

Communication de l'Instance pour la publicité des participations

I/18

Obligation de déclarer de la personne pouvant exercer librement les droits de vote selon l'art. 120 al. 3 LIMF

Date du 20 Septembre 2018

Résumé:

Est soumise à l'obligation de déclarer aux termes de l'art. 120 al. 3 LIMF toute personne qui peut exercer librement les droits de vote et qui est extérieure à la chaîne de contrôle de l'ayant droit économique des titres de participation.

Lorsqu'une participation dominante directe ou indirecte est donnée, l'obligation de déclarer peut, à titre alternatif et au choix de la personne dominante («dernier maillon de la chaîne»), être satisfaite par une déclaration sur une base consolidée (art. 10 al. 2 OIMF-FINMA).

L'art. 120 al. 3 LIMF ne s'applique pas aux dérivés de participation.

1. Introduction

Avec l'entrée en vigueur de l'art. 120 al. 3 LIMF, une obligation légale supplémentaire de déclarer a été introduite pour les personnes pouvant exercer librement les droits de vote (parallèlement à l'obligation de déclarer de l'ayant droit économique selon 120 al. 1 LIMF en relation avec l'art. 10 al. 1 OIMF-FINMA).

Les obligations de déclarer prévues respectivement à l'art. 120 al. 1 LIMF et à l'art. 120 al. 3 LIMF existent indépendamment¹. L'ayant droit économique reste par conséquent dans tous les cas soumis à l'obligation de déclarer, indépendamment du fait qu'une autre personne puisse exercer librement les droits de vote au sens de l'art. 120 a. 3 LIMF.

S'agissant des dispositions relatives aux placements collectifs de capitaux stipulées à l'art. 18 OIMF-FINMA, il convient de relever que l'obligation de déclarer correspondante se fonde sur l'art. 120 al. 1 LIMF (cf. art. 18 al. 1 OIMF-FINMA): «sont tenus de déclarer au sens de l'art. 120 al. 1 LIMF [...]»). L'art. 120 al. 3 LIMF peut ainsi s'appliquer parallèlement aux participations détenues par des placements collectifs de capitaux (par exemple, lorsque la direction de fonds délègue le libre exercice des droits de vote à une personne extérieure à sa chaîne de contrôle).

2. Conditions de l'art. 120 al. 3 LIMF

(i) Autorisation d'exercer librement les droits de vote

Le libre exercice présuppose que l'autorisation d'exercer les droits de vote inclue non seulement le «pouvoir» sur le plan légal, mais également le «pouvoir» au sens d'être autorisé à le faire². Cela signifie qu'il n'existe pas d'autorisation d'exercer librement les droits de vote au sens de l'art. 120 al. 3 LIMF lorsque l'ayant droit économique donne des instructions relatives à l'exercice des droits de vote³.

Une personne est en particulier libre dans l'exercice des droits de vote lorsqu'elle peut exercer les droits de vote sans consulter l'ayant droit économique, qu'elle n'est pas liée par les propositions du conseil d'administration de la société dont les actions sont cotées et qu'elle ne doit pas observer d'autres exigences.

Si l'ayant droit économique qui a transféré l'exercice des droits de vote à un tiers influence l'exercice des droits de vote en donnant des instructions, le libre exercice par ce tiers doit être nié. Dans ce cas, il n'existe pas d'obligation de déclarer de la personne autorisée à exercer les droits de vote.

¹ Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative au projet d'OIMF-FINMA, qui a eu lieu du 20 août au 2 octobre 2015, p. 20.

² Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative au projet d'OIMF-FINMA, qui a eu lieu du 20 août au 2 octobre 2015, p. 23.

³ Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative au projet d'OIMF-FINMA, qui a eu lieu du 20 août au 2 octobre 2015, p. 23.

(ii) Personnes en dehors de la chaîne de contrôle de l'ayant droit économique

Une des conditions de l'obligation de déclarer aux termes de l'art. 10 al. 2 OIMF-FINMA est que les droits de vote ne doivent pas être exercés, directement ou indirectement, par l'ayant droit économique. Cela signifie que l'obligation de déclarer aux termes l'art. 120 al. 3 LIMF ne peut exister que pour les personnes extérieures à la chaîne de contrôle de l'ayant droit économique⁴.

Si, par exemple, les droits de vote sont exercés par une filiale de l'ayant droit économique, ce fait ne déclenche pas d'obligation de déclarer selon l'art. 120 al. 3 LIMF. L'ayant droit économique peut ainsi déléguer librement les droits de vote au sein de «son» groupe, sans que cela ne fasse naître d'obligation de déclarer.

3. Personne soumise à l'obligation de déclarer (art. 10 al. 2 OIMF-FINMA)

Est soumis à l'obligation de déclarer aux termes de l'art. 120 al. 3 LIMF quiconque peut décider effectivement de la manière dont il entend exercer les droits de vote⁵. Cela signifie que la personne à laquelle l'exercice des droits de vote a été formellement transféré n'est pas automatiquement soumise à l'obligation de déclarer⁶. Plus particulièrement, dans les cas où la personne est dominée directement ou indirectement, il y a lieu d'examiner qu'elle est la personne qui dispose effectivement du libre exercice.

