

Fondation Ethos
Place Cornavin 2
Case postale
CH-1211 Genève 1
T +41 (0)22 716 15 55
F +41 (0)22 716 15 56
www.ethosfund.ch

Office fédéral de la justice OFJ
Office fédéral du registre du commerce OFRC
Bundesrain 20
CH-3003 Berne

Genève, le 25 juillet 2013

Commentaires de la Fondation Ethos relatifs à l'avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

A. INTRODUCTION

La Fondation Ethos regroupe actuellement 143 investisseurs institutionnels suisses dont la majorité est formée de caisses de prévoyance suisses soumises à la Loi sur la Prévoyance Professionnelle (LLP). En ce sens, la Fondation Ethos est particulièrement concernée par la mise en œuvre de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ».

Dans le cadre de la procédure d'audition de l'avant-projet d'ordonnance ouverte par le Département Fédéral de Justice et Police (DFJP), la Fondation Ethos émet les commentaires ci-dessous.

B. COMMENTAIRES DE LA FONDATION ETHOS

Articles 1 à 6

Pas de commentaire

Article 7 – Comité de rémunération

alinéa 2

L'alinéa 2, à savoir que seuls les membres du conseil d'administration sont éligibles, est très important. En effet, c'est le conseil d'administration qui a l'attribution intransmissible et inaliénable notamment de nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion, ainsi que d'établir le rapport de rémunération. Il a donc un ensemble de responsabilités liées à la fixation des rémunérations des instances dirigeantes. Il ne serait donc pas souhaitable d'étendre à d'autres personnes la possibilité d'être élues au comité de rémunération.

Article 8

Pas de commentaire

Article 9 – Octroi des pouvoirs et instructions

L'alinéa 2 prévoit que les actionnaires aient la possibilité de donner des instructions générales au représentant indépendant sur les propositions non annoncées. En l'occurrence, dans le rapport explicatif du DFJP, il est prévu qu'ils puissent donner l'instruction d'accepter ces propositions, de les refuser, de s'abstenir ou de voter comme le conseil d'administration.

Pour Ethos, la possibilité de donner au représentant indépendant l'instruction de voter comme le conseil d'administration n'est pas acceptable. En effet, cela revient à réintroduire en quelque sorte la possibilité d'être représenté par un membre des organes, un point qui est clairement proscrit par l'art. 95, al. 3, let. a Cst. La volonté est de ne pas permettre une telle représentation, y compris pour les propositions non annoncées. Au vu de l'importance que va prendre le représentant indépendant dans le futur, il est nécessaire d'empêcher qu'il puisse voter sur instruction « comme le conseil d'administration », sous peine de biaiser significativement le résultat des votes.

Article 10 – Obligations du représentant indépendant

Au vu de la grande proportion de voix qui est aux mains du représentant indépendant, il est essentiel que celui-ci ne communique pas au conseil d'administration les positions de vote qu'il détient avant le vote en assemblée générale. En effet, cela permettrait au Conseil d'adapter sa communication et sa stratégie par exemple en réaction à un nombre important de votes critiques. Il y aurait ainsi asymétrie d'information sur le vote des actionnaires, ceci avant l'assemblée générale.

Ethos propose donc d'ajouter un alinéa supplémentaire aux obligations du représentant indépendant :

^{3/} Le représentant indépendant garde la confidentialité des votes exprimés, y compris vis-à-vis des organes de la société.

Article 11

Pas de commentaire

Article 12 – Dispositions statutaires

alinéa 1, chiffre 1

L'art. 95, al. 3, let. c Cst. prévoit que le nombre maximal de mandats soit fixé dans les statuts afin de limiter les situations où un membre d'un conseil d'administration a trop de mandats externes et par conséquent plus suffisamment de temps à consacrer à la société. Pour pouvoir apprécier le nombre de mandats d'une personne, il faut impérativement préciser qu'il s'agit des mandats au sein de sociétés suisses ou étrangères.

Ethos propose de compléter le chiffre 1 de la manière suivante :

1. *le nombre de fonctions admises (...) d'entités juridiques suisses et non suisses qui ont l'obligation de s'inscrire au registre du commerce ou au registre étranger correspondant, et qui ne sont pas contrôlées par la société (...).*

alinéa 2, chiffre 3

L'art. 95, al. 3, let. c Cst. prévoit de manière explicite que les statuts règlent « les plans de bonus et de participation ». La formulation proposée par l'ordonnance est insuffisante puisqu'elle prévoit uniquement que les statuts règlent « les principes de l'octroi de titres de participation ». En effet, « régler les plans » signifie de pouvoir en maîtriser le fonctionnement. Au vu de la complexité de ces plans, il est impossible de les maîtriser en étant informé uniquement des « principes de l'octroi de titres de participation ».

