

Bundesamt für Justiz
Eidg. Amt für das Handelsregister
Bundesrain 20, 3003 Bern
ehra@bi.admin.ch

Bern, 28. Juli 2013 sgv-Sc

Anhörungsantwort Verordnung gegen die Abzockerei

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Gewerbeverband sgV, die Nummer 1 der Schweizer KMU-Wirtschaft, vertritt 250 Verbände und gegen 300'000 Unternehmen. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich die Dachorganisation sgV für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Der Schweizerische Gewerbeverband sgV lehnte die Volksinitiative gegen die Abzockerei ab. Mit ihrer Annahme durch den Souverän ist es nun notwendig, einerseits den Willen des Volkes umzusetzen und andererseits die Konsistenz des Schweizer Wirtschaftsrechts zu bewahren. Der vorgeschlagenen Verordnung ist diese Abwägung zumeist gelungen. Der sgV, der sich hier ausschliesslich zum Verordnungsentwurf und nicht zum Verfassungstext äussert, befürwortet die hier gemachten Vorschläge, wenn die unten stehenden Korrekturen und Präzisierungen vorgenommen werden.

I. Allgemeines, Geltungsbereich und Ausübung des Stimmrechtes

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Verordnung die Modalitäten der Handhabung von Vergütungen für die Organe börsenkotierter Aktiengesellschaften und daraus möglicherweise entstehenden strafrechtlichen Konsequenzen behandelt. In diesem Sinne ist es zweckdienlicher, wenn der Name der Verordnung dieses umschreiben würde. Es ist materiell nicht so, dass der entworfen Text "die Abzockerei" regelt - noch viel weniger wahrscheinlich ist es, dass es nach dem Inkrafttreten der Verordnung keine "Abzockerei" geben wird. Der Grund liegt im Begriff der Abzockerei, der kein Rechtsbegriff ist und damit nicht geregelt werden kann. Ein sachdienlicher Titel wäre auch aus systematischen Überlegungen zu bevorzugen.

Dann lässt Art. 1 des Entwurfs den Geltungsbereich der Verordnung offen. Insbesondere in den Detailfragen wird dieser Geltungsbereich nicht näher definiert. Beispielsweise ist es kaum vorstellbar, dass die Verordnung auch ausländische Gesellschaften zwingen will, ihre Stimmrechte auszuüben - dies wäre nämlich nicht umzusetzen. In diesem Sinne ist eine Präzisierung notwendig; diese kann im Zweckartikel vorgenommen werden aber auch in den spezifischen Regeln.

Im gleichen Sinne einer Präziserungsnotwendigkeit soll im Text ausdrücklich vermerkt werden, dass kollektive Kapitalanlagen von der Verpflichtung zur Stimmrechtsausübung befreit werden.

II. Vergütungen und Strafrechtliche Bestimmungen

Auf der Seite 25ff. des erläuternden Berichts wird zwischen Vergütung im Voraus und den Antrittsprämien unterschieden. Das ist sehr zu begrüßen. Der Ansatz, dass Prämien keine Vergütungen sind, ist jedoch konsequent weiter zu verfolgen. Während die Generalversammlung über die fixen und variablen Vergütungen entscheidet, ist und bleibt der Verwaltungsrat frei (oder allenfalls im Rahmen eines allfälligen Budgets, wenn von der Generalversammlung so beschlossen, teilweise frei), Prämien auszusprechen, die nicht nur beim Antritt, sondern aus verschiedenen Gründen anfallen können. Dass Prämien nie unter den Verboten in Art. 20 des Verordnungsentwurfs fallen, sollte ausdrücklich aufgenommen werden.

