

FIN DES ACTIONS AU PORTEUR ET TENUE DES REGISTRES

Conséquences pratiques de la mise en œuvre des recommandations du GAFI (novembre 2019)

Le présent article porte sur les récentes modifications législatives liées à la conversion obligatoire des actions au porteur en actions nominatives ainsi que sur la clarification de certains concepts liés aux devoirs d'annonce des bénéficiaires économiques et des conséquences (notamment pénales) en cas de mauvaise tenue des registres des actions et des bénéficiaires économiques.

1. INTRODUCTION

Le 1^{er} novembre 2019 est entrée en vigueur la loi sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence [1], modifiant essentiellement le code des obligations et le code pénal. Cette loi vise, d'une part, les actions au porteur et, d'autre part, la tenue du registre des bénéficiaires économiques et du registre des actions. L'administration fédérale a rédigé des instructions relatives à l'application de ces modifications législatives [2].

Une première partie des recommandations du GAFI [3] avait déjà été mise en œuvre en 2015 lors de l'adoption de nouvelles dispositions du code des obligations liées à la tenue d'un registre des bénéficiaires économiques et d'une liste des actionnaires au porteur. De telles dispositions ayant été jugées insuffisantes en matière de transparence par le GAFI, l'abolition quasi-totale des actions au porteur est désormais de rigueur en Suisse depuis novembre 2019.

Ainsi, la loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI marque la fin des actions au porteur, à l'exception des actions au porteur cotées en bourse ou émises sous la forme de titres intermédiés, qui peuvent subsister [4]. Ces nouvelles dispositions revêtent par ailleurs une importance toute particulière en Suisse romande, berceau de la majorité des sociétés détenant des actions au porteur.

Ces nouvelles normes méritent également une attention particulière dès lors que leur non-respect engendre des con-

séquences sévères, allant dans certains cas jusqu'à des sanctions pénales.

Le présent article met en évidence les principaux changements prévus par les nouvelles dispositions, précise les conséquences en découlant, notamment dans le domaine des fusions & acquisitions et dresse quelques recommandations à l'attention des sociétés, actionnaires et administrateurs.

2. LA FIN DES ACTIONS AU PORTEUR

2.1 Conversion volontaire en actions nominatives. Suite à l'introduction des nouvelles dispositions du code des obligations, il appartient à toute société anonyme (et société en commandite par actions), dont les actions sont au porteur, de les convertir en actions nominatives dans un délai de 18 mois suivant l'entrée en vigueur de la modification du code des obligations, soit d'ici au 30 avril 2021.

Une telle conversion doit se faire par le biais d'une assemblée générale et une modification des statuts, et la conversion devra ensuite être inscrite au registre du commerce.

2.2 Conversion automatique en actions nominatives. Dans l'éventualité où une société n'aurait pas converti ses actions au porteur en actions nominatives avant le 30 avril 2021, ces actions seront converties en actions nominatives de plein droit. La conversion déploiera ainsi ses effets à l'égard de toute personne, même si les statuts et les inscriptions au registre du commerce mentionnent que la société est constituée d'actions au porteur. Il n'est pas non plus nécessaire que des certificats d'actions représentant les nouvelles actions nominatives soient émis.

Les actions au porteur converties en actions nominatives conserveront leur valeur nominale, leur taux de libération (actions entièrement libérées ou non), et leurs propriétés quant au droit de vote et aux droits patrimoniaux (actions privilégiées).

Il appartiendra au registre du commerce de procéder d'office aux modifications nécessaires sans qu'aucune intervention de la société ou des actionnaires soit nécessaire.



MONA STEPHENSON,
LL.M., AVOCATE, ASSOCIÉE
MEYERLUSTENBERGER
LACHENAL

La conversion automatique des actions au porteur aura pour conséquence que certaines dispositions des statuts des sociétés concernées ne correspondront plus à la réalité pendant un certain temps. Ainsi, le registre du commerce précisera également que les pièces justificatives contiennent des indications contraires à l'inscription. En pratique, l'on peut se demander dans quelle mesure et dans quels délais tous les registres du commerce cantonaux procéderont à la mention d'une telle annotation.

