



---

# **Mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse**

## **Rapport sur les résultats de la consultation**

Novembre 2018

---

## Table des matières

1.	Contexte .....	5
2	Procédure de consultation et évaluation .....	5
2.1.	Procédure de consultation .....	5
2.2.	Méthode d'évaluation.....	5
3.	Vue d'ensemble des résultats de la consultation.....	6
4.	Transparence des personnes morales.....	6
4.1	Conversion des actions au porteur en actions nominatives (abolition formelle des actions au porteur).....	6
4.1.1	Vue d'ensemble des résultats de la consultation .....	6
4.1.2	Remarques concernant les différents articles .....	8
4.2	Système de sanctions.....	13
4.2.1	Vue d'ensemble des résultats de la consultation .....	13
4.2.2	Remarques concernant les différents articles .....	14
4.3	Obligation de disposer d'un compte bancaire (art. 958g CO).....	16
4.3.1	Vue d'ensemble des résultats de la consultation .....	16
4.3.2	Remarques concernant l'art. 958g CO.....	16
4.4	Droit de consultation (art. 686, al. 6, 697l, al. 5, 790, al. 4, ch. 2, 837, al. 3, CO).....	17
4.4.1	Vue d'ensemble des résultats de la consultation .....	17
4.4.2	Remarques concernant les différents articles .....	18
4.5	Succursales d'entreprises étrangères (art. 935, al. 3, CO).....	18
4.5.1	Vue d'ensemble des résultats de la consultation .....	18
4.5.2	Remarques concernant l'art. 935, al. 3, CO .....	19
5.	Échange de renseignements .....	19
5.1	Confidentialité de la demande (art. 15, al. 3, LAAF).....	19
5.1.1	Vue d'ensemble des résultats de la consultation .....	19
5.2	Capacité d'être partie et d'ester en justice (art. 18a LAAF) .....	19
5.2.1	Vue d'ensemble des résultats de la consultation .....	19
5.2.2	Remarques concernant l'art. 18a LAAF .....	20
6.	Autres requêtes .....	20
6.1	Loi GAFI .....	20
6.2	Annonce de l'ayant droit économique des actions (art. 697j CO).....	21

6.3	Sanctions de droit civil en cas de non-respect de l'obligation d'annoncer (art. 697m CO).....	23
6.4	Divers .....	23
7.	Compilation des prises de position des cantons sur des questions de mise en œuvre .....	24

## Abréviations et sigles des participants à la consultation

ABPS	Association de banques privées suisses
ASB	Association suisse des banquiers
ASG	Association suisse des gérants de fortune
CDF	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des finances
CO	Code des obligations
CP	Centre Patronal
CP	Code pénal
disp. trans.	Dispositions transitoires
FER	Fédération des Entreprises Romandes
FSA	Fédération Suisse des Avocats
LAAF	Loi sur l'assistance administrative fiscale
LBA	Loi sur le blanchiment d'argent
Les Verts	Parti écologiste suisse
LIMF	Loi sur l'infrastructure des marchés financiers
LPCC	Loi sur les placements collectifs
OAD FCT	Organismo di Autodisciplina dei Fiduciari del Cantone Ticino
OAR-ASA	Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse d'Assurances
OAR-ASSL	Organisme d'autorégulation de l'Association Suisse des Sociétés de Leasing
PDC	Parti démocrate-chrétien suisse
PLR	Les Libéraux-Radicaux
PS	Parti socialiste suisse
pvl	Parti vert libéral suisse
SATC	Association suisse des sociétés de trust
SSE	Société suisse des entrepreneurs
SVIG	Schweizer Verband der Investmentgesellschaften
UBCS	Union des banques cantonales suisses
UDC	Union démocratique du centre
UNIGE	Université de Genève
usam	Union suisse des arts et métiers
USS	Union syndicale suisse
VQF	Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen

## 1. Contexte

Le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (Forum mondial) veille à ce que les normes internationales en matière d'échange de renseignements sur demande et d'échange automatique de renseignements soient appliquées de façon cohérente au niveau mondial. Le Forum mondial vérifie la mise en œuvre des normes au moyen d'examens par les pairs. Les examens portant sur l'échange de renseignements sur demande sont effectués en deux phases. Lors de la phase 1, les experts vérifient l'existence dans le droit national des bases légales nécessaires à un échange de renseignements sur demande conforme à la norme internationale. Lors de la phase 2, ils évaluent la mise en œuvre pratique des bases légales.

L'échelle d'évaluation du Forum mondial comporte quatre degrés: «conforme», «conforme pour l'essentiel», «partiellement conforme» et «non conforme». Seules les notes «conforme pour l'essentiel» et «conforme» sont suffisantes; d'après les normes du G20 et du Forum mondial, les notes «partiellement conforme» et «non conforme» sont insuffisantes. Une note globale est attribuée au terme de la phase 2.

Le 26 juillet 2016, le Forum mondial a publié son rapport d'examen de phase 2 de la Suisse. Ce rapport contient plusieurs recommandations au sujet de la transparence des personnes morales et de l'échange de renseignements. Le projet vise à prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial.

Le prochain examen de la Suisse par les pairs commencera lors du quatrième trimestre 2018. D'après le calendrier d'examen actuel, les modifications légales nécessaires doivent donc être mises en œuvre d'ici au mois d'octobre 2019 pour pouvoir être prises en considération lors du prochain examen par les pairs.

## 2 Procédure de consultation et évaluation

### 2.1. Procédure de consultation

La procédure de consultation a été ouverte le 17 janvier 2018 et s'est achevée le 24 avril 2018. Ont participé à la consultation la totalité des cantons, six partis politiques (PDC, PLR, PS, pvl, UDC, Les Verts), six organisations (ASB, economiesuisse, Union des villes suisses, Union patronale suisse, usam, USS,) ainsi que 39 représentants des milieux intéressés (ABPS, Alliance Sud/Public Eye, ASG, CDF, Conférence des villes suisses sur les impôts, CP, Expert Suisse, Fédération suisse des notaires, FER, Forum OAR, Forum PME, FSA, OAD FCT, OAR-ASA, OAR-ASSL, SATC, Scienceindustries, SSE, SVIG, SwissBoardForum, SwissHoldings, Transparency International, Tribunal administratif fédéral, UBCS, UNIGE, VQF; les cabinets d'avocats Bär & Karrer, Baker McKenzie, Homburger, Kohli & Urbach, Lenz & Staehelin, MCE Avocats, Schellenberg Wittmer, Vischer, Walder Wyss; les entreprises actives dans le domaine des crypto-monnaies Bitcoin Association, Bity SA, IndéNodes Sàrl, Moving Media GmbH).

Ont renoncé à se prononcer: GL, GR, OW, l'Association suisse des notaires et le Tribunal administratif fédéral. L'Union patronale suisse a renoncé à exprimer son propre avis, car l'objet relève de la compétence d'economiesuisse. L'Union des villes suisses a elle aussi renoncé à exprimer son propre avis et a renvoyé à l'avis de la Conférence des villes suisses sur les impôts.

### 2.2. Méthode d'évaluation

Le présent rapport ne reproduit pas l'intégralité des avis exprimés, mais cherche plutôt à dégager la position générale des participants. Pour les détails, l'on se référera aux avis publiés par la Chancellerie fédérale.

### **3. Vue d'ensemble des résultats de la consultation**

Une vue d'ensemble de chaque thème se trouve dans les différents chapitres. Voir les chiffres 4.1.1, 4.2.1, 4.3.1, 4.4.1, 4.5.1, 5.1.1 et 5.2.1.

