

NEWSLETTER DÉCEMBRE 2019

DROIT DES SOCIÉTÉS



Denis Cherpillod

Dr en droit – avocat

Chargé de cours à l'EPFL

ABOLITION DES ACTIONS AU PORTEUR ET EXTENSION DES OBLIGATIONS D'ANNONCE

Le 1er novembre 2019 est entrée en vigueur 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. Cette loi, qui vise principalement à améliorer la transparence des personnes morales, entraîne la quasi-disparition des actions au porteur et modifie le régime d'annonce du bénéficiaire économique des actions tout en introduisant des sanctions pénales en cas de violation des obligations d'annonce.

Abolition des actions au porteur

Ces dernières années, les actions au porteur ont été progressivement délaissées au profit des actions nominatives. Elles sont dorénavant interdites, sauf si la société est cotée en bourse ou si les actions au porteur sont émises sous forme de titres intermédiés.

Les sociétés qui ne remplissent pas ces conditions – en pratique les sociétés qui n'ont pas ouvert leur capital au public – et qui ont encore des actions au

porteur doivent impérativement les convertir en actions nominatives lors de la prochaine modification de leurs statuts, mais au plus tard d'ici au 30 avril 2021. A cette date, toutes les actions au porteur encore existantes seront converties de plein droit en actions nominatives, sans restriction à la transmissibilité.

Lors de la conversion en actions nominatives, la société ne peut dorénavant inscrire à son registre des actionnaires que les titulaires qui se sont conformés à leur obligation d'annonce (art. 697i

CO) avant la conversion. Ceux qui ne l'ont pas fait voient leurs droits sociaux suspendus, le conseil d'administration étant tenu de veiller à ce qu'ils ne les exercent pas. Cela concerne aussi bien les droits de participation – droits de vote notamment – que les droits économiques – dont le droit au dividende. Ces titulaires « fautifs » ne peuvent plus être reconnus spontanément comme actionnaires par la société. Ils sont contraints de demander au tribunal, avec l'accord préalable de la société, leur inscription au registre des actionnaires en apportant la preuve de leur qualité d'actionnaire. Une telle preuve peut s'avérer ardue, notamment si les titres au porteur n'ont pas été émis ou ont été perdus. Les droits sociaux renaissent au moment de l'inscription, mais uniquement pour le futur (« *ex nunc* »). Cela signifie notamment que le propriétaire d'anciennes actions au porteur qui retrouve ainsi sa qualité d'actionnaire ne peut pas bénéficier des dividendes distribués alors que ses droits sociaux étaient suspendus.

L'action tendant à l'inscription au registre des actionnaires doit impérativement être introduite avant le 1^{er} novembre 2024. A cette date, les actions concernées seront annulées de par la loi et remplacées par des actions propres de la société.

Précision des obligations d'annonce du bénéficiaire économique

Depuis 2015, tout acquéreur d'actions – nominatives ou au porteur – d'une société non cotée en bourse dont la participation atteint ou dépasse le seuil de 25% du capital-actions ou des droits de vote est tenu d'annoncer dans un délai d'un mois le nom et l'adresse de la personne physique pour le compte de laquelle il agit en dernier lieu, autrement dit l'ayant droit économique (art. 697j CO).

Dorénavant, cette obligation est élargie aux Sàrl. Elle est en outre renforcée et précisée sur certains points qui avaient fait l'objet de controverses dans l'ancienne version de la loi.

La nouvelle loi précise que si l'actionnaire est une personne morale ou une société de personnes –

suisse ou étrangère –, l'ayant droit économique est réputé être la personne physique qui en détient le contrôle. Pour la notion de contrôle, la loi renvoie à l'art. 963 al. 2 CO, aux termes duquel une personne détient le contrôle d'une société si (i) elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix, (ii) elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres du conseil d'administration, ou (iii) elle peut exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues. Si aucune personne physique n'est en mesure de contrôler la société actionnaire, ce fait doit aussi être annoncé.

