



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

DROIT DES SOCIÉTÉS COTÉES

Prof. R. Bahar

Automne 2019

**L'obligation de vote faite aux institutions de prévoyance
professionnelle et son rôle**

Soubhi BAZERJI

À Genève le 31 octobre 2021

Abréviations

- CO : Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, Code des obligations).

- ORab : L'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives des sociétés cotées en bourse.

- Initiative « Minder » : Initiative populaire fédérale « contre les rémunérations abusives ».

- Institutions de prévoyance : Institutions.

Après la crise financière de 2007/8, diverses régulations ont vu le jour afin d'améliorer le mode de gouvernance d'entreprise. Ce dernier – qui englobe des mesures d'organisation consistant à savoir comment la société est gérée afin d'être à la fois plus compétitive et plus durable à long terme¹ – accorde dorénavant de plus en plus d'importance au rôle des actionnaires dans les grandes sociétés. Particulièrement en Suisse, l'obligation de vote imposée aux institutions de prévoyance semble poser des interrogations. Comment l'obligation de vote imposée aux institutions joue-t-elle un rôle primaire dans l'amélioration du *Corporate governance* des sociétés cotées ?

Avant d'analyser la particularité du droit de vote des institutions (II), nous essayerons de répondre à ces interrogations, tout d'abord, en analysant celui des actionnaires d'une manière générale au sein de la société (I).

I- Le droit de vote des actionnaires :

Avant d'aborder les fondements du droit de vote des actionnaires dans une société, il est nécessaire de traiter des devoirs des actionnaires.

En effet, l'art. 680 CO² traite du primordial devoir de l'actionnaire. Selon l'alinéa 1, il ne peut être tenu, même par les statuts, à fournir des prestations excédant le montant pour l'acquisition des titres. Ainsi, il est supposé fournir l'apport promis à la société sans aucune prestation supplémentaire. Il n'est obligé ni d'assurer la gestion de la société – sauf s'il se trouve en tant qu'administrateur et de se fait l'art. 716a CO impose des obligations de gestion – ni même d'être loyal envers la société³. De ce fait, le lien préexistant entre l'actionnaire et la société est essentiellement financier⁴.

À propos du droit de vote de l'actionnaire – qui ne repose nullement sur la volonté de transposer l'utopie de la démocratie politique dans le fonctionnement économique mais sur un rôle instrumental visant à protéger l'investissement des

¹Xenia KARAMETAXAS, Les difficultés économiques en droit, *Schulthess*, 2015, P.279.

²RS 220.

³ATF 105 II 114 consid. 7b.

⁴Rashid BAHAR, La démocratie comme principe directeur du droit des sociétés anonyme, *Schulthess*, 2005, p.82.

actionnaires⁵ – il s’agit d’un droit fondamental et inaliénable⁶. Ce droit naît dès que le versement a été opéré sur l’action selon l’art. 694 CO.

En effet, selon l’art. 692 al. 2 CO, chaque actionnaire a droit à une voix au moins, même s’il ne possède qu’une action. De plus, selon l’alinéa 1, les actionnaires exercent leur droit de vote à l’assemblée générale et proportionnellement à la valeur nominale de toutes les actions leur appartenant. De ce fait, le droit de vote ne dépend guère du montant versé mais de la valeur nominale totale des actions⁷. Ce principe du « *one share, one vote* » – miroir du fameux principe démocratique « *one man, one vote* »⁸ – est applicable dans le droit des sociétés⁹.

Toutefois, des restrictions statutaires peuvent limiter le droit de vote des actionnaires.

Il est prévisible, afin de restreindre l’influence d’importants actionnaires ou d’éviter la prise de contrôle de la société¹⁰, de limiter le nombre de voix attribuées au porteur de plusieurs actions (art. 692 al. 2 *in fine* CO).

Il est aussi possible de prévoir, par le biais des statuts, un droit de vote plus important à certains actionnaires en attribuant des actions à droit de vote privilégié, qui donnent droit à une voix chacune, indépendamment de la valeur nominale¹¹ (art. 693 al. 1 CO).

Cependant, des conditions légales cumulatives sont nécessaires afin de d’admettre cet avantage (*Cf.* art. 693 al. 2 CO).

Ce droit de vote privilégié est inapplicable dans certaines situations précitées à l’alinéa 3 de ladite disposition.

En ce qui concerne l’exercice du droit de vote, celui-ci s’exerce à l’assemblée générale¹². Il est possible de l’exercer personnellement ou confier ce droit à une

⁵*Idem*, p. 84.

⁶Jean-LUC CHENAUX, *Corporate Governance* en Suisse, CEDIDAC, 2003, N 122.