### **4. Transparence des personnes morales**

#### **4.1 Conversion des actions au porteur en actions nominatives (abolition formelle des actions au porteur)**

##### **4.1.1 Vue d'ensemble des résultats de la consultation**

Sur les 23 cantons ayant exprimé un avis, 20 (AG, AI, AR, BE, BL, BS, GE, JU, LU, NE, NW, SG, SH, SO, TG, UR, VD, VS, ZG, ZH) sont favorables à la proposition. Selon SZ, le fait que les dispositions de la loi GAFI, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2015, doivent déjà être révisées sous la pression internationale au bout de quelques années ne parle pas en faveur du législateur. Pour TI, l'abolition des actions au porteur va trop loin. FR ne s'exprime pas sur ce sujet.

Sur les six partis politiques ayant exprimé un avis, le PS, le pvl et Les Verts approuvent en principe la proposition; le pvl ne l'approuve cependant que s'il y a lieu de craindre une note globale insuffisante lors du prochain examen de la Suisse par les pairs au cas où notre pays n'abolirait pas les actions au porteur. Ces partis proposent certaines modifications. Le pvl considère par exemple que la conversion automatique des actions au porteur en actions nominatives est une mesure disproportionnée et propose de considérer une réglementation moins radicale. Le pvl considère que le délai imparti par les dispositions transitoires pour annoncer après coup les actions au porteur est trop court; le PS le considère comme trop long.

Le PDC rejette le projet comme allant trop loin. Il estime que la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial ne doit pas être effectuée aux dépens de l'État de droit suisse. Le PLR estime que la Suisse n'a pas à se muer en élève modèle, mais à s'efforcer de maintenir la bonne note obtenue lors du dernier examen. L'abolition des actions au porteur n'a pas été exigée par le Forum mondial; le PLR l'assimile à une expropriation de fait. L'UDC est également opposée au projet et invoque des raisons analogues. Elle relève que, dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations du GAFI de 2012, le législateur avait eu la volonté expresse de maintenir les actions au porteur.

Sur les six organisations ayant exprimé un avis, l'ASB, economiesuisse et l'USS approuvent le projet, economiesuisse ne l'approuvant cependant qu'à la condition que l'abolition soit impérativement nécessaire. L'ASB et economiesuisse considèrent que la conversion immédiate des actions au porteur lors de l'entrée en vigueur de la loi est disproportionnée et réclament un délai transitoire.

L'ASB considère en particulier que les réglementations proposées sont éloignées de la pratique. L'usam rejette l'abolition des actions au porteur. Elle y voit également une expropriation de fait et estime de surcroît que cette mesure est trop coûteuse, compte tenu du fait que la mise en œuvre de la loi GAFI a déjà généré des coûts pouvant se chiffrer en dizaines de milliers ou centaines de milliers de francs.

Sur les 39 représentants de milieux intéressés, l'ABPS, Alliance Sud/Public Eye, la CDF, la Conférence des villes suisses sur les impôts, Expert Suisse, la SATC, l'UBCS, Transparency International et Schellenberg Wittmer considèrent l'abolition des actions au porteur comme une mesure propre à augmenter la transparence des personnes morales. L'UBCS considère cependant la conversion automatique des actions au porteur comme une mesure disproportionnée et réclame un délai transitoire. Elle propose également que l'on réfléchisse à une atténuation des frais pendant une durée déterminée, par exemple en ce qui concerne les émoluments des offices du registre du commerce et des notaires officiels.

Sont opposés à l'abolition l'ASG, le CP, la FER, le Forum OAR, le Forum PME, la FSA, Homburger, MCE Avocats, l'OAD FCT, l'OAR-ASA, l'OAR-ASSL, Scienceindustries, la SSE, la SVIG, SwissBoardForum, SwissHoldings, l'UNIGE et la VQF. Ces participants estiment surprenant que l'abolition des actions au porteur revienne maintenant sur le tapis alors que, dans le cadre de la loi GAFI, le législateur a clairement exprimé sa volonté de maintenir les actions au porteur. Ils considèrent que l'abolition n'est pas nécessaire à la mise en œuvre des recommandations. Pour eux, la loi GAFI a déjà permis, en matière d'amélioration de la transparence des personnes morales, de prendre des mesures qui constituent une mise en œuvre suffisante des recommandations. Ils ajoutent que l'abolition des actions au porteur a des conséquences financières considérables (notamment à cause des actes authentiques, des frais d'enregistrement, des charges de conseil) pour les entreprises concernées et entraîne des complications considérables au cas où des actionnaires ne se sont pas encore annoncés et omettent également de le faire dans le délai de 18 mois. D'après eux, cette abolition constitue une charge excessive pour les PME; or, depuis l'entrée en vigueur de la loi GAFI, celles-ci ont dû consacrer des sommes substantielles à l'enregistrement des détenteurs d'actions au porteur et à la saisie des principaux détenteurs d'actions nominatives. En plus d'un coût de mise en œuvre à ne pas sous-estimer, la nécessité de se conformer en permanence aux exigences les plus diverses du GAFI et du Forum mondial provoque d'après eux une grande insécurité juridique dans les entreprises chargées d'appliquer le droit.

Le Forum PME et l'OAD FCT exigent que la charge administrative et les coûts assumés par les entreprises concernées soient diminués. En cas d'abolition des actions au porteur, ils préconisent donc d'examiner la possibilité d'instituer, en collaboration avec les offices du registre du commerce, une adaptation automatique des statuts au nouveau droit permettant d'économiser les frais d'actes authentiques et d'inscription au registre du commerce.

Au cas où l'on maintiendrait l'abolition des actions au porteur, le Forum PME, la FSA et Lenz & Staehelin demandent que l'immobilisation des actions au porteur soit prévue en tant que solution de remplacement. Bär & Karrer, Homburger et l'UNIGE proposent que les actions au porteur soient émises sous forme de titres intermédiés. Au lieu d'une conversion en actions nominatives, il serait aussi envisageable de faire bénéficier les actions au porteur existantes d'une clause d'antériorité (*grandfathering*) et d'interdire la création de nouvelles sociétés dont le capital est constitué d'actions au porteur.

Baker & McKenzie, Bär & Karrer, Expert Suisse, la FSA, Homburger, Lenz & Staehelin et l'UNIGE considèrent les dispositions transitoires comme disproportionnées, car elles vont au-delà des recommandations du Forum mondial. De l'avis de Bär & Karrer, de la Conférence des villes suisses sur les impôts, du CP, d'Expert Suisse, de Homburger, de l'OAD FCT, de la SATC, de la SSE, de la SVIG et de SwissBoardForum, la perte définitive des droits prévue pour les actionnaires ayant omis de s'annoncer, sans garantie minimale de procédure ni possibilité de se justifier, n'est pas conforme à la Constitution et équivaut à une expropriation. Ils relèvent que les exigences du Forum mondial sont satisfaites par les dispositions pénales proposées. Au sujet de la perte des droits, ils soulignent qu'une grande partie des actionnaires concernés ont acquis leurs actions au porteur à une époque où cela était parfaitement légal. À cela s'ajoute le fait que de nombreuses sociétés, si ce n'est leur majorité, n'ont pas eu connaissance de l'entrée en vigueur de la loi GAFI, ce qui n'a rien de surprenant dans la mesure où la plupart d'entre elles ne disposent pas d'un organe de révision et où les médias n'ont guère accordé d'attention à la loi GAFI. La réglementation proposée n'est donc pas défendable du point de vue de l'État de droit.

L'ASB, Baker & McKenzie, le CP, le Forum PME, la FSA et la SSE réclament des délais transitoires plus longs.

#### 4.1.2 Remarques concernant les différents articles

##### Art. 622 CO

###### Al. 1

Baker & McKenzie estime qu'autoriser les actions au porteur dans les sociétés cotées en bourse n'est pas une solution convaincante, car l'obligation de déclarer au sens du droit boursier n'intervient qu'à partir d'une participation de 3 % des droits de vote.

