

Secrétariat d'Etat aux questions
financières internationales (SIF)
A l'att. de Mme Brigitte Hofstetter
3000 Berne

Par courriel :
Vernehmlassungen@sif.admin.ch

RR/js

312

Berne, le 24 avril 2018

Prise de position de la Fédération Suisse des Avocats dans la consultation sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence des personnes morales et l'échange d'informations fiscales

Monsieur le Conseiller fédéral,
Mesdames, Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats (FSA/SAV) vous remercie de la procédure de consultation susmentionnée.

La FSA présente plusieurs remarques spécifiques, s'agissant des modifications du Code des obligations (CO) d'abord.

1. Actions au porteur – ad art. 622 CO :

ad art. 622 al. 1 :

La FSA est d'accord avec cette modification. A titre de clarification, nous **proposerions de viser les sociétés dont les « titres de participation »/ « Beteiligungspapiere » (et non seulement les actions) sont cotés en bourse**. Il serait en effet opportun d'employer la même terminologie que pour la publicité des participations au sens de l'art. 120 al. 1 LIMF. Cette approche permet aussi d'éviter une application concurrente de deux régimes visant à identifier l'ayant droit économique d'actionnaires.

ad art. 622 al. 2 :

La FSA **s'oppose à la suppression des actions au porteur**, alors que le parlement a manifesté sa volonté de conserver ce type de titres en 2014 et a imposé aux sociétés désirant conserver ce type de titre l'obligation de tenir une liste des actionnaires.

A titre subsidiaire, si le Conseil fédéral devait suivre cette voie, il devrait **en tout cas être possible**

de maintenir les actions au porteur sous forme de titres intermédiés :

« Dans les sociétés dont les titres de participation ne sont pas cotés en bourse, les actions au porteur doivent être émis sous forme de titres intermédiés au sens de la loi sur les titres intermédiés du 3 octobre 2008. La société désigne le dépositaire auprès duquel les actions sont déposées ou le registre principal doit être tenu ; le dépositaire doit être en Suisse. La livraison des papiers-valeurs aux actionnaires est exclue. » /

« Bei Gesellschaften ohne börsenkotierte Beteiligungspapiere müssen Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes vom 3. Oktober 2008 ausgestaltet werden. Die Gesellschaft bezeichnet die Verwahrungsstelle, bei der die Inhaberaktien hinterlegt oder ins Hauptregister eingetragen werden; die Verwahrungsstelle muss in der Schweiz sein. Die Auslieferung von Wertpapieren an Aktionäre ist ausgeschlossen. »

ad art. 622 al. 2bis :

La FSA propose une modification d'ordre avant tout formelle :

« Si tous les titres de participation sont décotés, [...] » / « Werden sämtliche Aktien dekotiert ».

En effet, la société **n'est pas directement impliquée dans le commerce boursier** (sous réserve des éventuels rachats d'action propres). En revanche, c'est elle qui demande la décotation de ses titres (cf. aussi art. 698 al. 2 ch. 8 AP-CO, FF 2017 625).

Il serait plus cohérent d'exiger de la société qui requiert sa décotation de déterminer préalablement si ses actions au porteur qui ne sont pas intermédiées, doivent être transformées en actions nominatives ou être intermédiées. Un délai de 6 mois ne nous paraît pas nécessaire. Dans ce contexte, il faut rappeler que le projet de révision du droit de la société anonyme envisage de faire de la décotation une compétence exclusive de l'assemblée générale ; il ne devrait dès lors plus être nécessaire de conférer au conseil d'administration la tâche d'adapter les statuts. La disposition pourrait ainsi avoir le libellé suivant :

« Si tous les titres de participation sont décotés, la société doit émettre les actions au porteur sous forme de titres intermédiés ou les convertir en actions nominatives lors de la décotation. » /

« Werden sämtliche Beteiligungspapiere dekotiert, hat die Gesellschaft bestehende Inhaberaktien bei der Dekotierung entweder als Bucheffekten auszugestalten oder in Namenaktien umzuwandeln. Der Verwaltungsrat beschliesst die Umwandlung und passt die Statuten an. »

2. Registre des actions – ad art. 686 CO :

ad art. 686 al. 6 CO :

La FSA a une objection fondamentale à cette disposition quant aux garanties de procédure. Il est nécessaire de **prévoir les garanties procédurales usuelles** de la procédure administrative. Sinon cette disposition deviendrait une carte blanche pour tout contrôle. Le registre des actions en droit des sociétés est un registre privé qui doit demeurer un registre privé conformément au droit des sociétés ; il ne doit **en aucun cas devenir un registre public à l'instar du registre du commerce (RC)** auquel les tiers ont un accès automatique.