⁷Marc BAUEN / Robert BERNET/ Nicolas ROUILLER / Colette LASSERRE, *La société anonyme suisse, Schulthess*, 2017, N 297.

⁸Rachid BAHAR, *La démocratie*, P. 81.

⁹Stefanie MEIR-GUBSER, *Les actionnaires et l’assemblée générale dans le nouveau droit de la société anonyme*, 2021, TREX, p.88.

¹⁰La société anonyme suisse, N 297a.

¹¹*Idem*.

¹²*Idem*, N 413.

tierce personne¹³. Cette représentation peut reposer sur un actionnaire ou une autre personne. Pour le cas des sociétés cotées en bourse, la représentation indépendante est prescrite¹⁴.

Enfin, aucune restriction existe quant à la réalisation d'un « pacte d'actionnaire » – soit un contrat entre deux ou plusieurs personnes prévoyant les droits et les obligations réciproques et visant à influencer indirectement le sort de la société¹⁵ – régissant la manière dont les actionnaires exerceront leur droit de vote¹⁶.

En effet, selon la jurisprudence, un pacte d'actionnaire portant sur le droit de vote est en principe valable s'il ne contourne pas les dispositions légales impératives¹⁷.

Le droit de vote des actionnaires – dans certaines situations intransmissibles – permet d'assurer un devoir de surveillance et constitue un instrument nécessaire afin d'atteindre l'efficacité des organes dirigeants¹⁸; autrement dit, une meilleure *Corporate Governance*.

II- Le cas particulier des institutions de prévoyance :

L'initiative « Minder »¹⁹ qui a réussi à mettre en place un nouveau cadre pour le système de la gouvernance d'entreprise en Suisse, instaure un devoir de vote ce qui contredit un des principes clés du droit de la société anonyme ancré à l'art. 680 CO²⁰.

À ce sujet, l'ORab²¹ a introduit une obligation de vote aux institutions lorsqu'il s'agit d'une certaine catégorie de sujets soumis à l'assemblée générale. Ces dernières ont l'obligation de vote non seulement lorsqu'elles sont propriétaires directement des actions mais aussi lorsqu'elles détiennent indirectement les

¹³*Idem*.

¹⁴Les actionnaires et l'assemblée générale, p. 88.

¹⁵La société anonyme suisse, N 326.

¹⁶*Idem*, N297c.

¹⁷ATF 109 II 43 consid.3 ; ATF 88 II 172 consid.1.

¹⁸Xenia KARAMETAXAS, L'engagement des investisseurs institutionnels : enjeux et perspectives de la prise de décisions collectives, *Schulthess*, 2019, p. 39.

¹⁹RO 2013 1303.

²⁰*Supra* p.1.

²¹RS 221.331.

actions²². En revanche, les institutions sont tenues de voter lorsqu'il s'agit l'une des propositions traitant une des situations présentes à l'art. 22 al. 1 ch. 1 à 3 ORab. En effet, elles sont supposées voter dans l'intérêt des assurés ou à tout le moins s'abstenir à condition que ce soit dans l'intérêt de ceux-ci (art. 22 al. 2 et 3 ORab).

Concernant l'intérêt des assurés, il est réputé atteint lorsque le vote assure d'une manière durable la prospérité de l'institution selon l'alinéa 4 dudit article. Ainsi, la perspective à long terme est déterminante²³ afin de mieux comprendre cette notion. Certes, l'objectif principal est d'impliquer davantage les investisseurs institutionnels dans la prise des décisions sociales²⁴, mais il semble difficile de déterminer l'intérêt des assurés d'une manière concrète lors d'un vote²⁵.

Quant au sujet de l'abstention, elle est possible lorsqu'aucun motif significatif n'existe pour approuver ou refuser la proposition²⁶. Contrairement à l'avant-projet d'ordonnance, les institutions ne peuvent plus renoncer par anticipation à participer au vote²⁷. En réalité, il est difficile de saisir en quoi une abstention de vote reflète la volonté des actionnaires mieux que le renoncement à l'exercice du droit de vote²⁸.

Vu qu'en Suisse aucune disposition légale n'évoque la prise en compte de considérations environnementales ou éthiques²⁹, l'activisme actionnarial – qui est une forme de manifestation du désaccord des actionnaires vis-à-vis d'une certaine stratégie³⁰ – peut représenter un signe négatif sur le marché³¹. Ces méthodes, qui tentent d'orienter le comportement de la société vers une plus grande responsabilité sociale se font en désinvestissant ou en s'abstenant d'investir dans des entreprises

²²Giulia NERI-CASTRACANE, Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise, *Schulthess*, 2016, p. 100.

²³FF 2017 372.

²⁴Les difficultés économiques en droit, p.283.

²⁵*Idem*, p.285.

²⁶*Idem*, p.287.

