

Remarques concernant le respect de l'obligation de déclarer en cas d'augmentation de capital et allègement de l'obligation de déclarer pour les groupes de lock-up

Communication de l'Instance pour la publicité des participations I/09
du 7 avril 2009
Version modifiée du 1 février 2022

Table des matières

Résumé	3
1 Les droits de souscription en cas d'augmentation de capital	3
2 Allègement de l'obligation de déclarer pour les groupes de lock-up	4
2.1 Les conventions de blocage (lock-up agreements) peuvent fonder la constitution de groupes ..	4
2.2 Traitement des titres de participation et des dérivés de participation non bloqués	4
2.3 Allègements pour les groupes de lock-up	5
2.4 Schéma de déclaration concernant l'allègement de l'obligation de déclarer pour les groupes de lock-up	5

Résumé

Respect de l'obligation de déclarer des actionnaires lors d'une augmentation de capital

Si les actionnaires se voient immédiatement attribuer des droits de souscription sur la base de leur position d'actionnaires et proportionnellement à leur ancien taux de participation (acquisition originaire), ces droits de souscription ne sont pas soumis à l'obligation de déclarer. L'aliénation de droits de souscription qui ont fait l'objet d'une acquisition originaire n'est pas non plus soumise à l'obligation de déclarer. Enfin, il n'y a pas d'obligation de déclarer lorsqu'un actionnaire s'engage par avance à exercer les droits de souscription qui ont fait l'objet d'une acquisition originaire. La société n'est en principe pas tenue de déclarer l'émission de tels droits de souscription comme positions d'aliénation selon l'art. 14 al.1 let. b OIMF-FINMA¹.

L'acquisition dérivée de droits de souscription et l'aliénation de droits de souscription qui ont fait l'objet d'une acquisition dérivée déclenche une obligation de déclarer si la participation atteint ou franchit, à la hausse ou à la baisse, des seuils définis par l'art. 120 al. 1 LIMF².

Allègement de l'obligation de déclarer pour les groupes de lock-up

Les groupes de lock-up peuvent renoncer à une déclaration complète de l'ensemble des membres du groupe, dans la mesure où certaines exigences sont remplies. Si ces exigences ne sont pas respectées, une déclaration complète de tous les membres du groupe doit être effectuée. Les demandes d'exemption ou d'allègement selon l'art. 26 OIMF-FINMA demeurent réservées. L'émetteur est tenu de publier la déclaration des groupes de lock-up sur la plateforme de publication.

1 Les droits de souscription en cas d'augmentation de capital

Les droits de souscription selon l'art. 652b al. 1 CO³ donnent droit à l'actionnaire à la part des actions à émettre nouvellement qui correspond à sa participation antérieure. Ils concrétisent ainsi le droit de l'actionnaire au maintien de son taux de participation. Dans la mesure où l'actionnaire reçoit des droits de souscription directement sur la base de sa position d'actionnaire et proportionnellement à sa participation antérieure (acquisition originaire), ce qui est le cas lors d'une augmentation du capital au moyen d'une prise ferme par un consortium de banques préservant les droits de souscription, ceux-ci ne doivent pas être déclarés du fait que le droit de souscription représente simplement la conséquence d'une augmentation de capital prévue par le législateur et qu'en fin de compte, si l'actionnaire exerce son droit de souscription, sa participation n'est pas modifiée suite à l'augmentation de capital. La société n'est en principe pas tenue de déclarer l'émission de tels droits de souscription comme positions d'aliénation selon l'art. 14 al. 1 let. b OIMF-FINMA. Comme pour l'acquisition originaire de droits de souscription, l'aliénation de droits de souscription qui ont fait l'objet d'une acquisition originaire ne fait pas naître d'obligation de déclarer. Il n'existe pas non plus d'obligation de déclarer lorsqu'un actionnaire s'engage par avance à exercer les droits de souscriptions qui ont fait l'objet d'une acquisition originaire. En revanche, si l'actionnaire s'engage à acquérir des actions assorties d'un droit de souscription qui n'a pas été exercé, ce fait peut créer une obligation de déclarer.

¹ Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers, OIMF-FINMA) du 3 décembre 2015 (RS 958.111).

² Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers, LIMF) du 19 juin 2015 (RS 958.1).

³ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations, CO) du 30 mars 1911 (RS 220).

Par contre, l'acquisition dérivée de droits de souscription, par exemple dans le cadre d'un négoce des droits de souscription auprès de SIX Swiss Exchange, déclenche une obligation de déclarer si la participation atteint ou dépasse les seuils définis à l'art. 120 al. 1 LIMF. Lorsqu'une acquisition dérivée déclenche une obligation de déclarer, les éventuels droits de souscription qui ont fait l'objet d'une acquisition originale ne doivent pas être annoncés dans la déclaration correspondante. Pour les sociétés dont le siège se trouve en Suisse, l'ensemble des droits de vote inscrits au registre du commerce au moment de la conclusion de l'acte générateur d'obligations constitue la base de calcul des positions à déclarer en vertu de l'art. 14 al. 2 OIMF-FINMA. Pour les sociétés dont le siège se situe à l'étranger, la publication selon l'art. 115 al. 3 OIMF⁴ est déterminante (voir également la Communication I/13 de l'Instance pour la publicité des participations du 30 avril 2013 - Version modifiée du 20 septembre 2018).

