



abels avocats

# **Les nouvelles règles de transparence, en particulier s'agissant des actions au porteur**

**Sébastien Bettschart**

Dr en droit, LL.M. (NYU)

Avocat (Genève)

Chargé de cours à l'Université de Fribourg

Chargé d'enseignement à l'Université de Genève

Formation notaires-stagiaires

UNIFR, 5 novembre 2015

# I. Introduction

## 1. Contexte international

- Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux / GAFI
  - Créé lors du sommet du G7 en 1989
  - Actuellement 36 Etats membres
  - Mission d'examiner les techniques et tendance du blanchiment de capitaux
  - Publication de recommandations révisées en février 2012  
([www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommandations/Recommandations\\_GAFI.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommandations/Recommandations_GAFI.pdf))
  - Evaluations mutuelles et publications de rapports correspondants

# I. Introduction

## 1. Contexte international

- Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales
  - Cadre créé en 2000 sous l'égide de l'OCDE, restructuré en 2009
  - 126 membres
  - Termes de référence comme critères pour l'évaluation par les pairs ([www.oecd.org/fr/ctp/44839470.pdf](http://www.oecd.org/fr/ctp/44839470.pdf))
  - Evaluations mutuelles et publication de rapports correspondants

# I. Introduction

## 2. Exigences du GAFI

Recommandation n° 24

Transparence et bénéficiaires effectifs des personnes morales:

Les pays devraient s'assurer que des informations satisfaisantes, exactes et à jour sur **les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des personnes morales** peuvent être obtenues ou sont accessibles en temps opportun par les autorités compétentes.

En particulier, les pays dans lesquels les personnes morales peuvent émettre des actions au porteur (...) devraient prendre des mesures efficaces pour s'assurer **qu'elles ne sont pas détournées à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.**

Note interprétative de la recommandation 24, not. lettres B et D

La notion d'actionnaire ayant une **participation de contrôle** mentionnée dans le paragraphe 5(b)(i) de la note interprétative de la recommandation 10 peut être fondée sur un seuil (par exemple, toutes les personnes détenant plus d'un certain pourcentage de la société - par exemple, **25%**)

Glossaire

L'expression **bénéficiaire effectif** désigne la ou les personnes physiques qui en dernier lieu possèdent ou contrôlent un client et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une opération est effectuée. Sont également comprises **les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique.**

# I. Introduction

## 3. Exigences du Forum mondial

Critère A.1.2

Lorsque les pays autorisent l'émission d'**actions au porteur**, ils doivent avoir mis en place des **mécanismes appropriés permettant d'identifier les propriétaires de ces actions**.

# I. Introduction

## 4. Transposition nationale (Lex GAFI)

- Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012
- Avant-projet du 27 février 2013
- Message du 13 décembre 2013 (FF 2014 585)
- Adopté le 12 décembre 2014 (RO 2015 1389)
- Huit lois modifiées
- Entrée en vigueur:
  - 1<sup>er</sup> juillet 2015 : CO, LPCC, LTI
  - 1<sup>er</sup> janvier 2016: CC, LP, CP, DPA et LBA. En parallèle: nouvelle OBA-FINMA du 3 juin 2015 (RO 2015 2083)

# I. Introduction

## 4. Les nouvelles dispositions du CO

- 50'000 SA ont émis des actions au porteur
- Mais toutes les SA (env. 200'000), Sàrl (env. 150'000) et Coop sont concernées par la Lex GAFI
- Uniquement les sociétés (SA) dont les titres ne sont pas cotés en bourse
- Le régime applicable aux actions au porteur
  - Obligations qui incombent aux actionnaires
  - Obligations qui incombent à la société
  - Annonce auprès d'un intermédiaire financier
  - Conversion d'actions au porteur
  - Sanctions
  - Dispositions transitoires

## II. Les actions au porteur

### 1. Les obligations qui incombent aux actionnaires

- Annonce de l'acquisition (697i I)
  - Prénom et nom ou raison sociale
  - Adresse
  - Date d'acquisition?
  - 697i I CO (une action) vs. 20 I LBVM (3%)
- Identification de l'actionnaire (697i II)
  - Copie des actions
  - PP: pièce de légitimation officielle comportant une photographie (lit. a)
  - PM CH: extrait du RC
  - PM étrangères: extrait actuel et attesté conforme du RC ou document de même valeur



## II. Les actions au porteur

### 1. Les obligations qui incombent aux actionnaires

- Identification de l'ayant droit économique (697j I)  
Quiconque **acquiert**, seul ou de concert avec un tiers, des actions d'une société dont les titres ne sont pas cotés en bourse et dont la participation, à la suite de cette opération, **atteint ou dépasse le seuil de 25 % du capital-actions ou des voix**, est tenu d'annoncer dans un délai d'un mois à la société **le prénom, le nom et l'adresse de la personne physique pour le compte de laquelle il agit en dernier lieu (ayant droit économique)**
- Aussi valable pour les actions nominatives et les parts de Srl
- Seuil de 25% s'applique au détenteur pas à l'ADE!

