

SEPTEMBRE 2018

Newsletter

Auteurs:
Martin Weber
Zlatina Iliev



CORPORATE / MERGERS & ACQUISITIONS

Comment appliquer les règles de transparence du GAFI en matière de M&A et de conseil

Le 1^{er} Juillet 2015, suite à une procédure d'une rapidité inhabituelle, la Suisse a adopté, sous pression de la communauté internationale, les recommandations en matière de transparence accrue pour les sociétés de capitaux. Aujourd'hui, il est proposé de renforcer à nouveau cette "législation-GAFI". Toutefois, eu égard aux incertitudes qui subsistent dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions en vigueur, ces développements paraissent prématurés.

1 NOUVEAU DURCISSEMENT À VENIR DES RECOMMANDATIONS DU GAFI EN MATIÈRE DE TRANSPARENCE

En tant que membre du *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* comptant plus de 150 membres (**Global Forum**), la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre les standards internationaux relatifs à la transparence et l'échange d'information en matière fiscale. Le respect des standards internationaux est vérifié par le Global Forum au moyen de contrôles périodiques opérés par des pays tiers (**Peer Reviews**).

À la suite de la mise en œuvre le 1^{er} juillet 2015 des recommandations du Groupe d'action financière (**GAFI**) aux art. 697i ss CO (**législation-GAFI**) et de la Peer Review qui s'en est suivie, le Global Forum a attribué à la Suisse dans le courant de l'été 2016 l'évaluation globale de "largement conforme" et a émis par la même occasion des recommandations visant à garantir une transparence accrue pour les sociétés de capitaux.

En vue de la prochaine Peer Review du Global Forum, le Conseil fédéral propose un durcissement sévère de la législation-GAFI: entre autres, sont prévues **l'abolition des actions au porteur pour les sociétés non cotées en bourse** ainsi que des **sanctions pénales** en cas de violation du devoir d'annonce prévu par le GAFI. La procédure de consultation du projet de loi correspondant (**révision-GAFI**) du 17 janvier 2018 s'est terminée le 24 avril 2018. Le texte retenu est actuellement en révision et devrait être publié le 21 novembre 2018. Il sera vraisemblablement soumis aux délibérations du Parlement dans la session de printemps et d'été 2019. Ainsi, le texte retenu par le Parlement devrait entrer en vigueur en octobre 2019.

L'abolition généralisée des actions au porteur pour les sociétés non cotées se veut une mesure incisive qui, eu égard à la législation-GAFI en matière de transparence déjà en vigueur, irait bien au-delà de l'objectif établi.

L'introduction de sanctions pénales prévue par la révision-GAFI éveille par ailleurs des préoccupations d'ordre constitutionnel, car les dispositions de l'actuelle législation-GAFI qui sont à la base du devoir d'annonce de l'actionnaire sont lacunaires et manquent de clarté: le principe général de précision et de clarté de la loi en matière pénale pourrait donc ne pas être respecté.

En lieu et place du durcissement prévu de la législation-GAFI, il aurait été plus urgent, du point de vue de l'application du droit, de profiter de l'imminente révision-GAFI pour supprimer les lacunes de la législation-GAFI actuelle.

2 GESTION PRATIQUE DE PROBLÉMATIQUES CHOISIES DE MISE EN ŒUVRE DE LA LÉGISLATION-GAFI

Dans le cadre de la mise en œuvre de la législation-GAFI actuelle dans le domaine du M&A et du conseil, de **nombreux problèmes** se présentent déjà en lien avec les questions fondamentales de savoir quand une obligation d'annoncer en vertu de l'article 697j CO est déclenchée (chapitres 2.1 et 2.2), qui doit être signalé dans quels cas de figure (chapitre 2.3) et comment les annonces doivent être faites concrètement (chapitre 2.4).

Ce qui suit est un **guide non-exhaustif** de la manière de traiter certaines questions juridiques qui se posent quotidiennement en pratique dans le contexte de la législation-GAFI.