²⁷*Ibidem*.

²⁸*Idem* ; Ralph MALACRIDA/ Till SPILLMANN, *Corporate Governance im Interregnum in GesKR* 2013, p.506.

²⁹Les règles de gouvernance d'entreprise, p.102.

³⁰Jean-Yves KOHLER/ Olivier SIERRO, Activisme actionnarial et exercice des droits de vote en matière de placements collectifs suisses *in GesKR*, 2015, p.510.

³¹Yves FELDER, Approche comportementale de l'investissement socialement responsable, Genève, 2008, p.52.

qui ne respectent pas ces engagements³². Sachant que ces pratiques sont possibles uniquement en ayant d'importants fonds afin d'avoir un pouvoir représentatif, les plus actifs des actionnaires sont les investisseurs institutionnels³³.

III- Réflexion :

Avec la montée de la part des investisseurs institutionnels dans le marché Suisse ainsi qu'un actif en gestion d'environ 1000 milliards³⁴ le rôle de ces institutions dans les sociétés cotées s'amplifie.

Le rôle direct de cette nouvelle législation est clairement d'inciter les institutions à participer aux décisions sociales de l'entreprise. Ainsi, elle provoque une réelle démocratisation par la représentativité sociale qu'assure une institution au travers de ses assurés³⁵. De plus elle remplit le principe d'universalité en traitant des institutions publiques comme privées³⁶.

L'obligation de communiquer leur droit de vote selon l'art. 23 ORab semble d'une part, augmenter la pression sur les dirigeants des sociétés afin d'atteindre une gestion plus raisonnable³⁷ et d'autre part, pousser les investisseurs institutionnels à s'impliquer davantage et investir plus raisonnablement³⁸, ce qui permettra d'atteindre une meilleure *Corporate Governance*.

³² *Idem*.

³³ *Idem*.

³⁴ <https://www.asip.ch/fr/savoir/faits/>.

³⁵ Les règles de gouvernance d'entreprise, p.128.

³⁶ *Idem*, p.129.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Xenia KARAMETAXAS, Le droit de vote comme moyen pour renforcer la gouvernance de l'entreprise, p.280.

Lois, directives, règlements

Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, Code des obligations, Précitée CO,RS 220.0).

L'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives des sociétés cotées en bourse (Précitée ORab, RS 221.331)

Message du 23 novembre 2016 du Conseil fédéral concernant la modification du code des obligations (Droit des sociétés anonymes) (FF 2017 353).

Initiative populaire fédérale « contre les rémunérations abusives » acceptée le 3 mars 2013 (RO 2013 1303).

Arrêts cités

ATF 105 II 114.

ATF 109 II 43.

ATF 88 II 172.

Bibliographie

BAHAR Rashid, La démocratie comme principe directeur du droit des sociétés anonyme : mythes et réalités, *In* La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse TSCHANNEN Pierre, *Schulthess*, 2005, p. 81-123.

BAUEN Marc / BERNET Robert / ROUILLER Nicolas / LASSERRE Colette, La société anonyme suisse, 2^{ème} édition, Zurich, Schulthess Verlag, 2017.

CHENAUX Jean-Luc, *Corporate Governance* en Suisse *In Corporate Governance: l'état du droit positif suisse* (Code des obligations, Loi sur les Bourses et Loi sur les Banques), CEDIDAC, Lausanne, François Dessemontet, 2003.

FELDER Yves, Approche comportementale de l'investissement socialement responsable, Mémoire de *bachelor* : Haute école de gestion de Genève, 2008.

KARAMETAXAS Xenia, L'engagement des investisseurs institutionnels : enjeux et perspectives de la prise de décisions collectives, Zurich, *Schulthess Verlag*, 2019.

KARAMETAXAS Xenia, Le droit de vote comme moyen pour renforcer la gouvernance de l'entreprise *In* Les difficultés économiques en droit, HECKENDORN URSCHLER Lukas/ TOPAZ DRUCKMAN Karen, Zurich, *Schulthess Verlag* Éditions romandes, 2015, p. 277.

KOHLER Jean-Yves / SIERRO Olivier, *Activisme actionnarial et exercice des droits de vote en matière de placements collectifs suisses in GesKR, Dike Verlag AG, 2015, p.506-524.*

MALACRIDA Ralph / SPILLMANN Till, *Corporate Governance im Interregnum in GesKR, Dike Verlag AG, 2013, p.485-507.*

MEIR-GUBSER Stefanie, *Les actionnaires et l'assemblée générale dans le nouveau droit de la société anonyme, In TREX, édition 2/21, 2021, p.88-91.*

NERI-CASTRACANE Giulia, *Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise, Zurich, Schulthess Verlag, 2016.*