Si la personne à laquelle l'exercice des droits de vote a été formellement transféré est dominée, directement ou indirectement, l'obligation de déclarer peut, à titre alternatif et au choix de la personne dominante («dernier maillon de la chaîne»), être satisfaite par une déclaration sur une base consolidée (art. 10 al. 2 OIMF-FINMA). Cela a pour conséquence que tous les autres droits de vote relatifs au même émetteur qui peuvent être exercés librement par des sociétés dominées, de même que d'autres éventuelles positions (titres de participation et dérivés de participation), doivent être additionnés par la personne dominante et déclarés par celle-ci sur une base consolidée.

Les déclarations faites sur une base consolidée doivent être munies d'une mention correspondante (voir ci-après l'extrait du formulaire de déclaration mis à disposition par l'Instance pour la publicité des participations):

In cas d'une déclaration selon l'art. 120 al. 3 LIMF (voir également partie 4, élément 3):
La déclaration est faite sur une base consolidée au sens de l'art. 10 al. 2 phrases 2 et 3 OIMF-FINMA:

Oui, sur une base consolidée. Non, la déclaration est faite par la personne décidant effectivement de l'exercice des droits de vote.

Grâce à la déclaration sur une base consolidée effectuée par la personne dominante, les sociétés dominées se voient libérées de leur obligation de déclarer et ne doivent plus déclarer leurs propres franchissements de seuils. Un passage à un système de déclaration sur une base non consolidée nécessite, le cas échéant, une déclaration de la personne dominante (déclaration du franchissement à la baisse des 3 pourcent des droits de vote)⁷.

4. Naissance de l'obligation de déclarer

Dans le cas d'une déclaration des droits de vote selon l'art. 120 al. 3 LIMF, il ne s'agit pas d'une déclaration résultant d'une opération d'acquisition ou d'aliénation, c'est pourquoi l'art. 13 al. 1 OIMF-FINMA ne s'applique pas. La conclusion de l'acte générateur d'obligations ne constitue donc pas en règle générale le moment auquel naît l'obligation de déclarer.

⁴ Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative au projet d'OIMF-FINMA, qui a eu lieu du 20 août au 2 octobre 2015, p. 22.

⁵ Rapport explicatif relatif à la révision partielle de l'OIMF-FINMA du 22 août 2016, p. 4.

⁶ Rapport explicatif relatif à la révision partielle de l'OIMF-FINMA du 22 août 2016, p. 5.

⁷ Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative au projet d'OIMF-FINMA, qui a eu lieu du 22 août au 3 octobre 2016, p. 11 s.

L'art. 120 al. 3 LIMF ne s'applique que lorsque les droits de vote peuvent effectivement être exercés. Ce n'est pas le moment auquel le contrat est conclu qui est déterminant pour la naissance de l'obligation de déclarer, mais le moment à compter duquel l'autorisation d'exercer librement les droits de vote est valable et peut effectivement déployer ses effets, comme par exemple à l'occasion d'un vote à une assemblée générale.

Une procuration exceptionnelle pour l'exercice des droits de vote à une assemblée générale ne fait pas naître une obligation de déclarer (cf. art. 120 al. 5 LIMF)⁸.

Il convient de relever les points suivants s'agissant des contrats de gage: La mise en gage de titres de participation n'est pas explicitement réglée par l'OIMF-FINMA. Selon la pratique, la conclusion d'un contrat de gage portant sur des actions nominatives n'entraîne pour aucune des parties une obligation de déclarer, dans la mesure où le créancier-gagiste n'est pas autorisé à exercer les droits de vote.

Si le créancier-gagiste est autorisé à exercer librement les droits de vote (par exemple lors de la survenance d'un événement déterminé), l'art. 120 al. 3 LIMF peut s'appliquer et une obligation de déclarer pour le créancier-gagiste être déclenchée par l'existence de cette possibilité réelle du libre exercice des droits de vote (parallèlement à l'obligation de déclarer incombant au débiteur qui subsiste aux termes de l'art. 120 al. 1 LIMF).

5. Contenu de la déclaration

Les dérivés de participation ne confèrent aucun droit de vote aussi longtemps qu'ils ne sont pas exercés et qu'aucune action n'est acquise de ce fait. Par conséquent, il n'est pas envisageable qu'un tiers puisse être autorisé à exercer librement les droits de vote en lien avec des dérivés de participation au sens de l'art. 15 OIMF-FINMA. L'art. 120 al. 3 LIMF ne s'applique donc non pas aux dérivés de participation, mais exclusivement aux actions et aux parts semblables aux actions.



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

⁸ Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative au projet d'OIMF-FINMA, qui a eu lieu du 20 août au 2 octobre 2015, p. 23.