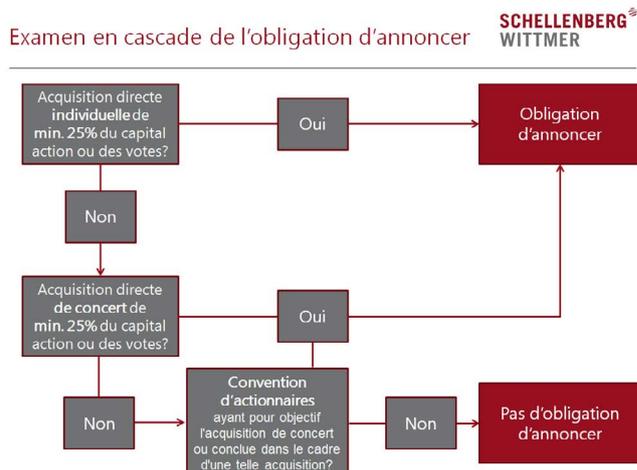
"Les dispositions légales qui sont à la base de l'obligation des actionnaires d'annoncer sont lacunaires et manquent de clarté."

2.1 QUI DOIT ANNONCER ?

L'obligation d'annoncer selon la législation-GAFI s'applique notamment à toute personne qui acquiert des actions d'une société suisse (**société cible**) et atteint ou dépasse ainsi le seuil de 25% du capital-actions et/ou des droits de vote (**actionnaire qualifié**).

Le seul facteur décisif est **l'acquisition directe** d'actions de la société cible. Une acquisition indirecte, même à un pourcentage de participation plus élevé, n'entraîne pas d'obligation d'annoncer, mais peut nécessiter une mise à jour d'une annonce-GAFI antérieure.

Non seulement celui qui acquiert seul une participation qualifiée dans la société cible est soumis à l'obligation d'annoncer, mais également **celui qui acquiert une participation qualifiée de concert avec un tiers**. Il n'est pas toujours facile de juger de l'existence d'une telle acquisition de concert. Par exemple, même en présence d'une convention d'actionnaires, il n'est pas toujours approprié de conclure à l'existence d'une acquisition de concert déclenchant l'obligation d'annoncer. Une telle acquisition de concert n'existe que si l'objet de la convention d'actionnaires pertinente est l'acquisition de concert d'une participation qualifiée dans la société cible, ou si la convention est conclue directement dans le cadre d'une telle acquisition de concert.



2.2 EXCEPTIONS AU DEVOIR D'ANNONCER

En cas d'acquisition d'**actions** de la société cible **cotées en bourse** ou structurées sous forme de **titres intermédiés** au sens de la loi suisse sur les titres intermédiés, **il n'y a pas d'obligation d'annoncer**.

Toutefois, la loi n'aborde pas la question qui se pose fréquemment en pratique de savoir si cette exception légale s'applique également lorsque **l'acquéreur** d'une participation qualifiée ou **sa société mère directe ou indirecte** est une **société cotée en bourse** ou a **émis des titres intermédiés**, bien que cela ne soit pas le cas de la société cible suisse. À notre avis, l'obligation d'annoncer ne s'applique pas non plus dans ces cas.

Ceci doit également s'appliquer *mutatis mutandis* aux **autres exceptions légales à l'obligation d'annoncer** qui, selon le libellé de la loi, ne se rapportent qu'à la société cible elle-même: par conséquent, à notre avis, l'obligation d'annoncer ne s'applique pas non plus si un **établissement de droit public**, une **société coopérative** ou un **organisation d'utilité publique** acquiert, directement ou indirectement, une participation qualifiée dans une société cible suisse.

2.3 QUI DOIT ÊTRE ANNONCÉ EN TANT QU'AYANT DROIT ÉCONOMIQUE ?

S'il existe une obligation d'annoncer, l'actionnaire qualifié est tenu d'annoncer la **personne physique pour le compte de laquelle il agit en dernier lieu (ayant droit économique)**.