2 Allègement de l'obligation de déclarer pour les groupes de lock-up

2.1 Les conventions de blocage (lock-up agreements) peuvent fonder la constitution de groupes

Quiconque accorde son comportement avec celui de tiers, par contrat, par d'autres mesures prises de manière organisée ou de par la loi, pour acquérir ou aliéner des titres de participation ou exercer des droits de vote est réputé agir de concert avec des tiers ou constituer un groupe organisé (art. 12 al. 1 OIMF-FINMA).

Lorsque des actionnaires concluent parallèlement des conventions de blocage (verticales) avec un tiers, celles-ci déploient un effet semblable à celui d'un pacte d'actionnaires, car elles déterminent le comportement des actionnaires vis-à-vis de l'aliénation des droits de participation. Selon la pratique constante de l'Instance pour la publicité des participations et de la FINMA, cela entraîne une obligation de déclarer en tant que groupe au sens de l'art. 12 OIMF-FINMA en relation avec les art. 120 al. 1 et 121 LIMF.

2.2 Traitement des titres de participation et des dérivés de participation non bloqués

Dans les cas où les actionnaires qui forment un groupe suite à leur engagement dans un lock-up détiennent ou acquièrent des titres de participation ou des dérivés de participation qui ne sont pas soumis à une interdiction d'aliénation, la question du traitement de ces titres de participation et des dérivés de participation non bloqués se pose. Ces titres de participation et dérivés de participation non bloqués ne doivent pas être imputés au montant des participations détenues par le groupe. Seuls peuvent être imputés au montant des participations détenues par un groupe de lock-up les titres de participation et les dérivés de participation qui ne peuvent pas être aliénés durant une certaine période.

En revanche, la question se pose de savoir si l'on doit déclarer les titres de participation et les dérivés de participation détenus à l'extérieur du groupe et les titres de participation et les dérivés de participation bloqués détenus par les membres du groupe cumulativement ou séparément seulement à partir du moment où les titres de participation et les dérivés de participation non bloqués atteignent le seuil de 3 pourcent des droits de vote.

Si chaque membre du groupe était soumis à l'obligation de déclarer individuellement l'ensemble de ses titres de participation et dérivés de participation bloqués et non bloqués (en sus de l'obligation de déclarer en tant que membre d'un groupe), les titres de participation et dérivés de participation bloqués seraient alors annoncés deux fois, une fois dans le cadre de la déclaration du groupe et une seconde fois dans celui de la déclaration individuelle. Une double obligation de déclarer les titres de participation ou

⁴ Ordonnance sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers, OIMF) du 25 novembre 2015 (RS 958.11).

les dérivés de participation n'est pas prévue à l'art. 120 al. 1 LIMF et ne serait pas opportune eu égard à la transparence visée par la loi (art. 1 al. 2 LIMF).

Les membres du groupe de lock-up sont donc soumis à l'obligation de déclarer les titres de participation et les dérivés de participation qu'ils détiennent à l'extérieur du groupe, indépendamment des titres de participation et des dérivés de participation bloqués. Les titres de participation et les dérivés de participation non bloqués ne doivent donc être déclarés qu'à partir du moment où ils représentent 3 pourcent des droits de vote, le calcul du pourcentage des droits de vote ne tenant pas compte des titres de participation et des dérivés de participation bloqués. Afin d'éviter tout malentendu, il faut exiger à ce sujet que la déclaration individuelle correspondante comporte une mention indiquant qu'il s'agit de titres de participation et de dérivés de participation non bloqués détenus hors du groupe. La déclaration devra en outre contenir un renvoi à la déclaration du groupe de lock-up dont l'actionnaire est membre.

2.3 Allègements pour les groupes de lock-up

La déclaration de l'ensemble des actionnaires qui sont membres d'un groupe de lock-up peut s'avérer très problématique dans la pratique, car il s'agit souvent de groupes composés de centaines, voire de milliers de membres, notamment lorsque les actions attribuées aux collaborateurs sont également soumises à une interdiction d'aliénation. Sans oublier le fait que chaque modification du cercle des personnes du groupe fait naître une obligation de déclarer (cf. art. 12 al. 3 OIMF-FINMA).

Un allègement de l'obligation de déclarer est particulièrement justifié lorsque les exigences y relatives garantissent une amélioration globale de la transparence. Dans le cas d'un allègement de l'obligation de déclarer pour les groupes de lock-up, cela implique que le groupe communique des informations supplémentaires. Dans cette optique, un groupe de lock-up pourra prétendre à un allègement de l'obligation de déclarer l'ensemble des membres du groupe si les membres du groupe de lock-up, dont les participations individuelles s'élèvent à 3 pourcent ou plus des droits de vote, sont désignés par leur nom, prénom et domicile, respectivement leur raison sociale et leur siège, avec l'indication (en pourcentage) de leur participation (individuelle).