Das einzig grosse Problem des vorliegenden Vorschlags betrifft die strafrechtlichen Bestimmungen, welche in ihrer Konkretisierung in Art. 24f. des Verordnungsentwurfes als Officialdelikte ausgestaltet sind. Die Logik der Volksinitiative, des Privatrechts im Allgemeinen und des Obligationenrechts im Speziellen gebieten hier ihre Ausgestaltung als Antragsdelikt. Die erläuternden Materialien selber anerkennen dies, wenn sie auf Seite 35 zugeben, dass "Die Tatsache, dass die vorliegenden Widerhandlungen in erster Linie die Mitwirkungsrechte und Vermögensinteressen der Aktionärinnen und Aktionäre (Art. 24) bzw. das Recht auf Offenlegung und die Vermögensinteressen der Versicherten der Vorsorgeeinrichtungen (Art. 25) und damit individuelle Interessen der Aktionäre, Aktionärinnen und Versicherten betreffen, spricht für die Ausgestaltung der Straftatbestände als Antragsdelikte. Auch die Prägung des Aktienrechts von privatrechtlichen und -wirtschaftlichen Prinzipien würde für eine Ausgestaltung als Antragsdelikte sprechen."

Die regulierten Vorgänge und Objekte sind durch ihre fundamental privatrechtliche Natur gekennzeichnet und stellen kein öffentliches Interesse irgendeiner Art dar. Es wäre daher folgerichtig und im Sinne der eingangs angesprochenen Konsistenz des Schweizer Rechts, wenn die strafrechtlichen Bestimmungen hier als Antragsdelikte ausgestaltet wären. Dies würde die Aktionärinnen und Aktionäre in ihrer Rolle als Eigentümerinnen und Eigentümer der Gesellschaften dazu zwingen, diese Rolle wahrzunehmen und den entsprechenden Antrag zu stellen. Es wäre allenfalls denkbar, erleichterte Bedingungen auszugestalten, wie es sie bereits bspw. im Arbeitsrecht zum Schutz der Arbeitnehmenden gelten.

III. Fazit

Als grösster Dachverband der Schweizer Wirtschaft unterstützt der sgv den vorliegenden Verordnungsentwurf, wenn

- der Name der Verordnung gemäss ihrer Regulierungsabsicht geändert wird;
- die Befreiung des Stimmzwangs für ausländische Gesellschaften und kollektive Kapitalanlagen explizit im Verordnungstext festgehalten wird;
- Prämien ausdrücklich nicht verboten werden und
- die strafrechtlichen Bestimmungen als Antragsdelikte ausgestaltet werden.

Wir weisen auf die anbei gelegte Stellungnahme der "chambre vaudoise des arts et métiers" hin, die wir ausdrücklich unterstützen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgV



Hans-Ulrich Bigler
Direktor



Henrique Schneider
Ressortleiter

Union suisse des arts et métiers
Monsieur H. Schneider
Schwarztorstrasse 26
Case postale
3001 Berne

Paudex, le 24.07.2013
PAS/bn

Avant-projet d'ordonnance contre les rémunérations abusives

Monsieur,

Nous vous remercions d'avoir consulté notre organisation sur l'objet cité sous rubrique, qui a retenu toute notre attention, et nous permettons de vous faire part de notre position sur ce sujet.

On relèvera en préambule que, même si cela tient sans doute à la difficulté qu'il y a à mettre en œuvre les exigences de l'initiative au moyen d'un texte réglementaire unique, la structure de l'avant-projet n'est pas optimale sous l'angle de la technique législative, ce qui rend sa compréhension ardue pour qui n'est pas versé dans la matière.

A côté de cette observation générale, nous formulons ci-dessous quelques remarques spécifiques.

1. Vote de l'assemblée générale sur les rémunérations de la direction

Le vote de l'assemblée générale sur la rémunération de la direction pose de grandes difficultés sous l'angle du droit du travail, que l'avant-projet ne résout pas.

Cette exigence de l'initiative ne saurait être mise en œuvre sans que les conséquences d'un refus de l'assemblée générale soient réglées. Il ne saurait évidemment être question qu'un vote négatif de cette dernière prive les membres de la direction de toute rémunération fixe. Il est donc important de déterminer quelles peuvent être leurs prétentions salariales au cours des trois mois séparant les deux assemblées générales et en cas de nouveau refus lors de la seconde. En vertu de l'art. 322 al. 1 du Code des obligations (CO), «l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective». On peut imaginer que, lors de l'engagement, le salaire convenu le soit à titre conditionnel, de sorte qu'un refus de l'assemblée générale engendrerait l'obligation d'accorder le salaire usuel. Mais le problème n'est pas réglé si le montant refusé par l'assemblée générale correspond précisément au salaire usuel.