Les sociétés dont les actions auront été converties seront tenues d'adapter leurs statuts (c'est-à-dire en mentionnant que leurs actions sont désormais des actions nominatives) lors de la prochaine modification de ceux-ci. Le registre du commerce rejettera toute réquisition d'inscription d'une autre modification des statuts aussi longtemps que cette adaptation n'aura pas été effectuée. Le refus concernera uniquement les modifications des statuts, de sorte que d'autres modifications du registre du commerce, tel qu'un changement d'administrateur par exemple, demeureront possibles.

2.3 Conséquences pour les anciens actionnaires au porteur qui ne se sont pas annoncés. Après la conversion d'actions au porteur en actions nominatives, la société sera tenue d'inscrire au registre des actions les actionnaires qui se seront annoncés auprès d'elle.

En ce qui concerne les actionnaires au porteur qui ne se seraient pas annoncés auprès de la société suite à la conversion de leurs actions en actions nominatives, leurs droits sociaux – soit principalement le droit de vote – seront suspendus et leurs droits patrimoniaux – soit principalement le droit de recevoir un dividende – seront éteints. Il est du devoir du conseil d'administration de s'assurer qu'aucun actionnaire n'exerce ses droits s'il n'est pas inscrit au registre des actions. Le conseil d'administration doit par ailleurs inscrire au registre des actions que lesdits actionnaires ne se sont pas conformés à leur obligation d'annonce et que les droits liés aux actions ne peuvent pas être exercés.

Toutefois, les actionnaires dont les actions au porteur ont été converties en actions nominatives mais qui ne se sont pas annoncés auprès de la société peuvent demander, d'ici au 31 octobre 2024 [5], leur inscription au registre des actions au tribunal, les frais de justice étant à leur charge. Avant d'en faire la requête au tribunal, ces actionnaires doivent obtenir l'approbation de la société. En principe, le tribunal approuvera la demande de ces actionnaires si ces derniers apportent la preuve de leur qualité d'actionnaire. Si le tribunal approuve la demande, la société devra procéder à l'inscription desdits actionnaires, qui pourront faire valoir leurs droits aux dividendes qui naissent à partir de ce moment.

2.4 Éventuelle indemnisation pour les actions annulées. Les actions des actionnaires qui n'auront pas demandé leur inscription au registre des actions d'ici au 31 octobre 2024 seront annulées de par la loi. Les actionnaires ne pourront plus bénéficier d'aucun des droits liés à ces actions (droit de vote, droit de percevoir des dividendes, etc.). Ces actions seront remplacées par des actions propres de la société.

Cela dit, les actionnaires dont les actions ont été annulées sans faute de leur part pourront faire valoir auprès de la société un droit à une indemnisation dans un délai de dix ans à compter de l'annulation de leurs actions s'ils prouvent qu'ils avaient la qualité d'actionnaire à ce moment-là. L'indemnisation correspondra à la valeur réelle des actions au moment de leur conversion. Si la valeur réelle des actions est plus basse au moment de la revendication qu'au moment de leur conversion, la valeur la plus basse sera retenue. En outre, une indemnisation par la société n'est possible que si la société dispose des fonds propres librement disponibles nécessaires.

2.5 Questions soulevées par la modification législative.

Les récentes modifications législatives soulèvent un certain nombre de questions: que se passera-t-il par exemple si les actions annulées et transformées en actions propres représentent plus de 10% du capital de la société (qui est le plafond admis par le code des obligations)? Le message du Conseil fédéral [6] suggère que la part qui dépasse les 10% devra être aliénée ou détruite dans le cadre d'une procédure de réduction du capital-actions. En outre, quid si un nombre important d'actions sont annulées et converties en actions propres de sorte que des quorums de présence à l'assemblée générale ne pourraient plus être respectés ou pire si la société était détenue par un actionnaire unique dont les actions auraient été converties en actions propres rendant impossible toute prise de décisions lors d'assemblées générales? Par ailleurs, qu'advierait-il des options sur actions au porteur qui auraient été émises avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du code des obligations? Pourraient-elles être exercées? Et si oui, en actions nominatives ou en actions au porteur?

Ces questions ne constituent vraisemblablement qu'une partie seulement des défis que soulèveront ces modifications législatives pour la pratique.