2.4 Schéma de déclaration concernant l'allègement de l'obligation de déclarer pour les groupes de lock-up

Ainsi, les groupes de *lock-up* peuvent renoncer à une déclaration complète de l'ensemble des membres du groupe, dans la mesure où les exigences qui suivent sont remplies:

- la durée exacte du blocage (avec indication de la date d'échéance exacte) et la contrepartie (par exemple l'émetteur ou le consortium de banques) sont déclarées;
- le nombre des membres composant le groupe, le type et le nombre total des titres de participation et des dérivés de participation détenus par le groupe, l'ensemble des pourcentages de droits de vote et les représentants du groupe sont déclarés;
- on peut renoncer à désigner nommément et à indiquer le domicile ou le siège des membres du groupe détenant directement ou indirectement un pourcentage des droits de vote inférieur à 3 pourcent dans la société;
- les membres du groupe détenant directement ou indirectement un pourcentage de droits de vote de 3 pourcent ou plus doivent être déclarés en indiquant le nom, le prénom et le domicile, respectivement la raison sociale et le siège, ainsi que les pourcentages de droits de vote leur revenant. Si, par la suite, leurs participations atteignent ou franchissent, à la hausse ou à la baisse, un seuil au sens de l'art. 120 al. 1 LIMF, cela déclenche à nouveau une obligation de déclarer en tant que groupe. Une obligation de déclarer est également déclenchée lorsque le pourcentage des droits de vote d'un

membre du groupe soumis à l'obligation de blocage atteint ou dépasse le seuil de 3 pourcent des droits de vote durant la période de blocage;

- si une obligation de déclarer naît durant la période de blocage, la déclaration et la publication devront comporter à chaque fois les informations complètes et à jour conformément à la présente communication. Les modifications du cercle des personnes du groupe (art. 12 al. 3 OIMF-FINMA) doivent être déclarées et publiées si les membres du groupe détenant un pourcentage des droits de vote de 3 pourcent ou plus joignent ou quittent le groupe pendant la durée de blocage;
- les membres du groupe sont soumis à l'obligation de déclarer les titres de participation et les dérivés de participation qu'ils détiennent à l'extérieur du groupe, indépendamment des titres de participation et des dérivés de participation bloqués. Les titres de participation et les dérivés de participation non bloqués ne doivent donc être déclarés qu'à partir du moment où ils représentent 3 pourcent des droits de vote. La déclaration correspondante doit contenir une indication signalant qu'il s'agit de titres de participation et de dérivés de participation non bloqués détenus hors du groupe, ainsi qu'un renvoi à la déclaration du groupe de lock-up dont l'actionnaire est membre;
- l'expiration de la période de blocage fait naître une obligation de déclarer pour le groupe et celui-ci est tenu de déclarer un franchissement à la baisse du seuil de 3 pourcent des droits de vote;
- les actionnaires dont les participations individuelles atteignent ou dépassent le seuil de 3 pourcent suite à la dissolution d'un groupe de lock-up doivent déclarer ce fait à la société et à l'Instance pour la publicité des participations dans un délai maximum de quatre jours de bourse à compter de la dissolution du groupe de lock-up, conformément aux dispositions de l'OIMF-FINMA. Les actionnaires qui ont déjà déclaré individuellement leurs positions non bloquées pendant la période de blocage (voir ci-dessus) sont également soumis à l'obligation de déclarer lorsque leurs participations atteignent ou dépassent un seuil suite à l'expiration de la période de blocage. Dans ce cas également, la déclaration doit parvenir à la société et à l'Instance pour la publicité des participations dans un délai maximum de quatre jours de bourse à compter de la dissolution du groupe de lock-up, conformément aux dispositions de l'OIMF-FINMA.

Si ces exigences ne sont pas respectées, une déclaration complète de tous les membres du groupe doit être effectuée. Les demandes d'exemption ou d'allègement selon l'art. 123 al. 2 LIMF en relation avec l'art. 26 OIMF-FINMA demeurent réservées.

Ces allègements relatifs à l'obligation de déclarer des groupes de lock-up valent pour les groupes de lock-up qui sont déclarés au moyen d'une déclaration (formulaire) à la société ou à l'Instance pour la publicité des participations (art. 24 al. 1 OIMF-FINMA).

L'émetteur est tenu de publier la déclaration des groupes de lock-up sur la plateforme électronique de publication; la publication selon l'art. 24 al. 3 OIMF-FINMA doit avoir lieu dans les deux jours de bourse à compter de la réception de la déclaration par la société.

Si la publication des groupes de lock-up devrait être effectuée dans le prospectus, une demande d'exemptions et d'allègements doit être déposée conformément à l'art. 123 al. 2 LIMF en relation avec l'art. 26 OIMF-FINMA.

La présente communication a été portée à la connaissance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA avant sa publication.