Afin de donner aux actionnaires la compétence prévue par l'initiative et souhaitée par le souverain, Ethos propose d'adopter l'une des deux solutions suivantes pour la formulation du chiffre 3 :

1) Solution 1 :

3. *L'intégralité des différents plans de bonus et de participation (en annexe aux statuts).*

2) Solution 2 :

3. *Les caractéristiques suivantes de chacun des plans de bonus ou de participation :*
 - *L'éligibilité, à savoir les catégories de bénéficiaires du plan.*
 - *Le type d'attribution (espèces, actions, options).*
 - *La part du capital réservé au plan.*
 - *La durée totale du plan et la période de blocage.*
 - *Les conditions de performance, les conditions d'attribution définitive (vesting) et le prix d'exercice.*
 - *Les éventuelles attributions supplémentaires à la fin de la période de blocage (matching shares).*
 - *Les limites individuelles d'attribution.*
 - *Le potentiel de variation du nombre d'actions ou d'options attribuées en fonction de la réussite d'objectifs de performance.*

Le libellé du chiffre 3 est d'autant plus important qu'une très grande part (souvent même la majorité) de la rémunération des instances dirigeantes des sociétés cotées correspond à des titres de participation. Il est donc particulièrement crucial que les actionnaires puissent se prononcer sur le fonctionnement de ces plans.

Finalement, il est intéressant de relever que le contre-projet indirect à l'initiative populaire avait également prévu des dispositions spécifiques sur ce sujet. En l'occurrence, il prévoyait que les actionnaires puissent se prononcer sur le règlement de rémunération, celui-ci comprenant une présentation détaillée des différents plans de bonus et de participation.

Article 13

Pas de commentaire

Article 14 – Indemnités versées

alinéa 1, chiffre 4

L'objectif de cette disposition est de rendre transparente les rémunérations versées aux anciens membres des organes, afin de mettre en lumière les conflits d'intérêt éventuels. Pour éviter tout problème d'interprétation quant aux indemnités versées aux anciens membres des instances dirigeantes (notamment en cas de mandats de consultant), Ethos propose la formulation simplifiée suivante :

4. *toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ~~lorsqu'elles sont en relation avec leur ancienne activité d'organe de la société ou lorsqu'elle ne sont pas conformes aux conditions du marché~~ ; les prestations de prévoyance professionnelles ne sont pas visées.*

Articles 15 à 17

Pas de commentaire

Article 18 – Rémunérations

alinéa 2

Si un montant global de rémunération n'était pas approuvé, il est prévu que le conseil d'administration puisse immédiatement soumettre une nouvelle proposition aux actionnaires lors de la même assemblée générale.

Ethos est opposé à cette possibilité. En effet, la grande majorité des investisseurs institutionnels (qui détiennent habituellement la majorité du capital) n'assistent pas directement aux assemblées générales, mais se font représenter par le représentant indépendant. Au vu de la complexité des systèmes de rémunération, il n'est pas possible de donner une instruction générale nuancée au représentant indépendant pour que celui-ci puisse voter de manière cohérente dans le cas d'une deuxième proposition du conseil d'administration. En réalité, les institutionnels n'ont pas d'autre choix que de donner l'instruction de voter systématiquement contre toute nouvelle proposition du conseil d'administration. La possibilité d'un deuxième vote sur un montant global alternatif n'engendrerait donc que de la confusion.

Article 19 – Montant complémentaire

Le rapport explicatif du DFJP précise que les statuts devront prévoir notamment un montant supplémentaire concret ou « au moins clairement calculable par les actionnaires ». Cette formulation n'est pas satisfaisante. En effet, en ce qui concerne les indemnités de la Direction, l'initiative prévoit que l'assemblée générale vote sur le montant global, à savoir un montant concret. Il n'y a donc pas de raison d'être plus souple pour un éventuel montant complémentaire au sens de l'article 19.

Ethos propose que le rapport explicatif précise que tout montant supplémentaire doit impérativement être défini dans les statuts de manière concrète.

Articles 20 et 21

Pas de commentaire

Article 22 – Obligation de voter

i) Obligation de vote

L'initiative populaire impose sans ambiguïté l'obligation de vote pour les institutions de prévoyance. Or, la formulation proposée par l'avant-projet d'ordonnance ne respecte pas la volonté populaire exprimée dans l'art. 95, al. 1, let. a Cst. En effet, la formulation actuelle permet aisément à une institution de prévoyance de contourner l'obligation de vote. Il suffit que le conseil de fondation définisse de manière restrictive ce qu'il entend par « l'intérêt des assurés » en lien avec le vote, afin de pouvoir renoncer au vote.

L'exemple suivant permet d'illustrer cette faille dans l'obligation de vote. Imaginons que le conseil de fondation définisse que l'institution doit détenir au minimum 0,1% du capital d'une société pour que ce soit dans « l'intérêt des assurés » qu'elle exerce ses droits de vote. Sachant que la capitalisation globale des sociétés comprises dans l'indice SPI est approximativement de CHF 1'000 milliards, cela signifierait qu'un actionnaire devrait détenir un milliard de francs d'actions suisses pour avoir 0,1% du capital des sociétés cotées en Suisse. Sachant que les institutions de prévoyance détiennent en général environ 10% de leur fortune en actions suisses, cela signifierait que pour détenir un milliard de francs d'actions suisses, il faudrait avoir une fortune d'au moins CHF 10 milliards. On constate aisément que la « règle du 0,1% » permettrait à la très grande majorité des institutions de prévoyance de renoncer à l'exercice des droits de vote « dans l'intérêt des assurés ».