3. NOUVEAUTÉS LIÉES AU REGISTRE DES ACTIONS ET REGISTRE DES BÉNÉFICIAIRES ÉCONOMIQUES

3.1 Précisions liées aux bénéficiaires économiques. Depuis 2015 déjà, lors d'une acquisition de plus de 25% des actions d'une société suisse, les nouveaux actionnaires devaient annoncer à la société leurs bénéficiaires économiques, lesquels devaient être inscrits dans le registre des bénéficiaires économiques de cette dernière.

Les nouvelles dispositions entrées en vigueur en novembre 2019 précisent comment déterminer les bénéficiaires économiques de la société. En effet, la loi parlait jusqu'alors uniquement de «personne physique pour le compte de laquelle l'actionnaire agit en dernier lieu». Cette définition, insatisfaisante, laissait place à trop de questions, de sorte qu'il était difficile de savoir jusqu'à quel niveau il convenait de «remonter» en cas de groupe de sociétés, et combien de personnes physiques devaient être inscrites au registre des bénéficiaires économiques. La notion de bénéficiaire économique renvoie à présent par analogie à la notion de contrôle d'une norme comptable du code des obligations [7]. Cette disposition prévoit qu'une personne en contrôle une autre si:

1. elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême,
2. elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, ou
3. elle peut exercer une influence dominante en vertu des statuts, d'un contrat ou d'instruments analogues.

Par ailleurs, le nouveau droit a le mérite de préciser que lorsque la société est ultimement détenue par une société dont les actions sont cotées en bourse, l'actionnaire ne doit annoncer que ce fait, ainsi que le nom et le siège de ladite société. Enfin, les nouvelles dispositions du code des obligations précisent que des modifications relatives au bénéficiaire économique de la société (telles que nom ou adresse) doivent être annoncées à la société dans un délai de 3 mois.

3.2 Conséquences en cas de mauvaise tenue du registre des bénéficiaires économiques et registre des actions.

3.2.1 Conséquences sur le droit de vote et les dividendes. Le respect des devoirs d'annonce des bénéficiaires économiques précisés par les nouvelles dispositions législatives est essentiel dès lors que les conséquences qui en découlent sont importantes.

En effet, un actionnaire ne peut exercer les droits sociaux (principalement le droit de vote) liés aux actions qu'il a acquises tant qu'il n'a pas respecté ses devoirs d'annonce.

De la même manière, un actionnaire ne peut faire valoir ses droits patrimoniaux (notamment droit à recevoir des dividendes) qu'une fois qu'il s'est conformé à ses devoirs d'annonce. Si l'actionnaire omet de se conformer à ses obligations d'annonce dans un délai d'un mois à compter de l'acquisition de l'action, ses droits patrimoniaux s'éteignent. S'il répare cette omission à une date ultérieure, il peut faire valoir uniquement les droits patrimoniaux qui naissent à compter de cette date.

C'est au conseil d'administration qu'il incombe de vérifier qu'aucun actionnaire n'exerce ses droits en violation de ses obligations d'annonce.

3.2.2 Dissolution de la société? Selon les nouvelles dispositions du code des obligations, le manquement au devoir de tenir le registre des bénéficiaires économiques – mais aussi le registre des actions – constitue désormais l'un des cas de carences dans l'organisation d'une société, au même titre que l'absence d'un organe de la société (p.ex. conseil d'administration).

Ainsi, si le registre des actions ou le registre des bénéficiaires économiques de la société n'est pas tenu conformément à la loi, le juge prendra, sur requête d'un actionnaire, d'un créancier ou du préposé au registre du commerce, les mesures nécessaires pour rétablir la situation, de telles mesures pouvant aller jusqu'à la dissolution et la liquidation de la société.

3.2.3 Conséquences pénales. La récente mise en œuvre des recommandations du GAFI prévoit également des conséquences pénales en cas de violation des obligations d'annonce des bénéficiaires économiques. Il convient de noter

que ces sanctions s'appliquent non seulement en cas de violation du devoir d'annonce du bénéficiaire économique de la société mais également si un changement de nom ou d'adresse du bénéficiaire économique n'est pas annoncé! La peine prévue par le code pénal est une amende de CHF 10 000 maximum (la sanction étant inscrite au casier judiciaire si l'amende dépasse CHF 5000). S'il est vrai que l'on ne peut être puni qu'en cas d'agissement intentionnel (et non par négligence), le dol éventuel – c'est-à-dire le fait qu'une personne envisage le résultat dommageable et s'en accommode – est suffisant.