Ainsi, cette disposition telle que libellée en termes aussi larges dans le projet permettrait par exemple un accès des autorités pour vérifications, ce même à des fins de curiosité mal placée. De plus, elle permet même l'accès à tous les intermédiaires financiers, y compris par exemple à de petites sociétés fiduciaires soumises seulement à la LBA (et non pas à une surveillance prudentielle selon la LB, la LBVM, la LSA ou la LPCC). Par hypothèse, un intermédiaire financier pourrait souhaiter, par pure curiosité, avoir accès à un registre d'actions alors qu'il n'aurait pas de besoin réel.

En réalité, cette norme est mal conçue. Elle **n'appartient pas au CO, mais à la procédure administrative fiscale**. En effet, l'art. 686 al. 6 proposé va d'ailleurs bien au-delà de ce que demande le Forum mondial qui requiert seulement que les autorités (fiscales) compétentes saisies d'une demande d'entraide en matière fiscale soient en mesure de répondre à l'autorité requérante. Le siège de la matière n'est dès lors pas le droit des sociétés, mais le droit de l'entraide en matière fiscale. Il **suffirait donc de régler le droit d'accès de l'AFC dans la loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale du 28 septembre 2012** (Loi sur l'assistance administrative fiscale, LAAF ; RS 651.1).

Dans cette optique, il n'est ni nécessaire ni utile d'étendre l'accès au registre des actions à d'autres acteurs. En matière pénale, le droit d'accès des autorités est largement reconnu moyennant le respect des cautions fixées par le CPP. D'ailleurs, le **rapport d'évaluation mutuel du GAFI n'a pas soulevé de grief à ce propos** (FATF, Mutual Evaluation Report of Switzerland, 2016, p. 127 et ch. 406 ss.). Un droit d'accès d'autres autorités civiles ou pénales n'est pas recommandé par le Forum mondial ou le GAFI. Cette question peut donc continuer à être réglée par le droit de procédure administrative ou civile applicable.

S'agissant du droit d'accès des intermédiaires financiers, il nous semble être le résultat d'une confusion des genres : Dans le cadre de l'évaluation du régime prévalant en Allemagne, le Forum mondial s'est effectivement basé sur le régime de lutte contre le blanchiment d'argent afin de considérer que, grâce au contrôle opéré par les intermédiaires financiers, la transparence requise était garantie. Cependant, cette approche était rendue nécessaire par l'absence d'un régime établi d'identification de l'ayant droit économique en droit des sociétés – l'Allemagne venait d'introduire ce régime à l'époque où l'évaluation par les pairs avait été effectuée (OECD, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes: Germany 2017 (Second Round), OECD 2017, p. 9). Dans la mesure où le régime de droit des sociétés est satisfaisant et effectif, il n'est pas nécessaire de conférer aux intermédiaires financiers un droit d'accès aux documents sociaux.

Cela étant, **les intermédiaires financiers pourront demander à avoir accès à ces documents** dans le cadre de leur devoir de diligence particulière prévus aux articles 6 LBA et 15, 16 et 17 OBA-FINMA et les dispositions analogues des normes prévues par les OAR, sans qu'il ne soit nécessaire de leur conférer un droit d'accès au registre. Si une société leur refuse ledit accès, **ils pourront en tirer les conclusions qui s'imposent** et ne pas entretenir de relation d'affaires, voire annoncer le cas au MROS selon l'art. 9 LBA.

Dans ce contexte, l'article 686 alinéa 6 CO se veut dispositif (cf. « *Kann-Vorschrift* ») vu qu'il dispose que « *les autorités et les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2 et 3, de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA) peuvent consulter le registre des actions dans la mesure où cette consultation sert à l'accomplissement de leurs tâches légales* ». Cela étant, le législateur devra veiller, si elle est effectivement introduite, à ce que cette disposition ne devienne pas impérative (cf. « *Muss-Vorschrift* ») et ne **représente pas un devoir systématique lourd pour les intermédiaires financiers**. Cela doit rester tout au plus un outil parmi d'autres pour vérifier la plausibilité des informations données sur les actionnaires et ayants-droit économique dans le cadre du principe de la *compliance* basée sur l'approche des risques (*risks based approach*).

