membres des organes dirigeants introduite ; en effet, sans certaines connaissances préalables, les actionnaires ne sont pas à même de poser des questions ciblées. L'art. 697 CO (« *droit aux renseignements et à la consultation* ») est ainsi considérablement renforcé dans sa substance et revêtra en pratique une importance plus considérable. Les actionnaires peuvent même mettre en œuvre une « *vérification* de tout ou partie de la gestion par des experts » (art. 731, al. 2, CO) ou faire exécuter un *contrôle spécial* (art. 697a ss CO).
- 4.4.4 ***Sanctions par les actionnaires : garantie de leur droit de vote*** : les actionnaires peuvent donner un retentissement considérable à l'allégation selon laquelle un (ou plusieurs) membre(s) du conseil d'administration n'auraient pas satisfait à leurs obligations légales avant l'assemblée générale déjà, en exerçant leur *droit de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour* (art. 699, al. 3,

CO). Ils sont également au bénéfice d'un *droit de faire des propositions* ; les propositions émanant d'un cercle d'actionnaires doivent être portées à la connaissance de l'ensemble d'entre eux en même temps que la convocation (art. 700, al. 2, CO). Sur cette base, les actionnaires ont la possibilité de ne pas réélire, de révoquer ou de refuser la décharge aux membres du conseil d'administration qui n'ont pas respecté leurs obligations, en exerçant leur droit de vote lors de l'assemblée générale. Outre ses conséquences juridiques immédiates (art. 758 CO), le refus de la décharge, qui s'exprime par un vote de méfiance, constitue en pratique une sanction dont l'impact psychologique est important, non seulement pour la personne concernée mais aussi quant à sa position dans l'entreprise et quant à la renommée de la société dans son ensemble.

4.4.5 ***Droit d'action des actionnaires*** : finalement, les actionnaires peuvent faire valoir leurs droits d'action et mettre en cause aussi bien les membres du conseil d'administration que ceux de la direction générale :

- en ouvrant une *action en responsabilité*, si le comportement illicite a conduit à la survenance d'un dommage (art. 754 et 756 CO) ;
- en ouvrant une *action en restitution*, lorsqu'un membre d'un organe ou une personne qui lui est proche a reçu de la société une prestation en disproportion évidente avec la contre-prestation (art. 678 CO) ;
- en ouvrant une *action en nullité* d'une décision du conseil d'administration (art. 714 CO).

4.4.6 ***Code pénal suisse*** : au surplus, le Code pénal suisse réprime certains comportements qui ont leur importance en droit de la société anonyme, comme la *gestion déloyale* (art. 158 CP) ou les *faux renseignements sur des entreprises commerciales* (art. 152 CP).

5. Conclusion ; perspectives

Fondé sur ce qui précède, le groupe de travail est en mesure d'apporter les *réponses* suivantes aux questions qui lui ont été posées, en réservant toutefois expressément les conclusions de son rapport final du 30 septembre 2003 :

Question n° 1 Les indemnités allouées par les sociétés cotées en bourse aux *membres du conseil d'administration* doivent être publiées chaque année. La transparence est à la fois globale et individuelle, pour tout membre du conseil d'administration.

Question n° 2 En ce qui concerne les indemnités octroyées aux *membres de la direction générale*, soit les personnes qui ne font pas partie du conseil d'administration mais qui lui sont immédiatement subordonnés au sens de l'art. 716b, al. 2, CO, la transparence s'applique d'une part au montant global des indemnités allouées ainsi qu'au montant accordé au membre dont la rémunération est la plus élevée d'autre part. Pour les membres de la direction générale, la loi ne devrait pas prescrire d'obligation de transparence plus détaillée.

Question n° 3 Les dispositions du code des obligations relatives à la transparence doivent être *plus contraignantes* que l'annexe à la DICG de SWX Swiss Exchange du 17 avril 2002 quant à leur champ d'application et quant à leur contenu :

- a) Le *champ d'application* de l'obligation de transparence en droit de la société anonyme ne doit pas être limité aux sociétés cotées en bourse mais ouvert aux sociétés anonymes *non cotées* actives sur le plan entrepreneurial qui revêtent une importance économique considérable, qu'elles soient actives à titre individuel ou dans le cadre d'un groupe (en y incluant alors les autres sociétés qu'elles regroupent sous une direction unique) ;
- b) *Matériellement*, l'obligation de transparence ne doit pas viser uniquement les rémunérations de toute nature octroyées aux membres des organes, mais aussi les ouvertures de crédits en faveur de ces derniers durant l'exercice ainsi que *l'état* (à la date de référence du bilan) des actions ou d'autres droits de participation, des options sur droits de participation et des crédits qui leur ont été accordés.