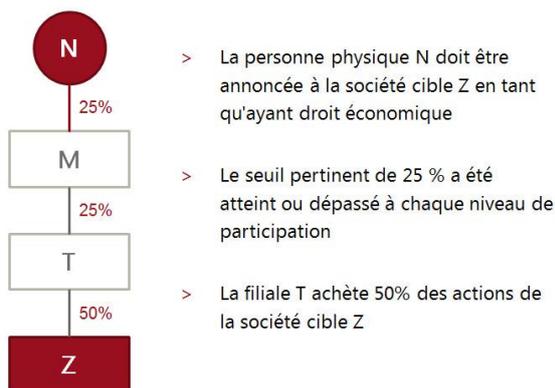
Encore une fois, et de manière incompréhensible, il n'y a pas d'exigences juridiques claires sur ce point central de la législation-GAFI. Toutefois, il est généralement admis que l'ayant droit économique au sens de la législation-GAFI est la personne qui, en dernier lieu (c'est-à-dire directement ou indirectement), **contrôle** l'actionnaire direct avec une majorité qualifiée (**seuil déterminant**). Plusieurs personnes physiques qui, bien qu'individuellement en dessous du seuil déterminant, sont par exemple liées par une **convention d'actionnaires**, peuvent, en fonction du contenu de celle-ci, **être considérées conjointement comme les ayants droit économiques**.

En revanche, on ne s'entend pas dans la doctrine et la pratique suisses sur la méthode à utiliser pour définir le seuil déterminant dans les structures de participation

comportant plusieurs niveaux (en particulier pour les sociétés appartenant à un groupe). A cet effet, les approches suivantes sont préconisées, conduisant souvent à des résultats différents en fonction du cas concret :

- > **Méthode de minimis** : selon la méthode la plus prudente, dans le cas de participations à plusieurs niveaux, les ayants droit économiques doivent être identifiés et annoncés chaque fois que le seuil déterminant **d'au moins 25%** du capital et/ou des voix est **atteint ou dépassé au niveau de participation concerné** au-dessus de l'acquéreur direct.

Exemple de la méthode *de minimis* :



- > **Méthode de la multiplication** : dans ce cas, toutes les participations directes et indirectes de la personne physique à la fin d'une chaîne d'investissement sont multipliées les unes par les autres. Toutefois, la part directe (50% de T) déclenchant l'obligation d'annoncer n'est pas incluse dans ce chiffre. Ce n'est que si le **résultat de la multiplication** atteint le seuil déterminant **d'au moins 25%** que la personne physique concernée est considérée comme ayant droit économique au sens de la législation-GAFI.

Dans l'exemple ci-dessus, la multiplication des participations de N et M donne 6,25%. Cela signifie que le seuil déterminant d'au moins 25% n'a pas été atteint, N **ne devrait donc pas** être déclaré comme ayant droit économique selon la méthode de la multiplication.

- > **Méthode de la majorité** : selon la méthode la plus libérale, dans le cas de participations à plusieurs niveaux, les ayants droit économiques ne doivent être déterminés que lorsqu'un seuil décisif de **50%** du capital et/ou des voix est **dépassé au niveau de participation concerné** au-dessus de l'acquéreur direct.

Cette condition n'est pas remplie dans l'exemple ci-dessus, dans lequel N **n'aurait pas** à être déclaré comme ayant droit économique selon la méthode de la majorité.

Compte tenu du fait que les annonces omises ou incorrectes des ayants droit économiques peuvent déjà avoir des conséquences juridiques dramatiques en vertu de l'actuelle législation-GAFI - et, selon la révision-GAFI, pourraient même entraîner des sanctions pénales supplémentaires à l'avenir - la prudence s'impose à cet égard et la méthode *de minimis* devrait être préférée jusqu'à nouvel ordre.