Al, AR et ZG demandent une abolition totale des actions au porteur. Al et AR justifient leur point de vue en alléguant que la distinction entre les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et celles dont les actions ne sont pas cotées en bourse crée une grande incertitude en pratique. Ces cantons précisent que, dans le cas particulier où des actions d'une société sont négociées auprès d'une bourse étrangère, il est très difficile pour l'office du registre du commerce de vérifier ou de constater s'il s'agit d'une bourse ou seulement d'une avant-bourse. Ils ajoutent qu'une abolition totale permettrait également de remédier à l'insécurité juridique résultant de la décotation. À leur avis, on pourrait éventuellement conditionner l'utilisation des actions au porteur à la cotation auprès d'une bourse suisse.

Au cas où les actions au porteur ne seraient pas entièrement abolies, ZG propose d'introduire une obligation d'annoncer selon laquelle les sociétés devraient informer les autorités du registre du commerce lorsqu'elles négocient leurs actions en bourse et lorsqu'elles cessent le commerce boursier. Ce canton ajoute qu'il faut prévoir une sanction si cette obligation d'annoncer est enfreinte et si la société n'adapte pas ses statuts dans les six mois suivant la cessation du commerce boursier. ZG justifie sa demande par le fait que les autorités du registre du commerce ont des difficultés à savoir si une société est cotée en bourse et si – et quand – elle a cessé le commerce boursier.

Baker & McKenzie et la FSA estiment qu'une exception à l'obligation d'abolir les actions au porteur doit s'appliquer quand une société a entièrement ou partiellement coté en bourse une catégorie de titres de participation (actions, bons de participation, bons de jouissance).

En outre, une cotation auprès d'une bourse étrangère devrait également justifier une exception pour autant qu'elle assure un niveau de transparence équivalent.

Schellenberg Wittmer demande qu'il soit précisé si les sociétés indirectement cotées en bourse, c'est-à-dire les sociétés détenues par une société directement ou indirectement cotée en bourse, sont considérées comme des sociétés dont les actions sont cotées en bourse.

###### Al. 2

Baker & McKenzie et l'UNIGE suggèrent que les actions au porteur restent autorisées à l'avenir pour autant qu'elles soient émises sous forme de titres intermédiés. L'al. 2 devrait alors être modifié comme suit:

<sup>2</sup> Dans les sociétés qui n'ont pas de titres de participation cotés en bourse, les actions au porteur doivent être émises sous forme de titres intermédiés au sens de la loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés. La société désigne le dépositaire auprès duquel les actions au porteur sont déposées ou inscrites au registre principal; ce dépositaire doit être en Suisse. La remise de papiers-valeurs à des actionnaires est exclue.

###### Al. 2<sup>bis</sup>

Baker & McKenzie relève que l'adaptation des statuts par le conseil d'administration est affectée des mêmes problèmes que la conversion automatique: il manque des indications concernant la catégorie d'actions nominatives dans laquelle les actions au porteur doivent être converties et la forme sous laquelle le conseil d'administration doit modifier les statuts.



Bär & Karrer, la FSA et l'UNIGE proposent que la conversion en actions nominatives soit effectuée au moment de la décotation et non lors de la cessation du commerce boursier des actions. D'après ces participants, la société peut déterminer elle-même la décotation, alors qu'elle ne peut exercer aucune influence directe sur le commerce boursier.

### Dispositions transitoires

La FSA réclame une prolongation générale des délais transitoires et propose que ceux-ci soient uniformément fixés à deux ans, comme à l'art. 4, al. 1, disp. trans.

#### Art. 2 disp. trans.

L'ASB propose la formulation suivante:

<sup>1</sup> Les sociétés qui sont inscrites au registre du commerce et dont les statuts ne sont pas conformes au nouveau droit au moment de l'entrée en vigueur de la modification du [...] doivent les y adapter au plus tard trois ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

<sup>2</sup> À l'expiration du délai visé à l'al. 1, l'office du registre du commerce rejette toute réquisition d'inscription d'une modification des statuts aussi longtemps que cette adaptation n'a pas été faite.

<sup>3</sup> À l'expiration du délai, les mesures nécessaires visées à l'art. 731b, al. 1, ch. 5, CO peuvent être requises du tribunal.

#### Al. 1

L'ASB, Baker & McKenzie, le CP, economiesuisse, la SSE et l'UBCS considèrent que la conversion automatique des actions au porteur existantes en actions nominatives est discutable, d'autant plus que l'art. 622, al. 2<sup>bis</sup>, CO du projet prévoit une autre réglementation. Baker & McKenzie relève que, en cas de conversion automatique, la sécurité juridique n'est pas assurée, car la nouvelle situation juridique déroge à la structure du capital inscrite dans les statuts. Ce cabinet d'avocats souligne que, pour des tiers, il n'est pas possible de constater si une société a ou non coté ses actions en bourse. Les participants susmentionnés demandent qu'un délai de conversion soit accordé aux sociétés et que celles-ci procèdent elles-mêmes à la conversion. Ils proposent un délai de six mois à trois ans. La FSA et l'UNIGE proposent une procédure dans laquelle la société annoncerait par triple publication l'annulation des titres qui ne lui ont pas été présentés aux fins d'adaptation au nouveau droit ou de destruction, puis publierait une annonce d'annulation.

Baker & McKenzie regrette l'absence de directives indiquant en quel genre d'actions nominatives les actions au porteur doivent être converties. Ce cabinet d'avocats relève que cette précision est particulièrement importante si des actions nominatives existaient déjà avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Il estime premièrement qu'il faut partir de l'idée que les actions au porteur deviennent des actions nominatives de même valeur nominale et comportant les mêmes droits patrimoniaux et sociaux. Il considère deuxièmement que les nouvelles actions nominatives doivent présenter le même taux de libération que les anciennes actions au porteur. À son avis, les statuts pourraient en outre contenir une réglementation disposant que le transfert des actions nominatives est subordonné à l'approbation de la société (restriction de la transmissibilité). Baker & McKenzie souligne que la restriction de la transmissibilité n'est pas possible pour les actions au porteur, si bien que ces dernières ne doivent pas devenir des actions nominatives liées. Cet argument justifie lui aussi que les anciennes actions au porteur constituent une catégorie particulière d'actions nominatives.

Pour l'ASB, on n'a pas déterminé de quelle manière une banque dépositaire doit s'assurer qu'aucune action au porteur non valable ne lui a été remise, et on n'a pas non plus précisé qui détruit les actions au porteur et ce que la banque doit faire des actions déposées physiquement.

## Al. 2

De l'avis de Baker & McKenzie, l'al. 2 ne contribue que faiblement à ce que les actions au porteur émises soient retirées de la circulation. Ce cabinet d'avocats argumente que, si le détenteur d'actions au porteur s'est acquitté de son obligation d'annoncer, il est inscrit au registre des actions conformément à l'art. 3, al. 1, disp. trans. sans présentation de titres. Il note qu'il en va de même pour la participation à l'assemblée générale, car, d'après le projet, les actions au porteur sont automatiquement converties en actions nominatives. Il ajoute que, si le détenteur d'actions au porteur ne s'est pas acquitté de son obligation d'annoncer mais est connu de la société, il se passera ce qui se passe déjà aujourd'hui: l'actionnaire sera admis à l'assemblée générale et probablement aussi inscrit au registre des actions. Baker & McKenzie souligne qu'aucune preuve explicite de la qualité d'actionnaire n'est nécessaire à cet effet, contrairement à la règle en vigueur pour les actions au porteur. Le cabinet poursuit en déclarant que, pour les détenteurs d'actions au porteur qui ne se sont pas acquittés de leur obligation d'annoncer et ne sont pas non plus connus de la société, la destruction des titres n'est possible que si la société les détient, ce qui n'est précisément pas le cas. Il relève que, pour une demande d'annulation, la société est dépourvue de la légitimation active dont le titulaire du droit lui-même est seul à disposer. Il conclut en déclarant que, en plus de l'octroi d'une autorisation pour le lancement d'une procédure d'annulation, il serait éventuellement judicieux d'obliger les actionnaires à remettre leurs titres à la société.