A la lumière de ces explications, en conclusion, la **FSA estime que l'art. 686 CO al. 6 est superflu et doit être biffé**. Si tant est qu'il faille des dispositions supplémentaires, celles-ci doivent être prises dans les lois spécifiques telles que la LBA ou la LAAF.

Remarque générale ad art. 686 CO :

In der Praxis zeigen sich **häufig Unklarheiten und Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit dem Aktienbuch**. Während dieses früher in der Regel in physischer Form und in einem gebundenen Buch geführt wurde, führen viele Gesellschaften das Aktienbuch heute bloss noch

elektronisch, beispielsweise als Excel Datei. Anders als früher ist die Historie des Aktieneigentums und der Aktienübertragungen daher häufig nicht mehr hieb- und stichfest anhand des Aktienbuches rekonstruierbar.

Nachdem das Aktienbuch und auch das Verzeichnis über die wirtschaftlich berechtigten Personen eine immer grössere Bedeutung erlangt und strenge und strafbewehrte Anforderungen an deren Inhalt, Nachführung und Aufbewahrung gestellt werden, drängt sich die Prüfung auf, ob nicht **klare gesetzliche Vorgaben betreffend dessen Führung sinnvoll und hilfreich wären**.

Eine ähnliche Problematik betrifft die Aktientitel; häufig wissen die Gesellschaften in der Praxis nicht einmal mehr, ob je Aktientitel ausgegeben wurden. Wurden keine ausgegeben, kann sich der aktuelle Aktionär nur legitimieren, wenn er die Zessionskette bis zu den Gründeraktionären lückenlos nachweisen kann (vgl. BGer 4A_314/2016).

In diesem Zusammenhang **müsste man prüfen**, ob nicht eine andere Regelung betreffend Ausgabe von Aktientiteln als **die geltende Bestimmung des Art. 644 OR angezeigt wäre**. Denn gerade weil Aktientitel beim Gründungsakt nicht ausgegeben werden dürfen, entsteht diesbezüglich häufig bereits im Gründungsstadium eine unsichere Situation, die den Gründern nicht bewusst ist und die die spätere Rekonstruktion oft schwierig oder gar unmöglich macht. Eine Regelungsmöglichkeit bestünde beispielsweise darin, dass **die Anlegung des Aktienbuches sowie des Verzeichnisses über die wirtschaftlich berechtigten Personen im Rahmen des Gründungsaktes erfolgt**; dasselbe könnte man bezüglich Ausgabe von Aktientiteln vorsehen, wobei diese dann bis zur Eintragung der Gesellschaft beim Notar zu hinterlegen wären.

Bezüglich der Aktientitel an schon bestehenden Gesellschaften könnte man erwägen, den Anwendungsbereich des **Kraftloserklärungsverfahrens zu erweitern auf Sachverhalte, bei welchen die Berechtigung an der Aktie glaubhaft gemacht werden kann**, nicht aber die Existenz und der Besitz der Urkunde.

Allenfalls könnten diese Fragen auch bereits im Rahmen der laufenden Beratung zur Aktienrechtsrevision aufgegriffen werden.

3. Actions au porteur, liste des ayants droit économiques – ad art. 697I CO :

La FSA constate que la transparence a déjà été introduite en droit suisse pour tenir compte des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales et qu'à ce titre l'obligation de tenir des listes des actionnaires et des ayants-droit économiques existe déjà en droit suisse. De ce fait, l'anonymat n'existe d'ailleurs plus. Dans les circonstances du cadre juridique actuel, la FSA salue l'objectif général de transparence et de cohérence du droit en la matière. Elle estime qu'il n'y a pas de raison de s'opposer aux modifications prévues concernant les actions au porteur. En effet, d'éventuels avantages de flexibilité et d'anonymat contre la tenue de listes des actionnaires et des ayants-droit économiques ne sont pas pertinents.

ad art. 697I al. 5 : cf. remarques sous chiffre 2 *ad art. 686* : Ce point ne doit pas être réglé dans le CO, mais dans la *lex specialis*, la LBA.