## II. Les actions au porteur

### 1. Les obligations qui incombent aux actionnaires

- Dispositions communes pour les annonces
  - Délai pour les annonces: un mois (697i I et 697j I)  
(AP: immédiatement)
  - Annonce des modifications relatives au prénom, nom, raison sociale et adresse (697i III et 697j II).
    - Quid du changement d'ADE?
    - Délai?
  - Exception: titres intermédiés (697i IV et 697j III)

## II. Les actions au porteur

### 2. Les obligations qui incombent à la société

- Liste des détenteurs d'actions au porteur et des ADE (697I)
  - Contenu
    - Contenu des annonces selon 697i I et 697j I
    - Plus: nationalité et date de naissance des détenteurs d'actions (697I II *in fine*)
    - Plus: date de l'acquisition, date de l'annonce, identification des actions
  - Compétence?
- Liste des ADE aussi pour les actions nominatives et les parts de Sàrl (790a III)
- Liste des associés (mais pas des ADE) de la Coop (837)

## II. Les actions au porteur

### 2. Les obligations qui incombent à la société

- Dispositions communes relatives aux listes GAFl, au registre des actions et au registre des parts sociales
  - Délai de conservation de 10 ans (686 V, 697I III, 747 I, 790 V, 837 II)
  - Accès en Suisse (686 I, 697I V, 747 II, 790 I, 837 I)
  - Accès par l'organe domicilié en Suisse (718 IV, 814 III, 898 II)
- Le CA s'assure qu'aucun actionnaire n'exerce ses droits en violation de ses obligations d'annoncer (697m IV)

## II. Les actions au porteur

### 3. Annonce auprès d'un intermédiaire financier (697k)

- Décision de l'AG (697k I)
- IF nommé par CA et communiqué aux actionnaires (697k II)
- Obligation de tenir la liste et de conserver les pièces (697I IV)
- Obligation de l'IF de renseigner la société (697k III), limitée de manière à préserver l'anonymat de l'actionnaire et de l'ADE (FF 2014 641)
- Possibilité réservée aux actions au porteur ( $\neq$  ADE des actions nominatives et des parts de la Srl)
- Responsabilité du CA?

## II. Les actions au porteur

### 4. Conversion des actions au porteur

- Nouvelle majorité basée sur les voix exprimées ( $\neq$  703 mais anticipe 703 II AP: abstentions)
- Impératif
- Délai de 2 ans pour adapter les statuts (2 DT)

## II. Les actions au porteur

### 5. Sanctions

- Au niveau de l'actionnaire
  - L'actionnaire ne peut pas exercer ses droits sociaux ou patrimoniaux tant qu'il ne s'est pas conformé à ses obligations d'annoncer (697m I et II). Délai?
  - S'il omet de s'annoncer dans un délai d'un mois à compter de l'acquisition, il perd ses droits patrimoniaux (697m III)
  - En cas d'annonce subséquente, il peut faire valoir les droits patrimoniaux qui naissent à compter de cette date (697m III *in fine*)
  - Action en restitution (678)
- Au niveau de la société et de ses organes
  - Annulabilité des décisions (691 III), voire nullité (706b)
  - Action en responsabilité du CA (754)

## II. Les actions au porteur

### 5. Sanctions

- Sanctions identiques pour la Srl (790a III)
- Pas de sanctions pour la Coop (837)
- Sanctions pénales directes supprimées par le Parlement (327 et 327a P-CP)
- Mais: 251 (faux dans les titres), 305bis (blanchiment) et 102 (punissabilité de l'entreprise) CP



## II. Les actions au porteur

### 6. Dispositions transitoires

- Les nouvelles dispositions s'appliquent **dès leur entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes** (1 II DT)
- Règle spéciale (3 DT)
  - Les personnes qui **détiennent** des **actions au porteur à l'entrée en vigueur** doivent se conformer aux obligations d'annoncer prévues pour l'acquisition (... *die beim Aktienerwerb gelten*)
  - Le délai relatif à **l'extinction des droits patrimoniaux** expire **six mois après l'entrée en vigueur** (i.e. le 31 décembre 2015)
  - Pas d'obligation similaire pour les détenteurs d'actions nominatives, de parts de Sàrl et les associés existants d'un Coop
- Règle spéciale pour les statuts (2 ans) (2 DT)

### III. Quelques questions (controversées)

- Bons de participation (656a II)?
  - Global Forum
  - Travaux parlementaires
- Usufruit (plutôt oui, mais pas prévu par le CO) et droit de gage (905 CC)?
- Définition de l'ADE
  - Y a-t-il toujours un ADE personne physique? FF 2014 639 mentionne les organisations d'utilité publique.
  - Quid des structures de groupe: 2a III nLBA par analogie? Renvoi prévu par 697j AP supprimé dans le projet et la version finale

Sont **réputées ayants droit économiques** (...) les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent la personne morale, du fait qu'elles détiennent (...) **indirectement** (...) une participation d'au moins **25 % du capital ou des voix** ou qu'elles la contrôlent d'une autre manière. Si ces personnes ne peuvent pas être identifiées, il y a lieu d'identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction.
  - Quid des filiales de sociétés cotées: 4 I nLBA par analogie?

Si le cocontractant est une société cotée en bourse **ou une filiale détenue majoritairement par une telle société**, l'intermédiaire financier peut **renoncer à l'identification de l'ADE**

## IV. Remarques conclusives

- 350'000 "intermédiaires financiers" d'un nouveau type?
- Principe de proportionnalité et d'égalité de traitement
- Bien juridique protégé
- Clef de lecture pour le droit civil?

### Références:

Dieter Gericke / Daniel Kuhn, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, *in* PJA 2015, p. 849 ss

Lukas Glanzmann, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, 2015

Philip Spoerlé, Die Inhaberaktie, thèse St-Gall, Zurich 2015

## Merci de votre attention

**Sébastien Bettschart**  
**ABELS Avocats**  
**1, r. Michel-Roset**  
**1201 Genève**  
**T 022 715 07 00**  
**F 022 715 07 01**  
**bettschart@abels.pro**  
**www.abels.pro**