### **Art. 3 disp. trans.**

De l'avis de Baker & McKenzie, cette disposition laisse diverses questions juridiques sans réponse et est en contradiction avec les principes du droit de la société anonyme (par ex. lien avec la non-identification plutôt qu'avec l'omission de l'annonce; maintien contestable des exigences plus élevées en matière d'annonce pour les détenteurs d'actions au porteur au moment de la conversion automatique en actions nominatives; questions en relation avec l'émission de propres actions; renonciation discutable à la forme authentique lors de la nouvelle émission des actions par le conseil d'administration; maintien contestable d'une obligation de libération ultérieure lorsque les actions annulées étaient partiellement libérées; procédure d'annulation ne correspondant pas, d'un point de vue matériel, à la procédure légale de déclaration de déchéance). Baker & McKenzie estime en outre que cette disposition est une incitation à commettre des abus, par exemple en cas de différends entre actionnaires (prise de contrôle aux dépens d'un actionnaire), ou à porter atteinte aux intérêts des créanciers gagistes. Le cabinet estime finalement qu'il faudrait aussi examiner si cette disposition n'enfreint aucun accord de protection des investissements conclu par la Suisse. Il part de l'idée que les actionnaires étrangers sont particulièrement touchés par les suites de l'annulation, car ils sont encore beaucoup moins au fait des nouvelles réglementations que les actionnaires domiciliés en Suisse.

## Al. 2

Pour Bär & Karrer et l'UNIGE, cette disposition entraîne une inégalité de traitement entre les détenteurs d'actions nominatives qui n'ont jamais été détenteurs d'actions au porteur et les détenteurs d'actions nominatives qui ne sont devenus tels qu'en raison du nouveau droit. Pour ces participants à la consultation, l'inégalité de traitement réside dans le fait que seuls les détenteurs relevant de la seconde catégorie doivent être inscrits et annoncés dans un délai de 18 mois et dans le fait qu'ils sont menacés de conséquences plus sévères.

La Conférence des villes suisses sur les impôts et Expert Suisse proposent que, en lieu et place de la déchéance inconditionnelle et en complément de la perte des droits de l'actionnaire, l'on examine s'il ne faudrait pas prévoir, dans des cas où des droits de participation non annoncés reviennent de par la loi à la société, une obligation pour cette dernière de dédommager les anciens détenteurs de participations lorsque l'obligation d'annoncer a été enfreinte sans faute

de leur part (par exemple dans le cas d'un héritage). En pareil cas, les anciens actionnaires ne pourraient certes pas non plus récupérer leur statut d'actionnaire, mais ils seraient dédommés pour la perte de leurs droits de participation, l'indemnisation étant à la charge de la société à laquelle la fortune est dévolue par attribution des droits de participation sous la forme d'actions propres.

Pour le pvl, le CP, Expert Suisse, la FER, le Forum PME et la SATC, le délai de 18 mois est trop court. Le pvl considère qu'un délai de quatre ans est approprié, le CP et le Forum PME sont partisans d'un délai de cinq ans, tandis qu'Expert Suisse voudrait le prolonger à dix ans et, pour les héritiers, à deux ans à compter du décès de l'actionnaire et testateur. L'USS considère par contre que le délai est trop long et voudrait le raccourcir à douze mois au maximum.

Al. 3

Schellenberg Wittmer rejette la perte définitive des droits en cas d'omission d'annoncer et la dévolution des dépôts à la société, cette deuxième mesure en particulier semblant à ce cabinet en contradiction avec les principes fondamentaux du droit de la société anonyme et soulevant par conséquent de nombreuses questions.

La Conférence des villes suisses sur les impôts propose d'examiner des possibilités de réactivation des droits patrimoniaux des actionnaires même après une annonce tardive ainsi que l'introduction d'une indemnisation des actionnaires concernés.

Baker & McKenzie signale qu'une partie des actions au porteur frappées d'annulation se trouvent chez des tiers en raison d'une mise en gage ou d'une autre opération de couverture. Le cabinet estime que, étant donné que ces tiers ont acquis les actions au porteur d'une manière qui n'est pas soumise à l'obligation d'annoncer, leur droit de sûreté est entravé par la réglementation proposée.

#### **Art. 4 disp. trans.**

Al. 1

D'après AI, BL, FR, SG et UR, la forte augmentation des modifications de statuts ou des procédures d'exécution forcée sera difficile voire impossible à gérer avec les ressources existantes sans que les affaires courantes en souffrent. Ces participants ajoutent que cette disposition entraîne une insécurité juridique lorsque les justificatifs (statuts) et l'inscription au registre du commerce se contredisent, étant donné que l'office du registre du commerce modifie d'office l'inscription au registre du commerce à l'expiration du délai transitoire de deux ans. AI et UR estiment que plus de 30 % des statuts de sociétés anonymes seront touchés. Or, il faut que les tiers puissent avoir la certitude que les copies de justificatif correspondent aux états de fait inscrits dans le registre du commerce.

Baker & McKenzie considère l'al. 1 comme incomplet. Pour ce cabinet, il y a lieu de préciser que le conseil d'administration effectue la modification en la forme authentique. Bär & Karrer veut également que la modification des statuts constitue une obligation du conseil d'administration, ajoutant que ce dernier doit effectuer la modification des statuts rapidement afin que la durée de la divergence entre la réalité et la teneur des statuts soit aussi courte que possible.

Le Forum PME et l'UBCS veulent que le délai d'adaptation de deux ans soit prolongé à dix et trois ans respectivement afin de diminuer la charge bureaucratique et les frais pour les PME concernées. Un blocage du registre pourrait s'appliquer aux sociétés qui n'ont pas effectué les adaptations dans le délai.

## Al. 2

Al, AR, BS, ZG et Baker & McKenzie signalent diverses difficultés pratiques pour les offices du registre du commerce, auxquels cette disposition impose une nouvelle obligation de contrôler. Par exemple, les offices du registre du commerce ne peuvent pas savoir si une société est cotée en bourse et quand elle cesse le commerce boursier. Ils ne sont donc pas non plus en mesure d'identifier les situations dans lesquelles ils devraient éventuellement rejeter une modification des statuts. On pourrait remédier à cette situation en précisant que, lors de chaque modification des statuts, les sociétés cotées en bourse doivent prouver que la cotation est maintenue et en inscrivant dans la loi une restriction aux cotations effectuées en Suisse.

Baker & McKenzie doute du bien-fondé de l'obligation pour l'office du registre du commerce de rejeter toute réquisition d'inscription d'une autre modification des statuts. En cas de correction du capital-actions à la suite de l'exercice de droits de conversion ou d'option à partir du capital conditionnel, par exemple, il pourrait y avoir un intérêt public prépondérant à ce que cette modification ressorte des statuts qui sont déposés au registre du commerce et peuvent y être consultés. Il faudra en plus se demander comment l'office du registre du commerce peut constater si la société doit procéder ou non à une modification de ses statuts. Baker & McKenzie souligne qu'il n'est pas facile de vérifier s'il y a une cotation en bourse et pendant combien de temps une société est considérée comme cotée en bourse.