Question n° 4 Les *informations* relatives aux rémunérations et crédits octroyés aux membres des organes dirigeants devraient figurer à l'art. 663b CO (« *Annexe* »). Ainsi, elles sont automatiquement soumises au contrôle de l'organe de révision, plus particulièrement, selon la proposition du groupe de travail, d'un *réviseur particulièrement qualifié* au sens de l'art. 727b CO.

Le *système légal des sanctions* est suffisant pour mettre en œuvre l'obligation de transparence (vérification par un réviseur particulièrement qualifié, droit d'ingérence du conseil d'administration, droits des actionnaires à l'information, exercice du droit de vote par les actionnaires lors de l'assemblée générale, droit préalable de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, droit de faire des propositions, éventuellement contrôle spécial, droit d'action des actionnaires). Une

exception demeure toutefois : *l'action en restitution* de l'art. 678 CO mérite d'être renforcée ; le groupe de travail envisage de faire d'autres propositions à cet égard, ainsi que sur divers éléments du droit de la société anonyme sous l'angle du gouvernement d'entreprise, dans son rapport final du 30 septembre 2003.

Le groupe de travail a adopté ce rapport à l'unanimité lors de sa séance du 25 mars 2003.

Bâle, Zurich, Lausanne, le 25 mars 2003

Art. 663*b*, al. 2 à 8 (nouveaux)

¹ L'annexe contient les informations suivantes:

[...]

² L'annexe contient, pour l'exercice achevé ainsi que pour l'exercice précédent, des informations complémentaires lorsque, durant deux exercices consécutifs, la société, y compris les entités qu'elle réunit avec elle sous une direction unique (groupe de sociétés):

- a. recense 200 emplois à plein temps en moyenne annuelle;
- b. présente un total du bilan supérieur à 20 millions de francs ou un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions de francs.

³ Les informations complémentaires se réfèrent aux prestations octroyées aux membres du conseil d'administration, aux tiers auxquels tout ou partie de la gestion a été déléguée (direction générale), ainsi qu'aux personnes qui leur sont proches, directement ou indirectement, par la société ou d'une société du même groupe.

⁴ Par prestations, on entend notamment:

- a. les honoraires, les salaires et les participations au résultat de l'exploitation;
- b. les bonifications;
- c. les notes de crédit;
- d. les avantages en nature;
- e. l'attribution de droits de participation de la société ou d'une société du même groupe ou d'options sur ces droits de participation;
- f. les indemnités de départ;
- g. les tantièmes ;
- h. les cautionnements et l'octroi d'autres sûretés;
- i. les remises de dette et la renonciation partielle à une prestation.

⁵ L'annexe contient:

- a. le montant global des prestations accordées aux membres du conseil d'administration dans leur ensemble, ainsi que le montant des prestations accordées à chaque membre du conseil d'administration;
- b. le montant global des prestations accordées à la direction générale ainsi que le montant des prestations accordées au membre de la direction générale dont la rémunération est la plus élevée.

⁶ L'annexe contient également, à la date de référence du bilan, pour les membres du conseil d'administration, les membres de la direction générale ainsi que les personnes qui leur sont proches, des informations structurées de la même manière concernant:

- a. le nombre de droits de participation de la société ou d'une société du même groupe et d'options sur de tels droits qu'ils détiennent ;
- b. le montant des prêts et des autres crédits qui leur ont été octroyés par la société ou une société du même groupe.

⁷ L'annexe contient les mêmes informations pour les membres du conseil d'administration et les membres de la direction générale qui ont cessé l'exercice de leurs fonctions durant les deux derniers exercices annuels.

⁸ Lorsque les droits de participation d'une société sont cotés en bourse, les dispositions plus détaillées du droit boursier demeurent réservées.