4. Registre des ayants droit économiques – ad art. 697j CO :

L'avant-projet ne modifie pas l'art. 697j CO en vigueur. Pourtant, il serait essentiel de pourvoir une **définition plus précise de ce qu'il y a lieu d'entendre par ayant droit économique**, notamment lorsque les actions sont détenues par une société, laquelle n'est pas, en bout de chaîne, détenue par une seule personne physique (ou des personnes physiques agissant de concert).

La doctrine reconnaît ainsi que l'exception prévue par l'article 697j al. 1 CO s'étend aussi aux sociétés contrôlées directement ou indirectement par une société cotée ou, plus précisément,

qu'une société cotée, ainsi qu'une société anonyme contrôlée directement ou indirectement par une telle société, ne doit pas procéder à l'annonce de son ayant droit économique. Cette **solution est conforme aux exigences du GAFI** et est déjà reconnue en matière de LBA et CDB 16¹. Il en va de même pour les sociétés contrôlées directement ou indirectement par une fondation à but idéal, une association ou une collectivité publique.

De même, la doctrine, malgré certaines controverses, tend à reconnaître qu'en cas de détention indirecte, il importe que la personne physique détienne le contrôle sur la société qui détient la participation de 25%. Cette approche aurait l'avantage d'**aligner le régime légal sur celui applicable en matière de LBA et en droit européen**². Dans cette optique, il nous semble que la notion de contrôle peut être définie par analogie avec celle du droit comptable (cf. art. 963 al. 2 et 3 CO), ce qui a l'avantage de la clarté.

Enfin, il nous semblerait opportun de clarifier que dans le contexte de l'art. 697j CO il n'est pas nécessaire d'identifier un ayant droit économique de dernier ressort (c'est-à-dire les dirigeants dans le régime de la LBA et de la CDB 16), puisqu'en matière de lutte contre le blanchiment, l'intermédiaire ne s'intéresserait pas, dans ce cas, aux organes dirigeants de l'actionnaire, mais aux organes de son partenaire contractuel, c'est-à-dire la société anonyme³.

« ³ Sont réputés ayant droit économique d'une personne morale ou d'une société de personnes, la personne physique ou les personnes physiques agissant de concert qui contrôle(nt) la société au sens de l'article 963 alinéa 2 CO appliqué par analogie. A défaut d'un tel contrôle, aucune annonce n'est requise.

⁴ Aucune annonce n'est requise si l'actionnaire ou la personne qui le contrôle au sens de l'article 963 alinéa 2 ou 3 CO est une société dont les titres de participation sont cotés en bourse, une fondation à but idéal, une association ou une collectivité publique. » /

« ³ Ist der Aktionär eine juristische Person oder Personengesellschaft, gilt als wirtschaftlich berechtigte Person die natürliche Person, die den Aktionär in analoger Anwendung von Art. 963 Abs. 2 oder 3 OR kontrolliert. Besteht keine solche wirtschaftlich berechtigte Person, muss keine Meldung erstattet werden.

⁴ Ist der Aktionär eine Gesellschaft, deren Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert sind, eine gemeinnützige Stiftung, ein Verein oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder wird der Aktionär von einer Gesellschaft, deren Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert sind, einer gemeinnützigen Stiftung, einem Verein oder einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft im Sinne von Art. 963 Abs. 2 oder 3 OR kontrolliert, muss keine Meldung erstattet werden.»

5. Sanction en cas de non-respect – ad art. 697m CO :

La FSA propose de **supprimer l'article 697m CO** dans la mesure où l'avant-projet prévoit des sanctions pénales en cas de violation du devoir d'annonce. Il nous apparaît en effet que cette disposition recèle un **potentiel d'abus trop important de la part du conseil d'administration**,

¹ Art. 4 al. 1 i.f. LBA; art. 63 al. 4 LBA-FINMA; Voir aussi le Commentaire de la Convention de diligence des banques (CDB 16), 2016, ad Art. 22, p. 21-22. FATF, FATF Recommendations, Interpretative Note to Recommendation 10, Rz 8 : "Where the customer or the owner of the controlling interest is a company listed on a stock exchange and subject to disclosure requirements (either by stock exchange rules or through law or enforceable means) which impose requirements to ensure adequate transparency of beneficial ownership, or is a majority-owned subsidiary of such a company, it is not necessary to identify and verify the identity of any shareholder or beneficial owner of such companies."