## Al. 3

Al et AR font remarquer que les statuts des sociétés anonymes avec actions nominatives se distinguent à divers égards de ceux des sociétés anonymes avec actions au porteur. Si la conversion est effectuée de par la loi, une incertitude subsiste quant aux dispositions des statuts qui sont «automatiquement» modifiées et à celles qui ne le sont pas. Au vu de ces considérations, Al propose que le délai d'adaptation des statuts et de l'inscription au registre du commerce soit fixé à un an. Ce canton ajoute que la conversion en actions nominatives ne doit avoir lieu qu'au moment de la décision de l'assemblée générale, qui doit faire l'objet d'un acte authentique. On pourrait en outre préciser que, si la modification ne concerne que le genre d'actions, le conseil d'administration peut y procéder sans recourir à la forme authentique. Une adaptation des statuts effectuée hors délai pourrait être qualifiée de carence d'organisation au sens de l'art. 731b CO, ce qui permettrait de porter l'affaire devant un tribunal afin qu'il prenne les mesures nécessaires. L'UCBS propose également d'étendre à ces états de fait la compétence de requérir du préposé au registre du commerce au sens de l'art. 731b CO.

UR propose que, lorsque des sociétés ne modifient par leurs statuts dans le délai prescrit et ne donnent pas non plus suite à la sommation de l'office du registre du commerce, le juge exige le rétablissement de la situation légale sur demande de l'office du registre du commerce.

D'après Baker & McKenzie, l'al. 3 n'empêche pas les statuts de continuer de diverger de la situation effective après correction du registre.

## **Art. 697i CO**

L'UNIGE considère que, pour autant que les dispositions sur l'immobilisation garantissent la transparence nécessaire, il est également judicieux d'abroger l'art. 697i CO si l'émission d'actions au porteur sous forme de titres intermédiés est autorisée.

## Art. 697/ CO

### Al. 1

L'UNIGE considère qu'il serait judicieux de préciser dans l'al. 1 que le conseil d'administration (ou l'organe habilité à cet effet par le règlement d'organisation) doit établir la liste sur la base des informations reçues des actionnaires et reprendre lesdites informations dans la liste à moins qu'il n'existe une preuve que ces informations sont inexactes:

<sup>1</sup> Une société dont les titres de participation ne sont pas cotés en bourse tient une liste des ayants droit économiques qui lui ont été annoncés. Elle n'est pas autorisée à refuser leur inscription dans la liste, sauf si elle apporte la preuve de l'inexactitude des indications communiquées.

## Art. 40 LPCC

### Al. 1

Bär & Karrer et l'UNIGE proposent de supprimer cette disposition. Ils allèguent que, selon les Termes de référence 2016, les SICAV, à l'instar d'autres placements collectifs ouverts, sont exclus du champ d'application des recommandations du Forum mondial. Ils soulignent que, conformément à l'art. 40 OBA-FINMA, les SICAV, plus précisément les directions de fonds, doivent déjà vérifier l'identité du souscripteur lors de la souscription de placements collectifs de capitaux suisses non cotés en bourse et identifier le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales si la souscription excède le montant de 25 000 francs.

## 4.2 Système de sanctions

### 4.2.1 Vue d'ensemble des résultats de la consultation

Quinze cantons (AG, AI, AR, BE, BL, BS, GE, JU, LU, NE, NW, SG, SH, SO, TG, UR, VD, VS, ZH), le PS, Economiesuisse, l'OAD FCT, Transparency International et l'USS sont en principe favorables à ce que des sanctions soient promulguées (art. 731b, al. 1, ch. 4, CO, art. 327 et 327a CP). Economiesuisse veut que la nécessité et l'adéquation de ces dispositions soient soigneusement vérifiées, et quelques participants à la consultation proposent par ailleurs des adaptations.

ZG, Les Verts, la Conférence des villes suisses sur les impôts, la FSA et Lenz & Staehelin sont favorables à l'introduction de sanctions pénales.

L'ASG, Baker & McKenzie, Bär & Karrer, la FSA, Lenz & Staehlin, Scienceindustries, SwissBoardForum, SwissHoldings et l'UNIGE se prononcent contre l'art. 731b, al. 1, ch. 4, CO.

Le pvl, l'UDC, l'ASB, l'ASG, le CP, Expert Suisse, le Forum OAR, le Forum PME, Schellenberg Wittmer, la SSE, la SVIG, SwissBoardForum, la VQF et Walder Wyss rejettent le système de sanctions proposé. Ils estiment que les dispositions pénales sont disproportionnées et qu'elles ne sont pas nécessaires pour mettre en œuvre les recommandations du Forum mondial. D'après eux, elles méconnaissent les réalités des PME et auraient pour effet de pénaliser des comportements qui se produisent souvent sans que leur auteur ait conscience de leur caractère illicite. Ils estiment que le fait d'enfreindre une obligation d'annoncer ou une obligation de tenir une liste fondées sur le droit civil peut également être sanctionné par des moyens relevant du droit civil, comme c'est actuellement le cas pour la plupart des obligations découlant du droit des sociétés.

Schellenberg Wittmer rejette les sanctions pénales, car, sans élucidation simultanée des incertitudes juridiques en relation avec l'art. 697j CO (cf. ch. 6 ci-après), elles violent le principe de la légalité (*nulla poena sine lege*) ainsi que le principe de précision de la base légale (*nulla poena sine lege certa*) qui en découle.

Lenz & Staehelin, l'OAR-ASA, la SVIG et SwissHoldings réclament la suppression des sanctions de droit civil visées à l'art. 697m CO si les dispositions pénales sont maintenues. La Conférence des villes suisses sur les impôts propose que les dispositions soient repensées, car l'identification des ayants droit économiques peut être problématique.

Le PDC et le PLR ne s'expriment pas sur cette proposition.

#### **4.2.2 Remarques concernant les différents articles**

##### **Art. 731b CO**

Au cas où l'al. 1, ch. 4, ne serait pas supprimé, AI, AR et ZG demandent que le préposé au registre du commerce ne soit pas habilité à requérir des mesures, car, selon le rapport explicatif, il ne fait pas partie des autorités pouvant consulter le registre des actions.

ZG constate en pratique que les sociétés sont devenues des articles jetables: si la société ne suscite plus d'intérêt, les organes démissionnent, se font biffer du registre du commerce et provoquent ainsi sciemment l'ouverture de la faillite pour cause de carence dans l'organisation; l'État doit ensuite liquider la société aux frais du contribuable. ZG estime que, avec le ch. 4 qui est maintenant prévu, on crée un nouvel instrument permettant de se débarrasser d'une société dont on n'a plus besoin et de laisser l'État faire le travail. D'après ce canton, la sanction de la faillite est disproportionnée par rapport au ch. 4.

SG et ZH proposent que le droit de requérir des mesures au sens de l'al. 1 soit étendu aux autorités et intermédiaires financiers visés à l'art. 686, al. 6, et à l'art. 697l, al. 5, CO, car sinon l'art. 731b, al. 1, ch. 4, CO pourrait rester lettre morte.

Baker & McKenzie estime que, dans la version allemande, le terme «rechtmässig», utilisé pour définir la manière de tenir les listes, devrait être remplacé soit par «pflichtgemäss», soit par «vorschriftsgemäss». Dans le cas contraire, le fait qu'un actionnaire omette de se déclarer pourrait avoir de graves conséquences pour la société, car cette dernière ne serait pas du tout en mesure d'établir une liste. Cette impossibilité serait assimilée à une carence dans l'organisation, ce qui pourrait provoquer la dissolution et la liquidation de la société, conséquence totalement disproportionnée.