Le rapport précise que «l'indemnité fixe génère une sécurité juridique pour la société et pour ses organes, dans la mesure où les montants globaux sont définitifs pour le conseil d'administration, la direction et le conseil consultatif». Cette affirmation est inexacte, puisque l'assemblée générale doit se prononcer chaque année. L'indemnité fixe n'est donc pas définitive. Si, l'année suivante, l'assemblée générale refuse un montant global plus élevé que le précédent, il est envisageable d'interpréter son vote comme une opposition à l'augmentation. Les membres des organes devraient alors pouvoir continuer à bénéficier de

leur traitement précédent, ce qui ne pose pas de difficulté sous l'angle du droit du travail, puisqu'il n'existe pas de droit à une augmentation. On doit toutefois aussi envisager l'hypothèse, même si elle est sans doute très théorique, du refus d'un montant global identique à celui de l'année précédente. Au problème de la détermination du salaire auquel peuvent prétendre les membres de la direction s'ajoute celui du respect des contrats, qui s'oppose à ce qu'un changement en défaveur du collaborateur intervienne sans qu'ait été respectée la procédure de congé-modification. La rémunération refusée par l'assemblée générale devrait ainsi malgré tout être maintenue pendant le délai de congé.

Par ailleurs, concernant les indemnités variables, la situation n'est pas aussi simple que le prétendent les auteurs du rapport. Ces derniers affirment ce qui suit: «Lorsqu'il existe un rapport de travail, les indemnités variables doivent être qualifiées de gratifications au sens de l'art. 322d CO et elles ne fondent donc pas un droit.» Il est vrai que le versement d'un montant qui dépend exclusivement du bon vouloir de l'employeur doit en principe être qualifié de gratification. Cependant, le Tribunal fédéral a aussi rappelé à plusieurs reprises (voir notamment ATF 4A_172/2012) que «la gratification se distingue du salaire par son caractère accessoire; elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un élément de salaire variable, alors même que l'employeur en a réservé le caractère facultatif.» Or, il n'est pas rare que les «bonus» représentent une part proportionnellement très importante du salaire annuel. En conséquence, si on prétend malgré tout les qualifier de gratifications au sens de l'art. 322d CO, il ne suffit pas de l'indiquer dans le rapport explicatif; une disposition expresse est nécessaire.

L'avant-projet doit ainsi être complété afin de tenir compte des impératifs du droit du travail, voire d'y déroger, solution qui serait toutefois fort insatisfaisante sous l'angle de la cohérence du droit des obligations.

2. Obligation de voter et publication du vote des caisses de pensions

Les dispositions prévues à l'art. 22 de l'avant-projet rencontrent notre approbation. Il est en particulier opportun de limiter l'obligation de vote aux institutions soumises à la loi sur le libre passage et aux actions qu'elles détiennent directement. La précision selon laquelle il est possible de ne pas voter ou de s'abstenir est également judicieuse, puisque l'intérêt des assurés peut précisément commander ce choix. C'est enfin à juste titre que la compétence de déterminer les principes régissant l'intérêt des assurés est laissée à l'appréciation de l'organe suprême.

L'art. 23, régissant l'obligation pour les institutions de prévoyance de communiquer la manière dont elles ont voté, est aussi approprié. La précision selon laquelle l'information doit figurer dans un rapport «synthétique» doit ainsi pouvoir être interprétée en ce sens qu'il n'est nul besoin de mentionner le détail des votes pour chaque point de l'ordre du jour de chaque assemblée générale. Les institutions de prévoyance doivent ainsi pouvoir se contenter d'indiquer à quelles assemblées générales elles ont respectivement suivi les recommandations du conseil d'administration, sont allées à l'encontre, ont renoncé à voter et se sont abstenues.