Il faut préciser que l'actionnariat des sociétés cotées en bourse est souvent très atomisé. C'est la raison pour laquelle il est important que tous les actionnaires ayant la même approche orientée à long terme exercent leurs droits de vote, même si leur poids individuel semble relativement faible à certains. Cette volonté a été clairement formulée dans l'initiative populaire et Ethos considère que l'ordonnance doit en tenir compte.

Dans cet esprit, Ethos propose que la définition de ce que l'on entend par « l'intérêt des assurés » soit précisée dans l'ordonnance elle-même et non pas laissée à la discrétion du conseil de fondation des institutions de prévoyance. Cela garantirait une application uniforme du concept, ce qui présente davantage d'équité pour les assurés qui ne peuvent pas choisir leur caisse de prévoyance. Ethos propose de compléter l'alinéa 2 de la manière suivante et de supprimer les alinéas 3 et 4 :

2/ Elles votent dans l'intérêt des assurés, à savoir l'intérêt à long terme, financier et non financier, des actionnaires de la société et de ses autres parties prenantes. S'il n'existe aucun motif significatif pour approuver ou refuser un point à l'ordre du jour, elles s'abstiennent.

^{3/} supprimé

^{4/} supprimé

ii) Placement collectifs

Par ailleurs, une part significative des investissements en actions des institutions de prévoyance sont effectués par le biais de placements collectifs. Dans ce cas, l'investisseur n'a, en principe, pas le contrôle des droits de vote pour la part d'actions qu'il détient de manière indirecte.

Néanmoins, Ethos est d'avis qu'il faut traiter de manière distincte les placements collectifs effectués

au sein de fondations de placement qui sont constituées conformément à l'art. 53g ss LPP. En effet, ces fondations de placement ont été créées spécifiquement pour servir la prévoyance professionnelle. L'organe faitier de ces fondations, la KGAST (Conférence des administrateurs de Fondation de placement) communique que la fortune gérée par ses membres s'élève à CHF 88 milliards au 31.12.2012, soit près de 15% du deuxième pilier suisse. Au vu de l'importance de ces fondations de placement et de leur orientation spécifique pour la prévoyance professionnelle, Ethos est d'avis que l'obligation de vote doit être étendue à ces institutions. A cet effet, Ethos propose de compléter l'art. 22, alinéa 1 comme suit :

1/ les institutions de prévoyance soumises à la loi du 17.12.1993 sur le libre passage et les fondations de placement constituées conformément à l'art. 53g ss LPP doivent exercer les droits de vote liés aux actions qu'elles détiennent lors de l'assemblée générale.

iii) Prêts de titres

L'obligation de vote implique que l'institution de prévoyance renonce à prêter ses titres (securities lending) en période d'assemblée générale. Si une institution de prévoyance a octroyé un mandat de prêt de titres, il est nécessaire qu'elle donne l'instruction d'interrompre le prêt de titres autour de la date d'enregistrement prise en compte pour calculer le nombre de titres donnant un droit de vote. A ce sujet, Ethos propose le nouvel alinéa 3 suivant :

3/ Le prêt de titres est interdit s'il empêche l'exercice des droits de vote dans l'intérêt des assurés.

Article 23 – Obligation de communiquer

L'art. 95, al. 3, let. a Cst. demande de manière explicite que les institutions de prévoyance communiquent ce qu'elles ont voté. En effet, il est considéré comme légitime que les assurés aient connaissance de la manière dont les droits de vote qu'ils détiennent indirectement à travers leur avoir de prévoyance ont été exercés. A cet effet, il est indispensable de communiquer les positions de vote pour chaque point de l'ordre du jour de chaque assemblée générale. Une telle information peut aisément être fournie par le biais d'internet et n'engendrera pas une charge disproportionnée pour les institutions de prévoyance. Cette exigence de transparence doit également s'appliquer aux fondations de placement (voir article 22, commentaire ci-dessus).

La formulation proposée par l'avant-projet d'ordonnance ne satisfait pas l'exigence de transparence complète, puisqu'elle ne requiert qu'un rapport synthétique en la matière. Ethos propose de modifier l'article 23 de la manière suivante :

Les institutions de prévoyance soumises à la LFLP et les fondations de placement constituées conformément à l'art. 53g ss LPP informent leurs assurés et leurs membres une fois par an au moins dans un rapport ~~synthétique~~ détaillé de la manière dont elles ont rempli leur obligation de voter.

Articles 24 à 33

Pas de commentaire