² Voir l'art. 3 al. 6 (a) (i) de la directive 2015/849 du 20 mai 2015.

³ Art. 20 al. 1 à 4 CDB 16 et art. 2 lit. f OBA-FINMA. Voir aussi FATF, FATF Recommendations, Interpretative Note to Recommendation 10, Rz 8 (b)(i.iii);

qui peut avoir intérêt à reprocher à un actionnaire de ne pas avoir annoncé correctement (le changement de) l'ayant droit économique d'une participation pour l'exclure de l'exercice de ses droits sociaux et patrimoniaux.

En 2014, cette approche semblait constituer un moyen de ne pas recourir aux sanctions pénales. Les **rapports d'évaluation mutuelle** témoignent du **scepticisme face aux instruments de droit civil**. Nous ne voyons dès lors plus l'intérêt de cette norme qui, d'ailleurs, constitue un corps étranger en droit des sociétés anonymes.

En outre, la péremption des droits prévue par l'article 697m CO conduit de fait à une expropriation automatique des droits des actionnaires sans que l'exproprié ne bénéficie d'**aucune garantie procédurale** et sans qu'il ne puisse d'aucune manière faire valoir le caractère excusable de son omission. Le but poursuivi par le GAFI ou le Forum mondial ne justifie en aucun cas de sanctionner aussi durement la veuve ou l'orphelin qui, par ignorance des dispositions légales, laissent passer le délai prévu par l'article 697m CO.

6. Mesures nécessaires en cas de carences – ad art. 731b CO :

ad art. 731b al. 1 ch. 4 CO:

La FSA est contre cette disposition dans la mesure où il n'existe **pas de garde-fous contre les abus en pratique**. Dans la mesure où ni les actionnaires, ni les créanciers, ni le préposé au RC n'ont accès au registre des actions ou à la liste des ayants droit économiques, on ne comprend pas comment ils pourraient de bonne foi initier une action. D'ailleurs, d'un point de vue pratique, il faut se demander quel est l'intérêt d'un créancier de veiller à la bonne tenue du registre des actions. Quant au préposé, il ne lui appartient pas de vérifier la bonne tenue du registre des actions ou la liste des ayants droit économiques auquel il n'a pas accès dans le cours normal de ses activités. Cette disposition risque d'être utilisée à mauvais escient. Au surplus, la sanction de la dissolution apparaît comme manifestation disproportionnée en cas d'omission de tenue du registre, respectivement de la liste. **La FSA propose donc de laisser l'art. 731b CO en l'état, surtout si des sanctions pénales sont introduites.**

7. Consultation du registre des parts sociales – ad art. 790 al. 4 :

La FSA fait remarquer qu'historiquement la liste des associés à déposer au RC a été supprimée.

La FSA ne voit pas d'objection au ch. 1 dans la mesure où cela correspond au droit actuel.

Par contre, la FSA **s'oppose au ch. 2** pour les mêmes raisons que celles susmentionnées sous chiffre 2 *ad art. 686 CO*.

8. Consultation de la liste – ad art. 837 CO :

La FSA **s'oppose à l'al. 3** pour les mêmes raisons que celles susmentionnées sous chiffre 2 *ad art. 686 CO*.

9. Succursales suisses – ad art. 935 al. 3 CO :

La FSA propose de **limiter le champ d'application de cette norme** aux seules succursales de sociétés qui ont leur administration de fait en Suisse. En effet, dans la version soumise à

consultation, cette disposition va bien au-delà des recommandations du Forum mondial. Ce dernier ne **concerne que les sociétés qui ont leur administration de fait en Suisse**. Or, c'est une chose pour une société étrangère que d'avoir une administration de fait en Suisse (qui peut d'ailleurs exister indépendamment d'une succursale en Suisse), c'est tout autre chose que d'y avoir une succursale. Dans sa formulation actuelle, la norme affecterait l'ensemble des 3'626 succursales de sociétés étrangères, alors que la plupart d'entre elles n'ont pas l'administration de fait de la société en Suisse. Par exemple, de nombreux établissements financiers de droit étranger disposent de succursales en Suisse sans que leur administration effective soit en Suisse (ce que la législation suisse ne permettrait d'ailleurs pas). Il en va aussi de même pour les autres sociétés commerciales dont le siège et l'administration effective est à l'étranger, mais qui disposent d'une succursale en Suisse.

