

Communiqué de l'Instance pour la Publicité des Participations du 26 février 1999

II/99

Opérations de gestion de fortune et de dépôts / nomines

Résumé:

- S'ils ne peuvent déterminer de manière *autonome* le type d'exercice des droits de vote, les intermédiaires financiers professionnels – à la différence des ayants droit économiques - ne sont soumis à aucune obligation indépendante de déclarer.
- En tant que simple *intermédiaire* sans autonomie relative à l'exercice et la portée des droits de vote, le nominee *n'est pas soumis* à l'obligation de déclarer.

1. Fondements juridiques

En vertu de l'art. 9 al. 1 OBVM-CFB¹, l'*ayant droit économique* ("beneficial owner") est soumis à l'obligation de déclarer s'il a acquis ou aliéné directement ou indirectement des titres de participation et a ainsi atteint, dépassé ou est descendu sous les seuils de l'art. 20 al. 1 LBVM².

Dans l'art. 9 al. 3 lit. d OBVM-CFB¹, la notion d'acquisition indirecte est étendue à "tout autre procédé qui *confère finalement le droit de vote sur les titres de participation*". Sont exceptées les procurations conférées exclusivement à des fins de représentation à une assemblée générale.

L'art. 9 al. 2 OBVM-CFB¹ précise l'extension de l'art. 9 al. 3 lit. d OBVM-CFB¹ dans ce sens: est *également* soumis à l'obligation de déclarer quiconque atteint, dépasse ou descend en dessous d'un seuil par l'acquisition ou l'aliénation de titres de participation pour le compte de plusieurs ayants droit économiques indépendants et "*dispose du droit de vote dans cette mesure*".

En vertu de l'art. 20 al. 1 LBVM², il y a obligation de déclarer, que les droits de vote soient exerçables ou non.

2. Conséquences

D'après ces fondements juridiques, un tiers a une obligation indépendante de déclarer dans la mesure où il est non seulement habilité à exercer les droits de vote, mais peut aussi déterminer de manière *autonome* l'exercice et la portée des droits de vote. Selon la conception de l'Instance pour la publicité des participations, cette autonomie du tiers existe notamment dans les cas suivants:

- (a) si le tiers peut exercer les droits de vote sans consulter l'ayant droit économique et n'est pas lié aux propositions du conseil d'administration; ou
- (b) si le tiers est certes obligé de demander des instructions auprès de l'ayant droit économique, mais a ensuite une liberté d'exercice du droit de vote au sens de la lettre a dans le cas où l'ayant droit économique ne donne effectivement aucune instruction.

A l'inverse, il découle qu'il n'y a pas obligation indépendante de déclarer si le tiers ne peut voter que dans le même sens que le conseil d'administration ou uniquement selon les instructions de l'ayant droit économique ou d'une autre personne. En revanche, il n'y a aucune réduction graduelle de l'autonomie lors de l'exercice des droits de vote. Un tiers qui peut voter librement ne serait-ce que sur un seul point de l'ordre du jour au cours d'une assemblée générale se voit ainsi soumis à l'obligation de déclarer.

Dans la grande majorité des cas, l'obligation de déclarer ne concerne ainsi **pas les intermédiaires financiers professionnels**, mais les **ayants droit économiques**. En général, ne sont pas soumis à l'obligation de déclarer: le **négociant en valeurs mobilières** qui achète ou vend des valeurs mobilières à la bourse; la **banque de dépôt** qui livre ou reçoit des titres (Réglementation du droit de vote attaché aux actions en dépôt selon l'art. 689d CO³) et le **gestionnaire de fortune** qui choisit les investissements (mandat de gestion classique au sens des directives de l'Association suisse des banquiers). Dans chacun des cas cités, l'obligation de déclarer incombe en tout cas au **client ayant droit économique** qui acquiert ou aliène directement ou indirectement des titres de participation et atteint les seuils de l'art. 20 al. 1 LBVM².

Dans le schéma classique, le **nominee** exerce le droit de vote en tant que «record owner» («legal owner»/«nominal owner») *dans l'intérêt et selon les instructions du détenteur économique de la position des actionnaires* («beneficial owner») et n'est par conséquent pas autorisé à exercer les droits de vote correspondants de manière autonome. De ce fait, s'il agit uniquement comme intermédiaire dans la relation client/nominee lors de l'exercice des droits sociaux, c'est-à-dire s'il ne dispose d'aucun pouvoir de décision dans le cadre de l'exercice des droits de vote, le nominee n'est pas soumis à l'obligation de déclarer. Le fait que les droits de vote soient exerçables ou non dans la relation nominee/société cotée (par exemple à la suite de l'inscription du nominee comme actionnaire sans droit de vote) est par contre sans importance pour statuer sur l'obligation de déclarer.

¹ Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Ordonnance de la CFB sur les bourses, OBVM-CFB) du 25 juin 1997 (RS 954.193).

² Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) du 24 mars 1995 (RS 954.1).

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

Les communiqués de l'Instance pour la Publicité des Participations SWX ne lient pas la Commission fédérale des Banques d'autant que par définition elle ne les approuve pas.

TABLEAU DE CONCORDANCE

Communiqué II/99 du 26 février 1999

Opérations de gestion de fortune et de dépôts / nominées

Loi sur les bourses (LBVM) (Etat au date de la notification)	Loi sur les bourses (LBVM) (Etat le 1^{er} mai 2013)
art. 20 al. 1	art. 20 al. 1

Ordonnance de la CFB (OBVM-CFB) (Etat au date de la notification)	Ordonnance de la FINMA (SESTO-FINMA) (Etat le 1^{er} mai 2013)
art. 9 al. 1	art. 9 al. 1
art. 9 al. 2	art. 9 al. 2
art. 9 al. 3 lett. d	art. 9 al. 3 lett. d

Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (Etat au date de la notification)	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (Etat le 1^{er} janvier 2013)
art. 689d	art. 689d