La FSA et Lenz & Staehelin estiment que la portée pratique de la modification matérielle prévue serait faible: les actionnaires ne peuvent consulter le registre des actions que de façon restreinte, le préposé au registre du commerce ne peut non plus guère le faire en pratique, et les créanciers n'ont absolument aucun droit de consultation. Les personnes habilitées à requérir des mesures au sens de l'art. 731b CO ne savent donc en général absolument pas si le registre des actions et la liste des ayants droit économiques ayant été annoncés à la société sont tenus conformément aux prescriptions et correctement. Ils n'ont par ailleurs guère d'intérêt légitime à requérir de telles mesures et risqueraient de le faire pour des motifs abusifs (par ex. en cas de différends au sujet du contrôle) visant à mettre le conseil d'administration sous pression ou à obtenir l'identité des actionnaires.

BL, SG et ZH proposent de remplacer le terme «préposé au registre du commerce», qui n'est plus utilisé, par le terme «office du registre du commerce».

##### **Art. 327 CP**

Baker & McKenzie signale que les deux éléments constitutifs d'infraction visés à l'art. 327 CP ne sont pas seulement réalisés en cas de dol direct, mais aussi en cas de dol éventuel. Le fait qu'une annonce ait été omise, ait été communiquée tardivement ou soit erronée peut également être interprété comme une infraction par dol éventuel de l'obligation d'annoncer. Pour Baker & McKenzie, cette approche est notamment discutable parce que, en raison de la réglementation légale, il existe de nombreuses situations dans lesquelles l'identité de l'ayant

droit économique n'est pas claire. Baker & McKenzie ajoute qu'il existe de nombreuses autres questions en suspens par rapport aux obligations d'annoncer. Compte tenu de cette situation, ce cabinet d'avocats émet des doutes sur la compatibilité de cette disposition avec le principe *nulla poena sine lege certa*. Finalement, Baker & McKenzie relève l'existence, comme dans le cas de l'art. 731b CO, d'un risque d'abus en cas de différends entre des sociétés ou entre une société et ses actionnaires. En outre, on ne saurait pas clairement comment agir à l'égard des annonces erronées. En cas de présentation d'une annonce lacunaire, l'associé n'a en principe pas rempli son obligation d'annoncer. Une sanction pénale semble cependant discutable en cas de manquement mineur.

Let. b

Pour l'ASB, Baker & McKenzie, economiesuisse et l'UBCS, il est problématique et disproportionné de sanctionner l'omission d'annoncer le changement du nom ou de l'adresse de l'ayant droit économique. Ils proposent que cette norme soit supprimée.

À ce sujet, Baker & McKenzie relève que la doctrine tire de l'absence de délai légal concernant les annonces de modifications la conclusion que ces annonces peuvent également être effectuées plus d'un mois après la modification sans que cela entraîne de suspension ou d'extinction des droits patrimoniaux ou de suspension des droits de participation au sens de l'art. 697m CO. Si l'omission d'annoncer des modifications devenait punissable, il faudrait se demander à quel moment cette obligation serait considérée comme violée. Selon Baker & McKenzie, le fait que les modifications des données personnelles et de domicile des ayants droit économiques soient souvent inconnues des associés formels plaide également contre les sanctions pénales en cas d'inobservation de cette obligation. Le régime en vigueur ne comporte pas d'obligation pour les associés formels de procéder à des investigations supplémentaires. Baker & McKenzie en déduit que l'obligation de procéder à une annonce des modifications est une simple prescription d'ordre.

Le pvl propose que l'on prévienne des amendes plus basses pour les délinquants primaires et des amendes plus élevées pour les récidivistes.

### **Art. 327a CP**

Baker & McKenzie ne veut pas que l'élément déterminant soit le fait que les listes soient tenues correctement, mais bien le fait qu'elles soient tenues conformément aux obligations ou conformément aux prescriptions, comme le prévoit par exemple l'art. 325 CP. Par ailleurs, Baker & McKenzie se demande si l'obligation de tenir les listes correctement serait déjà violée lorsqu'une liste présente des lacunes parce que certains associés ne se sont pas annoncés à la société ou parce que cette dernière n'est pas encore du tout obligée de tenir la liste des ayants droit économiques étant donné qu'aucune annonce ne lui est encore parvenue, soit parce que le seuil n'a pas encore été atteint ou dépassé, soit en application de l'art. 3 des dispositions transitoires de la loi GAFI. S'il en était ainsi, les associés pourraient nuire activement à la société et à ses organes en enfreignant leur obligation d'annoncer ou en ne se faisant pas inscrire dans le registre. Ensuite, on ignore si l'inobservation de l'obligation de conserver les justificatifs ayant servi à l'inscription dans le registre de la société ainsi qu'aux annonces des ayants droit économiques serait concernée par la sanction.

D'après la FSA, le conseil d'administration ne peut pas être tenu de contrôler l'exactitude des annonces des actionnaires. Un doute à cet égard ne doit pas non plus forcément amener à la conclusion que la liste a été tenue de façon incorrecte.

### **4.3 Obligation de disposer d'un compte bancaire (art. 958g CO)**

#### **4.3.1 Vue d'ensemble des résultats de la consultation**

Quinze cantons (AI, BE, BL, BS, GE, JU, LU, NE, NW, SG, SO, TG, UR, VD, VS), le PS, le pvl et la Conférence des villes suisses sur les impôts sont favorables à la proposition, mais certains d'entre eux proposent des adaptations.

AG, ZG, le PDC, le PLR, l'UDC, l'ASB, economiesuisse, l'usam, l'ASG, Baker & McKenzie, Bär & Karrer, le CP, la FER, le Forum OAR, la FSA, Homburger, Kohli & Urbach, Lenz & Staehelin, l'OAR-ASA, l'OAR-ASSLO, l'OAD FCT, la SSE, la SVIG, l'UBCS, Vischer et la VQF ainsi que les entreprises actives dans le domaine des crypto-monnaies Bitcoin Association, Bity SA, IndéNodes et Moving Media GmbH sont opposés à la proposition.

Divers adversaires de la proposition allèguent que cette disposition a quelque chose d'exotique en comparaison internationale, d'autant plus que seule l'Inde connaît une réglementation comparable, mais pour des raisons différentes. À leur avis, cette disposition n'est pas compatible avec le droit économique libéral de la Suisse et elle viole la liberté contractuelle. Elle pourrait devenir un désavantage concurrentiel notable pour la place économique suisse. Ils estiment en outre que l'obligation de disposer d'un compte bancaire entraînera une charge de travail considérable pour les sociétés et banques concernées.

Les adversaires de la proposition relèvent en outre des difficultés de mise en œuvre. En effet, les banques ne sont pas obligées de conclure une relation de compte avec chaque client, car il n'existe pas d'obligation de contracter. D'après la LBA, les banques sont au contraire tenues d'éviter les relations d'affaires risquées ou d'y mettre un terme.

Plusieurs adversaires de la proposition considèrent comme discutable que l'obligation de disposer d'un compte bancaire se traduise pour les banques par une obligation indirecte de contrôler les obligations découlant du droit des sociétés. Ils estiment que les banques ne disposent absolument pas des moyens nécessaires à cet effet. Ils en concluent que c'est à l'État d'assumer ces contrôles et qu'il ne doit pas les reporter sur des entreprises privées.

#### **4.3.2 Remarques concernant l'art. 958g CO**

La Conférence des villes suisses sur les impôts trouve qu'il serait souhaitable de préciser de quelle manière l'observation de cette obligation doit être contrôlée.

D'après Baker & McKenzie et Kohli & Urbach, on a négligé le fait que certaines entités juridiques telles que les entreprises individuelles, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les associations et les fondations ne sont absolument pas obligées de tenir des listes des actionnaires et des ayants droit économiques. Ils en déduisent que, pour ces entités juridiques, la disposition ne donne aucun résultat. AI et le pvl proposent de dispenser les associations de cette obligation. Certains participants à la consultation déplorent que la norme s'adresse à un cercle de destinataires dont l'ampleur va au-delà des exigences du Forum mondial.