Par ailleurs, l'obligation du fondé de procuration de la succursale de déclarer les actionnaires et ayants droit économiques de la société étrangère **posera problème dans tous les cas où le droit étranger n'a pas prévu de possibilité pour connaître ces informations**, qu'il a prévu un autre régime de transparence ou qu'il définit tout autrement la notion d'ayant droit économique. Il nous semble ainsi disproportionné de demander à une société étrangère de se plier aux exigences du droit suisse du seul fait qu'elle ouvre une succursale en Suisse (alors qu'elle maintient son siège et son administration effective ailleurs).

Enfin, les informations relatives à l'actionnariat d'une société ou à ses ayants droit économiques sont des informations sensibles, qu'il ne se justifie pas de **confier à des personnes (fondés de procuration) qui n'ont que des fonctions subordonnées** au sein d'une société.

Il n'appartient pas au CO de préciser à qui le fondé de procuration doit transmettre ses informations. C'est pourquoi la FSA propose de biffer la fin de la phrase comme suit à l'art. 935 al.3 CO du projet :

« Si la société a son administration effective en Suisse, le ~~Le~~ fondé de procuration doit avoir accès aux noms, prénoms et adresses des actionnaires ou associés du siège principal à l'étranger ainsi que des ayants droit économiques et ~~pouvoir transmettre ces informations aux autorités et intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2 et 3, LBA.~~ »/

« Wird das Unternehmen tatsächlich in der Schweiz verwaltet, muss der ~~Der~~ Bevollmächtigte muss Zugriff auf Namen, Vornamen und Adressen der Aktionäre oder Gesellschafter sowie der wirtschaftlich berechtigten Personen haben und diese Informationen den Behörden und Finanzintermediären nach Artikel 2 Absätze 2 und 3 GwG weiterleiten können. »

10. Compte bancaire – ad art. 958q CO :

La FSA remet cette disposition en cause vu qu'elle constitue une atteinte grave à la liberté économique. On ne comprend guère pourquoi une entreprise individuelle ou société qui exerce l'essentiel voire l'ensemble de son activité hors de Suisse devrait **impérativement avoir un compte auprès d'une banque suisse**. Il devrait ainsi être possible d'entretenir une relation avec un autre intermédiaire financier suisse ou avec une banque établie dans un autre Etat soumis à une réglementation équivalente.

En suggérant un registre décentralisé avec un accès pour les autorités, le Forum mondial a pour but de garantir un accès des autorités fiscales aux informations sur la propriété des actions y compris sur les ayant-droit économiques. Or, **l'intermédiaire financier suisse n'est pas un agent fiscal** en vertu du droit suisse : Ce passage par l'intermédiaire financier n'est pas nécessaire en Suisse pour accéder à ces informations.

La FSA estime que le **système actuel prévu en droit suisse permet déjà la transparence et l'accès des autorités fiscales** par les instruments suivants aux fins d'information et de contrôle. Celles-ci peuvent en effet saisir directement la société contrôlée conformément à la loi sur l'entraide en matière fiscale. S'il existe un doute quant au respect des obligations de transparence,

les sanctions pénales seront mieux à même d'assurer le respect du droit. En effet, une banque n'a pas pour obligation de vérifier systématiquement le respect des obligations de transparence.

Au demeurant, nous nous posons la question de savoir si l'exigence prévue par l'avant-projet conférerait un **droit à ces sociétés de contracter avec une banque suisse**. Les banques suisses ont jusqu'ici été libres de refuser de contracter avec des sociétés ayant leur siège en Suisse, dont elles estiment ne pas pouvoir suffisamment apprécier la conformité des activités avec les exigences imposées par notre législation (LBA, règles applicables en cas de sanctions internationales, etc.).

11. Dispositions transitoires de la nouvelle législation :

La FSA relève qu'il est **nécessaire de prévoir des délais transitoires suffisamment longs** vu les lourdes conséquences légales et économiques à l'échéance des délais.