En outre, depuis novembre 2019, le code pénal suisse punit désormais toute personne qui, intentionnellement, ne tient pas de manière conforme le registre des actions ou le registre des bénéficiaires économiques de la société. La peine prévue est la même qu'en cas de violation des obligations d'annonce des bénéficiaires économiques. Ces obligations de tenir le registre des actions et le registre des bénéficiaires économiques étant de la compétence du conseil d'administration, c'est chaque administrateur qui pourrait être concerné par une telle sanction pénale!

Pour mémoire, les prescriptions du code des obligations en lien avec le registre des actions englobent le fait que le registre des actions doit mentionner le nom et l'adresse des actionnaires, le fait que ce registre doit être tenu de manière qu'il soit possible d'y accéder en tout temps en Suisse, et le fait qu'une inscription au registre des actions n'a lieu qu'au vu d'une pièce justificative (qui doit être conservée pendant dix ans).

Il est à noter enfin que les sanctions pénales mentionnées ci-dessus sont également applicables aux sociétés à responsabilité limitée [8].

4. CONSÉQUENCES DANS LE DOMAINE DES FUSIONS & ACQUISITIONS

Les nouvelles dispositions de mise en œuvre des recommandations du GAFI auront un impact certain dans le domaine des fusions & acquisitions et en particulier lors de l'audit juridique (*due diligence*) de la société cible.

Tout d'abord, l'acheteur devra s'assurer, dans le cadre de son audit juridique, que les actionnaires de la société cible se sont toujours conformés à leurs obligations d'annonce des bénéficiaires économiques et que des actionnaires au porteur n'ont pas pris part à des assemblées générales sans s'être valablement annoncés auprès de la société. En effet, des décisions prises par des assemblées générales constituées de manière invalide pourraient être déclarées nulles. Ainsi, des décisions importantes de l'assemblée générale, telles que des augmentations de capital ou la nomination de nouveaux administrateurs, pourraient s'avérer nulles, même plusieurs années après la date de l'assemblée générale en question.

Par ailleurs, il pourrait être conseillé à l'acheteur d'exiger que la société cible convertisse ses actions au porteur en actions nominatives avant l'acquisition (ou à tout le moins, le faire dès que possible après l'acquisition).

De même, il conviendra de vérifier, lors de l'audit juridique, que les registres (des actions et des bénéficiaires économiques, le cas échéant) sont tenus conformément à la loi, afin d'éviter tout risque pénal.

5. CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

Si les nouvelles dispositions du code des obligations peuvent être saluées sur certains points, tels que l'augmentation de la transparence de l'actionnariat au sein des sociétés suisses et les clarifications apportées à la définition du bénéficiaire économique, d'autres aspects, tels que le caractère pénal de certains actes, sont regrettables.

Comme cet article le met en exergue, il est conseillé aux sociétés qui détiennent des actions au porteur d'agir. À moins qu'elles puissent conserver leurs actions au porteur, une conversion volontaire d'ici au 30 avril 2021 est recommandée. En outre, il conviendra de s'assurer que les actionnaires au porteur qui ne se sont pas annoncés ne participent pas aux assemblées générales, ni ne perçoivent de dividendes. En

outre, les sociétés concernées devraient vérifier si des assemblées générales ont déjà été tenues afin d'en évaluer les conséquences.

Par ailleurs, il est recommandé aux actionnaires au porteur de s'annoncer auprès de la société au plus vite, afin d'éviter de le faire par le biais d'une procédure judiciaire contraignante et coûteuse.

Enfin, toutes les sociétés (même celles détenant des actions nominatives) devraient vérifier que la tenue de leur registre des actions, et, le cas échéant, de leur registre des bénéficiaires économiques, est conforme aux prescriptions du code des obligations, au vu notamment de potentielles conséquences pénales. ■

Notes: 1) Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales. 2) Instructions relatives à la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (version du 1^{er} novembre 2019). 3) Groupe d'action fi-

nancière. 4) Les considérations du présent article en lien avec les actions au porteur sont également applicables aux bons de participations au porteur. 5) C'est-à-dire dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du code des obligations. 6) Message du 21 novembre 2018 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de

renseignements à des fins fiscales émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse. 7) Art. 963, al. 2, CO. 8) Les sanctions pénales applicables aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée s'appliquent également aux sociétés coopératives et aux sociétés d'investissement à capital variable.