Divers participants à la consultation ne voient aucune raison de prévoir une restriction aux banques suisses. À leur avis, il faut également admettre des relations de compte avec des banques étrangères si ces dernières sont soumises à une surveillance comparable. Ils ajoutent que des sociétés ont uniquement une relation de compte avec une banque sise à l'étranger parce que les banques suisses sont manifestement réticentes à contracter des relations avec des entreprises ayant un lien avec certains pays (par ex. États-Unis, Russie) ou certaines branches (fintech, blockchain). Ils ne partagent pas le point de vue exprimé dans le rapport explicatif, qui qualifie cette mesure de «très peu invasive».



Certains participants relèvent que les entreprises actives dans le domaine des crypto-monnaies n'ont justement pas besoin de disposer d'un compte auprès d'une banque suisse. Ils estiment que l'obligation de disposer d'un compte bancaire qui est prévue nuit à la branche des crypto-monnaies et l'oblige à partir à l'étranger ou même à cesser ses activités.

economiesuisse, l'usam, Moving Media GmbH et l'OAR-ASSL invoquent le principe de la neutralité technologique. Ils relèvent que, précisément à cause de la numérisation, une extension à d'autres intermédiaires financiers tels que les gestionnaires de fortune, les sociétés de leasing, les avocats ou les notaires est particulièrement importante. Même si l'obligation était introduite, il faudrait encore se demander qui contrôlerait qu'elle est respectée et qui infligerait des sanctions en cas d'inobservation.

Certains participants reprochent à cette disposition de nuire à la cohérence du système juridique, car le terme d'ayant droit économique n'a pas la même acception dans le CO et dans la LBA. Ils ajoutent que la solution proposée est mal ciblée, car elle ne précise pas à qui il incombe de vérifier que l'obligation de disposer d'un compte bancaire est respectée.

Pour l'UNIGE, cette disposition est mal classée du point de vue systématique, car l'obligation de disposer d'un compte bancaire n'a rien à voir avec le droit comptable.

#### **4.4 Droit de consultation (art. 686, al. 6, 697j, al. 5, 790, al. 4, ch. 2, 837, al. 3, CO)**

##### **4.4.1 Vue d'ensemble des résultats de la consultation**

19 cantons (AG, AI, AR, BE, BL, BS, GE, JU, LU, NE, NW, SG, SH, SO, TG, UR, VD, VS, ZH), le PS, le pvl, l'USS et Schellenberg Wittmer sont favorables à la proposition, mais certains d'entre eux proposent des adaptations.

Le PLR, l'UDC, l'ASB, economiesuisse, l'usam, l'ASG, Baker & McKenzie, Bär & Karrer, le CP, le Forum OAR, la FSA, Homburger, Lenz & Staehelin, l'OAD FCT, l'OAR-ASA, l'OAR-ASSL, Scienceindustries, la SSE, la SVIG, SwissHoldings, l'UNIGE et la VQF rejettent la proposition.

D'après la FSA, le registre des actions ne doit en aucun cas devenir accessible au public. Bär & Karrer et l'UNIGE soulignent que, selon le droit de la société anonyme, les actionnaires eux-mêmes ne peuvent consulter le registre des actions que de façon restreinte. À leur avis, alors que les autorités fiscales devraient avoir un droit de consultation en raison des exigences de transparence, un droit de consultation complet pour les autorités et les intermédiaires financiers n'est pas nécessaire.

Baker & McKenzie, Bär & Karrer, la FSA, Lenz & Staehelin et l'UNIGE ne comprennent pas que l'on propose un droit de consultation pour que les intermédiaires financiers puissent s'acquitter de leur devoir de transparence, car ils sont libres de mettre fin à une relation d'affaires ou d'y renoncer d'emblée et d'effectuer une communication au sens de l'art. 9 LBA lorsque la partie contractante ne met pas les informations nécessaires à disposition. Ces participants ne voient pas non plus pourquoi il faudrait accorder à un intermédiaire financier le droit de consulter tous les registres et listes d'une société, étant donné que le devoir de diligence au sens de la LBA se rapporte exclusivement aux ayants droit économiques. Finalement, ils se demandent si une consultation de la liste des ayants droit économiques permet vraiment à un intermédiaire financier de remplir les obligations qui lui incombent au sens des art. 4 ss LBA, car le terme d'ayant droit économique n'a pas la même acception aux articles 697j / 790a CO d'une part et à l'art. 2a, al. 3, LBA d'autre part. Par conséquent, les personnes annoncées à la société au sens du CO ne correspondent pas forcément aux ayants droit économiques au sens de la LBA. Les participants susmentionnés en déduisent qu'il faut s'abstenir d'inscrire dans la loi un droit de consultation des intermédiaires financiers.

L'usam et Homburger rejettent le droit de consultation prévu pour les intermédiaires financiers avec l'argument supplémentaire que ceux-ci (en corrélation avec l'obligation de disposer d'un compte bancaire) deviendraient le bras armé des autorités fiscales et pénales. Ils relèvent que ce rôle s'ajouterait sans compensation aux obligations de communiquer et aux règles de comportement en relation avec la prévention du blanchiment d'argent, ce qu'il faut refuser.

Le PDC et Les Verts ne s'expriment pas sur cette proposition.

#### **4.4.2 Remarques concernant les différents articles**

AI et AR veulent que les autorités devant bénéficier du droit de consultation soient énumérées de façon exhaustive. Si tel n'est pas le cas, ils estiment qu'il pourrait être difficile, dans le cadre de l'exécution, de distinguer les demandes de renseignements légitimes de celles qui ne le sont pas.

D'après l'usam et l'OAR-ASSL, si un droit de consultation était introduit, il devrait également être accordé à la FINMA et aux OAR, car ceux-ci surveillent les intermédiaires financiers.

Homburger se demande comment les dispositions proposées interagiraient avec les réglementations mieux équilibrées concernant les mesures de contrainte et la collecte des moyens de preuve qui figurent par exemple dans le code de procédure pénale ou dans les lois fiscales. Il serait inédit d'accorder de tels droits de consultation à des autorités et à des particuliers en dehors des procédures fondées sur l'État de droit. D'après Baker & McKenzie, Bär & Karrer et Schellenberg Wittmer, pour éviter que l'État ne dispose d'une possibilité d'accès excessive aux registres et aux listes des sociétés, il serait judicieux de limiter le droit de consultation à des autorités suisses définies, d'éviter d'en faire une clause générale dans le CO et de prévoir au contraire une base légale spécifique dans chaque acte spécial.

Baker & McKenzie ne voit pas clairement ce qu'il faut entendre par «accomplissement des tâches légales». De l'avis de ce cabinet d'avocats, le fait que la consultation ne doive servir qu'à l'accomplissement des tâches légales est source d'arbitraire. Baker & McKenzie estime que la consultation doit être limitée à des cas dans lesquels elle constitue une nécessité et dans lesquels le droit de consultation se fonde sur un acte spécial.

Schellenberg Wittmer demande que l'on précise ce que recouvre le terme d'autorités et comment l'on juge si la consultation sert à l'accomplissement des tâches légales de ces dernières. Ce participant à la consultation estime que l'on ne peut laisser ces points à l'appréciation des autorités et des intermédiaires financiers.