La FSA propose que tous les délais transitoires soient **uniformément fixés à deux ans, soit 24 mois**, comme à l'*art. 4 al. 1* du projet de loi.

ad art. 1 : Pas de remarque.

ad art. 2 :

Pas de remarque, sinon qu'il convient de revoir le texte afin de l'aligner sur notre proposition de modification de l'*art. 622 al. 2 AP-CO*. Si le Conseil fédéral devait proposer l'immobilisation des actions au porteur, il conviendrait de **prévoir un délai pour immobiliser les actions au porteur** sous forme de titres intermédiés ou les convertir en actions nominatives.

A titre de solution complémentaire, il serait envisageable de prévoir en cas de conversion une solution analogue à celle prévue en droit allemand au § 73 AktG.

« La Société requiert l'annulation judiciaire des titres qui ne lui sont pas soumis en vue de leur échange ou destruction. A cette fin, elle publie au moins trois fois dans la Feuille officielle suisse du commerce et, au surplus, en la forme prévue par les statuts, une invitation à soumettre les titres en vue de leur modification ou suppression en impartissant aux actionnaires un nouveau délai d'un mois au moins à compter de la dernière publication. L'annulation est publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce et, au surplus, en la forme prévue par les statuts. La société consigne les actions émises en remplacement des titres annulés. »

ad art. 3 al. 1 et al. 2 : Pas de remarque.

ad art. 3 al. 3 :

La FSA s'y oppose car cette disposition introduit **une expropriation matérielle et formelle ipso facto sans garanties procédurales** des actionnaires qui ne se seraient pas identifiés dans le délai de 18 mois, ce qui est **contraire à l'article 26 Cst**. Cette disposition est à même de frapper les personnes les moins sophistiquées : Le conseil d'administration n'a aucune obligation d'informer ou de mettre en garde l'actionnaire avant l'expiration du délai de 18 mois et d'avertir du risque d'expropriation l'actionnaire qui aurait omis de s'annoncer.

La FSA fait remarquer que dans certaines circonstances, une société pourrait même devenir son propre actionnaire.

La FSA rappelle que face à une attitude purement réfractaire des actionnaires ou ayants-droit économiques, il sera **possible de dénoncer le cas aux autorités pénales**. Par ailleurs, dans telle situation, les intermédiaires financiers pourront le cas échéant en tirer les conséquences et, si nécessaire, devront dénoncer l'affaire au MROS conformément à l'article 9 LBA. Si **l'origine des fonds est illicite**, les **autorités pénales pourront requérir la confiscation** des avoirs moyennant le respect des exigences légales dans le cadre d'une procédure pénale.

ad art. 4 : Pas de remarque.

12. Code pénal - sanctions pénales :

La FSA ne s'oppose pas aux sanctions pénales si elles ont lieu d'être en cas de violation des obligations du droit des sociétés, telle que l'obligation d'annoncer l'ayant droit économique ou de tenir les listes et registres.

La FSA souligne que si des sanctions pénales sont introduites en droit suisse, alors il ne doit pas y avoir double sanction, partant il ne doit pas y avoir de sanctions civiles (cf. chiffre 5).

ad art. 327 CP : Pas de remarque.

ad art. 327a CP : La FSA est d'accord avec cette **disposition à condition que l'intention de violer ces obligations** soit prouvée.

Ces dispositions pénales sont approuvées dans leur principe. Dans la mesure où il incombe seulement au Conseil d'administration de tenir le registre sans avoir pour autant à contrôler l'exactitude des annonces faites par les actionnaires. D'ailleurs, le **fait d'avoir un doute sur ce point ne signifie pas forcément que le registre ne soit pas correctement tenu.**

13. Loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative fiscale :

ad art. 15 LAAF :

Accès au dossier : L'introduction d'un nouvel alinéa 3 à l'article 15 LAAF empêchant les personnes habilitées à recourir de consulter la demande et la correspondance avec l'autorité étrangère ne se justifie en aucune manière. La transparence ne saurait être « à sens unique » et il convient de respecter les principes fondamentaux de la pratique administrative et notamment les exigences en matière de droit d'être entendu.

La FSA vous remercie de prendre en compte ses remarques et vous prie d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, Mesdames, Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA
Urs Haegi

Secrétaire général FSA
René Rall