2.4 FAUT-IL ANNONCER MÊME SI EN RÉALITÉ RIEN NE DOIT L'ÊTRE?

Il n'existe pas non plus d'exigences juridiques claires quant à savoir si une annonce doit être faite ou la façon de la faire **si un ayant droit économique fait défaut ou ne peut être identifié** ou s'il existe une **exception à l'obligation d'annoncer**.

Dans la pratique, nous recommandons de respecter les directives suivantes :

- > **Annonce** : un actionnaire qualifié doit faire une notification **si un ou plusieurs ayants droit économiques (personnes physiques) ont été identifiés** et qu'il n'y a pas d'exceptions. Si l'actionnaire qualifié soumis à l'annonce est lui-même l'ayant droit économique (personne physique), cela fait l'objet de l'annonce.

"Il faut opérer une distinction entre annonce, annonce substitutive et annonce négative."

- > **Annonce substitutive** : un actionnaire qualifié doit soumettre une annonce substitutive si (i) **aucun ayant droit économique** n'existe ou (ii) de telles personnes existent mais **ne sont pas connues** ou n'ont pu être identifiées **malgré une enquête attentive (raisonnable)** menée par l'actionnaire qualifié.

Dans de tels cas, le prénom et le nom ainsi que la fonction du membre dirigeant de **l'organe de direction ou d'administration de la personne morale contrôlant en dernier lieu** (ou, selon une doctrine dissidente, de la société cible suisse concernée) doivent être indiqués à la place.

Sous cette fonction doit être mentionné en premier lieu le **CEO**, en second lieu l'**administrateur-délégué du Conseil d'administration** et, en troisième lieu, s'il n'existe pas de CEO ou d'administrateur-délégué du Conseil d'administration, le **Président du Conseil d'administration**.

- > **Annonce négative** : si et dans la mesure où **l'obligation d'annoncer** ne s'applique pas en raison d'une **exception** (chapitre 2.2), un actionnaire qualifié devrait néanmoins faire une annonce négative dans laquelle l'exception en question est signalée.

Même si l'annonce, l'annonce substitutive ou l'annonce négative n'est soumise à aucune exigence formelle et peut être faite oralement, il est recommandé qu'elle soit faite sous une forme susceptible de faire l'objet de contrôle (c'est-à-dire par écrit ou par courrier électronique) ou qu'il soit fait référence dans le registre des ayants droit économiques au dépôt et à la date de l'annonce faite uniquement oralement.

3 CONCLUSION ET PERSPECTIVES

Dans la pratique, la mise en œuvre de la législation-GAFI soulève de nombreuses questions auxquelles aucune réponse concrète ne peut être trouvée ni dans la loi, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, et auxquelles la doctrine et la pratique opposent des approches différentes et, finalement, contradictoires.

Étant donné que la violation des obligations d'annoncer en application de l'actuelle législation-GAFI entraîne déjà la **suspension des droits de vote** et la **déchéance des droits patrimoniaux** de l'actionnaire qualifié concerné, la clarification de ces questions juridiques en suspens par le législateur semble beaucoup plus urgente qu'un nouveau renforcement de la législation-GAFI.

En particulier, l'introduction de sanctions pénales prévues dans la révision-GAFI ne peut être justifiée du point de vue de l'État de droit, à moins que ces graves manquements de la législation actuelle ne soient préalablement corrigés.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



Jean Jacques Ah Choon

Associé
jean-jacques.ahchoon@swlegal.ch

A Zurich:



Martin Weber

Associé
martin.weber@swlegal.ch



Tarek Houdrouge

Associé
tarek.houdrouge@swlegal.ch



Pascal Hubli

Associé
pascal.hubli@swlegal.ch



SCHELLENBERG WITTMER SA / Avocats

ZURICH / Löwenstrasse 19 / Case postale 2201 / 8021 Zurich / Suisse / T+41 44 215 5252

GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse / T+41 22 707 8000

SINGAPOUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapour 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.