Si l'actionnaire est une société cotée en bourse ou une entité affiliée, il doit annoncer uniquement ce fait ainsi que la raison sociale et le siège de la société de capitaux. A proprement parler, il n'est donc pas nécessaire dans ce cas d'annoncer un éventuel bénéficiaire économique.

La société doit tenir une liste mentionnant le prénom, le nom et l'adresse des ayants-droit économiques qui lui ont été annoncés. Cette liste doit être accessible en Suisse en tout temps et les pièces justificatives de l'annonce conservées pendant 10 ans après la radiation de la personne de la liste.

Introduction de sanctions pénales

Comme jusqu'alors, la violation des obligations d'annonce du bénéficiaire économique entraîne tout d'abord la suspension des droits sociaux des actions concernées, ce qui inclut aussi bien les droits de vote que les droits patrimoniaux, notamment le droit au dividende. La mise en conformité ultérieure ne fait pas renaître le droit aux dividendes distribués durant la période de suspension ; ceux-ci sont définitivement acquis à la société.

Le conseil d'administration doit ainsi prendre garde à ce qu'aucun paiement de dividende ne soit effectué en faveur d'un actionnaire qui serait en violation de son obligation d'annonce. Il s'agirait le

cas échéant d'un paiement indu soumis à obligation de restitution (art. 678 CO) et qui pourrait engager la responsabilité du conseil d'administration.

A ces conséquences de droit civil s'ajoutent dorénavant des sanctions pénales visant non seulement l'actionnaire, mais aussi les organes de la société.

Ainsi, tout actionnaire qui ne se conforme intentionnellement pas à ses obligations d'annonce est punissable d'une amende de Fr. 10'000.- au plus. La norme vise aussi bien l'omission d'annoncer que la fourniture de fausses informations.

Est punissable de la même amende quiconque au sein d'une société, intentionnellement, ne tient pas conformément aux prescriptions le registre des actions – respectivement pour une Sàrl le registre des parts sociales – ou la liste des ayants-droit économiques.

L'infraction étant intentionnelle, le conseil d'administration ne devrait être punissable que s'il sait ou a des raisons de penser – sous l'angle du dol éventuel – que les informations qui lui sont communiquées sont fausses. Il n'y a donc à notre sens pas d'obligation pour les organes sociaux de s'assurer de la véracité matérielle des informations communiquées, sauf en cas de soupçon d'inexactitude.

Enfin, la nouvelle loi introduit la possibilité pour tout actionnaire ou créancier et pour le préposé au registre du commerce de saisir le juge afin qu'il prenne les mesures nécessaires si la société est en violation de ses obligations de tenue des registres. Parmi les mesures que peut imposer le juge figure à titre d'ultima ratio la dissolution de la société.

Mesures à prendre par les SA et Sàrl

Les sociétés anonymes qui ont encore des actions au porteur devraient les convertir dès que possible en actions nominatives. Concrètement, cela implique la tenue d'une assemblée générale avec le concours d'un notaire. Avant cette opération, il est opportun de s'assurer que les titulaires d'actions au porteur se sont bien conformés à leur obligation d'annonce selon l'art. 697i CO. Cela permettra d'éviter des litiges ultérieurs potentiellement complexes, notamment lorsqu'il s'agira de prouver la qualité d'actionnaire.

Toutes les sociétés anonymes et à responsabilité limitée dont un actionnaire – ou un groupe d'actionnaires liés – détient plus de 25% du capital-actions ou des droits de vote devraient s'assurer qu'elles tiennent une liste des bénéficiaires économiques conforme aux prescriptions. Le cas échéant, il peut être opportun de modifier les procédures internes afin d'assurer la bonne tenue de ces registres à long terme.

Pour plus d'informations :

Denis Cherpillod (cherpillod@jmrlegal.ch) ou votre personne de contact habituelle au sein de Reymond & Associés

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Reymond & Associés répondra volontiers à vos questions.