WilhelmGilliéron
AVOCATS

Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 17 novembre 2019

Avec la fin des actions au porteur non cotées, de belles batailles juridiques s'annoncent !

Le délai référendaire n'ayant pas été utilisé, la novelle du 21 juin 2019 prévoyant la fin des actions au porteur pour les sociétés non cotées est entrée en vigueur au 1er novembre 2019.

Ainsi, les sociétés dont le capital-actions n'est pas composé de titres cotés en bourse ou qui ne sont pas intermédiés, se voient impartir un délai de six mois pour convertir leurs titres au porteur en titres nominatifs. Ce délai échoit le 1er mai 2020 (article 622 al. 2ter nouveau).

Les sociétés qui ont des titres au porteur cotés ou intermédiés doivent faire inscrire au registre du commerce dans un délai de 18 mois, soit au 1er mai 2021 (article 2 des dispositions transitoires de la novelle), que leur capital-actions est composé de tels titres.

Si la société n'a pas rempli ses obligations dans le délai de 18 mois précité, ses actions au porteur sont converties *de jure*, tant sur le plan de leurs effets patrimoniaux que sociaux, en actions nominatives (article 4 al. 1 des dispositions transitoires). Tant que les statuts n'ont pas été adaptés à cette conversion, l'inscription de la société au registre du commerce comporte alors une remarque selon laquelle l'inscription de la société contient des indications contraires à l'inscription (article 4 al. 2 des dispositions transitoires).

Les statuts doivent être adaptés en conséquence au plus tard lors de la prochaine modification de ces derniers. Dans l'intervalle, et d'ici à ce que cette adaptation soit dûment opérée, aucune autre modification des statuts ne sera enregistrée par le registre du commerce (article 5 al. 1 et 2 des dispositions transitoires).

La nouvelle loi prévoit toutefois une variante de taille au régime et aux effets de cette conversion, très vraisemblablement génératrice de batailles judiciaires homériques. En effet, aux termes de l'article 6 des dispositions transitoires, en ce qui concerne les actions au porteur converties en actions nominatives, si leur(s) titulaire(s) ne s'étai(en)t pas conformé(s) à l'obligation d'annonce de l'ayant droit économique au sens de l'article 697i CO de l'ancien droit (voir notre paper du 25 août 2017 sur notre blog : https://wg-avocats.ch/blog/actions-porteur-societes-suisses/, les droits sociaux de ces actionnaires seront suspendus et les droits patrimoniaux seront éteints. Le conseil d'administration est responsable du bon respect de cette interdiction, laquelle doit être dûment consignée au registre des actions.

Les actionnaires ainsi concernés disposent toutefois d'une dernière chance de se voir reconnaître leur qualité d'actionnaire s'ils introduisent, d'ici au 31 octobre 2024 au plus tard (soit dans un délai de cinq ans dès l'entrée en vigueur de la novelle), une action dans ce sens, à leur frais, devant le tribunal du siège de la société, s'ils démontrent l'accord préalable de la société à cette action et s'ils prouvent leur qualité d'actionnaire (article 7 al. 1 et 2 des dispositions transitoires). En cas d'approbation par le tribunal de cette demande, les actionnaires retrouvent leur qualité avec effet *ex nunc*, c'est-à-dire sans effet rétroactif (article 7 al. 3 des dispositions transitoires). A l'échéance du délai de 5 ans précité, les actions au porteur converties en titre nominatif et dont le titulaire ne s'était pas conformé à l'obligation de l'article 697i de l'ancien droit, sont définitivement annulées et les actionnaires déchus de leurs droits. Ces actions sont transformées en actions propres de la société (article 8 al. 1 des dispositions transitoires).

Enfin, dans un ultime geste de mansuétude, le législateur a prévu, à l'article 8 al. 2 des dispositions transitoires, que si les actionnaires qui ne s'étaient pas conformés à leur obligation d'annonce et qui n'avaient rien fait dans le délai de cinq ans, démontrent que leurs actions *« ont été annulées sans faute de leur part »*, ces actionnaires peuvent faire valoir auprès de la société un droit à être indemnisés. Ce droit doit être opposé à la société dans un délai de 10 ans suivant la date de l'annulation des actions. Le requérant à cette indemnisation doit alors non seulement prouver qu'il n'a pas commis de faute (la négligence n'étant pas une faute…), mais également qu'il était actionnaire au moment de l'annulation. Le montant de l'indemnisation dû correspond à la valeur réelle de l'action au moment de sa conversion à moins que cette valeur soit inférieure au moment du dépôt de la revendication.

Cet alinéa 2 de l'article 8 des dispositions transitoires de la novelle de la loi fédérale du 21 juin 2019 promet de belles batailles judiciaires entre la société et le requérant. En effet, selon le texte de cette disposition législative transitoire, c'est l'actionnaire qui est le requérant et non son ayant-droit économique. Par ailleurs, seule la faute empêche l'indemnisation et non la négligence. En outre, la

valeur réelle des actions ainsi annulées devra être démontrée, tant au moment de leur conversion qu'au moment de la date du dépôt de la requête en indemnisation auprès de la société. Enfin, en tous les cas, une indemnisation est exclue si la société ne dispose pas de fonds propres librement disponibles permettant cette indemnisation.

La novelle impose d'importantes obligations au conseil d'administration de sociétés non cotées dont les actions sont au porteur. Il importe donc au conseil d'administration de se mettre à la tâche sans tarder en s'entourant de conseils de spécialistes en matière de droit des sociétés, au risque d'engager leur responsabilité civile.

Enfin, cette novelle contient une révision importante du droit en matière de carences dans l'organisation de la société, au sujet de laquelle nous reviendront dans un prochain paper.

Source :
https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-commercial/avec-la-fin-des-actions-au-porteur-non-cotees-de-belles-batailles-juridiques-sannoncent/