3. Dispositions pénales

S'agissant du cercle des auteurs d'infractions prévu aux chiffres 1 et 2 de l'art. 24 al. 1, celui qui reçoit une rémunération contrevenant aux dispositions de l'ordonnance doit en être exclu. Il paraît en effet excessif de punir pénalement une personne dont l'attitude n'a été que passive et dont le montant perçu est par ailleurs peut-être conforme aux engagements contractuels que la société a pris à son égard. Concernant plus spécifiquement le chiffre 1, on relèvera en outre que, l'assemblée générale ne devant se prononcer que sur les montants globaux, il est délicat de déterminer quelles sont les rémunérations individuelles – et ainsi les membres des organes en infraction pour les avoir perçues – tombant sous le coup de cette disposition.

A côté de cela, en application du principe de la proportionnalité, les auteurs du projet ont décidé – il faut s'en réjouir – de s'écarter, à l'égard des caisses de pensions, de la peine prévue dans l'initiative pour «toute violation» de ses dispositions. Ils relèvent en particulier ce qui suit: «La nouvelle norme constitutionnelle vise, comme l'indique le titre de l'initiative populaire, à empêcher le versement d'indemnités et autres rémunérations excessives dans les sociétés anonymes et à renforcer les droits des actionnaires (...). Mais les infractions commises dans le domaine des institutions de prévoyance sont subjectivement moins graves, car elles ne peuvent pas enrichir leur auteur. Cela justifie une peine moins sévère.» Or, dans la mesure où on admet que le législateur n'est en l'occurrence pas tenu de respecter la lettre de l'initiative, il y a alors lieu de pousser le raisonnement plus loin et d'exclure purement et simplement les caisses de pension du champ d'application des dispositions pénales. Il faut en effet avoir à l'esprit que la part des actions suisses détenues par les caisses de pension est de l'ordre 6,5% seulement du marché des actions en Suisse. Cela signifie qu'elles ne disposent généralement pas du poids nécessaire pour faire pencher la balance dans un sens ou dans un autre. En d'autres termes, qu'elles votent ou non, et qu'elles le fassent ou non dans l'intérêt des assurés, le résultat final sera très probablement le même. Dans la mesure où les obligations imposées aux caisses de pension n'ont en réalité qu'un rapport très éloigné avec le but de l'initiative (la lutte contre les rémunérations excessives), il ne se justifie pas de prévoir des sanctions pénales spécifiques à leur égard. Le raisonnement vaut aussi *mutatis mutandis* s'agissant de la possibilité de donner des instructions au représentant indépendant par voie électronique.

Si des dispositions pénales devaient néanmoins être adoptées à l'égard des caisses de pension, la peine de cent huitante jours-amende resterait trop sévère. Le rapport indique qu'elle correspond à la sanction prévue à l'art. 76 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle (LPP) (six mois d'emprisonnement ou 30'000 francs d'amende au plus). Or une infraction à l'obligation de voter dans l'intérêt des assurés, et, a fortiori à l'obligation de communiquer, ne saurait objectivement être considérée, au vu de l'absence de réelles conséquences, comme plus grave que les contraventions visées à l'art. 75 LPP (arrêts ou amende de 10'000 francs au plus). C'est donc bien plutôt cette disposition qui devrait inspirer une éventuelle disposition pénale à l'égard des institutions de prévoyance.

Par ailleurs, compte tenu de la difficulté à déterminer objectivement l'intérêt des assurés, le champ des infractions éventuellement punissables devrait être limité à l'obligation d'exercer le droit de vote (sauf renonciation ou abstention pour un motif légitime). Le fait pour les caisses de pension de ne pas avoir édicté des dispositions réglementaires spécifiques sur la manière de voter dans l'intérêt des assurés ne doit en tout état de cause pas être compris dans le champ des infractions punissables. L'initiative n'exige rien de tel et les caisses de pension sont parfaitement à même de voter «dans l'intérêt des assurés» même en l'absence de réglementation. La fonction de cette dernière doit essentiellement être de faciliter l'administration des preuves au moment de déterminer si la caisse de pension a voté conformément à ses obligations: si elle s'est conformée aux principes contenus dans son règlement, elle est présumée avoir voté dans l'intérêt des assurés et inversement.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur, à l'expression de notre considération distinguée.

Chambre vaudoise des arts et métiers



Sophie Paschoud