### **4.5 Succursales d'entreprises étrangères (art. 935, al. 3, CO)**

#### **4.5.1 Vue d'ensemble des résultats de la consultation**

Quinze cantons (AG, BE, BL, BS, GE, JU, LU, NE, NW, SG, SO, TG, UR, VD, VS), la CDF, le PS, le pvl, Les Verts, l'USS, Alliance Sud/Public Eye et Transparency International approuvent la proposition.

Trois cantons (SZ, ZG, SH), l'UDC, l'usam, l'ASG, Baker & McKenzie, Bär & Karrer, Bitcoin Association Switzerland, la FSA, l'OAD FCT, Schellenberg Wittmer, la SSE et l'UNIGE rejettent la proposition.

Même si cette disposition n'est prévue que sous la forme d'une prescription d'ordre, Schellenberg Wittmer ne comprend pas pourquoi les fondés de procuration de succursales sises en Suisse devraient être tenus d'avoir accès à des informations étrangères. Schellenberg Wittmer estime que l'obligation d'annoncer les actionnaires de sociétés étrangères ne relève pas du champ d'application du droit suisse à raison du lieu et de la matière. Du point de vue de l'OAD FCT, cette disposition viole le principe de la territorialité.

D'après Baker & McKenzie, Bär & Karrer et la FSA, l'obligation des fondés de procuration d'avoir accès à des informations relatives aux actionnaires du siège principal à l'étranger et aux ayants droit économiques est en conflit avec le droit étranger si ce dernier ne connaît pas de possibilités d'information analogues ou s'il existe une autre conception de l'ayant droit économique, raison pour laquelle les informations à ce sujet sont souvent discordantes. En pareil cas, ils estiment qu'il ne faudrait par conséquent pas obliger le fondé de procuration à se soucier de manière autonome d'obtenir des informations, d'autant qu'il n'y aura pas forcément un accès aisé. Ces participants estiment cependant que le problème pourrait être atténué par le fait que cette disposition constitue une simple prescription d'ordre, dont l'inobservation n'entraîne aucune sanction supplémentaire. Ils relèvent que l'obligation du fondé de procuration de transmettre les informations à une autorité ou à un intermédiaire financier est dans de nombreux cas contraire au droit étranger, notamment en ce qui concerne la protection des données.

Le PDC et le PLR ne s'expriment pas sur cette proposition.

#### **4.5.2 Remarques concernant l'art. 935, al. 3, CO**

Pour Bär & Karrer et la FSA, la disposition va au-delà des recommandations du Forum mondial, car celles-ci se rapportent exclusivement aux sociétés étrangères ayant leur administration effective ou un établissement en Suisse et non à toutes les succursales de sociétés étrangères. Ils proposent par conséquent l'adaptation suivante:

<sup>3</sup> Si une entreprise a son administration effective en Suisse, le fondé de procuration doit avoir accès aux noms, prénoms et adresses des actionnaires ou associés 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.~~

Les Verts, Alliance Sud/Public Eye et Transparency International réclament une extension de l'obligation d'informer à toutes les sociétés étrangères qui disposent d'un établissement stable en Suisse. Ils estiment que, si l'obligation d'informer est limitée aux sociétés ayant des succursales en Suisse, les établissements stables offriraient de nouvelles failles pour les transferts illégaux de capitaux.

## **5. Échange de renseignements**

### **5.1 Confidentialité de la demande (art. 15, al. 3, LAAF)**

#### **5.1.1 Vue d'ensemble des résultats de la consultation**

22 cantons (tous ceux ayant participé à la consultation, à l'exception du Tessin), le PS, Les Verts, la CDF et l'ABPS sont favorables à la proposition.

TI, le PLR, l'ASB, economiesuisse, l'ASG, Bär & Karrer, la FSA, le Forum OAR, l'OAD FCT, la SATC, l'UBCS et la VQF rejettent la proposition.

Les adversaires de la disposition proposée estiment que celle-ci restreint le droit de consulter le dossier d'une manière qui n'est pas admissible.

Le PDC, le pvl et l'UDC ne s'expriment pas sur cette proposition.

### **5.2 Capacité d'être partie et d'ester en justice (art. 18a LAAF)**

#### **5.2.1 Vue d'ensemble des résultats de la consultation**

Sept cantons (BE, GE, LU, NW, SO, VS, ZH) et l'ABPS approuvent la proposition; NW, SG, TG, VD, le PDC, l'ASG et l'OAD FCT la rejettent.

Le PLR, le PS, le pvl, l'UDC et Les Verts ne s'expriment pas sur cette proposition.

## 5.2.2 Remarques concernant l'art. 18a LAAF

Divers cantons et le PDC ne voient pas clairement ce qui faut entendre concrètement par «masses patrimoniales distinctes» et par «autres entités juridiques». C'est pourquoi NW, SG, TG et VD proposent de limiter cette disposition aux personnes décédées ou plus exactement aux successions; AG, AI, AR, BL, BS, FR, JU, SH, SZ, UR, ZG et la CDF proposent d'examiner l'opportunité d'une telle restriction.

L'ASB, l'ABPS et l'UBCS veulent que l'État requérant soit tenu d'apporter la preuve que l'«entité juridique» concernée a une personnalité juridique et a le droit d'agir conformément au droit de l'État en question.

## 6. Autres requêtes

### 6.1 Loi GAFI

D'après Baker & McKenzie, l'expérience montre que de nombreuses sociétés concernées par les obligations introduites par la loi GAFI (art. 697j ss CO) n'ont aucune connaissance de ces dernières, car elles ne sont pas conseillées sur le plan juridique et ne disposent pas non plus d'un organe de révision qui pourrait attirer leur attention sur les nouvelles règles. Ce cabinet d'avocats relève que, dans les sociétés de ce genre, l'inobservation des règles de transparence (en particulier l'omission de tenir la liste des ayants droit économiques) ne se manifeste en règle générale que lorsque la société est vendue, que des mesures d'exécution forcée sont introduites ou qu'un litige se déclare entre les actionnaires. Baker & McKenzie déclare que, lors de la procédure législative concernant la loi GAFI, des participants à la consultation avaient déjà exprimé la crainte que les règles de cette loi soient imprécises, lacunaires et contradictoires, et que cette crainte s'est malheureusement confirmée. D'après ce participant, les déficits concernent les thèmes suivants:

- titres soumis à l'obligation d'annoncer (en raison du renvoi figurant à l'art. 656a, al. 2, CO, l'obligation visée à l'art. 697j CO s'applique également à l'acquisition de bons de participation, ce qui semble discutable);
- notion d'acquisition (question de savoir ce qui est valable en cas de constitution d'une société, d'augmentation du capital, de conversion de titres de participation, d'acquisition de propres actions, etc.; le législateur aurait pu se baser sur la définition de la notion d'acquisition figurant à l'art. 120 LIMF);
- exception à l'obligation d'annoncer pour les sociétés ouvertes au public (question de savoir dans quelle mesure les titres de participation de la société doivent être cotés en bourse, ce qui est valable en cas de rapports de participation à plusieurs niveaux, si l'exception n'est valable qu'en cas de cotation en Suisse);
- ayant droit économique (question de savoir qui doit être annoncé dans les structures de groupe ainsi que pour les actions qui sont détenues directement ou indirectement par des placements collectifs de capitaux ou par des fonds de capital-investissement ainsi que par des fondations et des trusts);
- sanctions (le libellé de l'art. 697m CO est imprécis: l'élément déterminant ne devrait pas être le respect des obligations d'annoncer, mais le fait que la communication nécessaire soit effectuée; en lieu et place du terme «droits sociaux», un lien avec «le droit de vote et les droits qui en découlent» aurait été judicieux; il n'est pas satisfaisant qu'une violation des obligations d'annoncer soit sanctionnée plus sévèrement dans les sociétés non cotées en bourse que dans les sociétés ouvertes au public; question de savoir si l'omission d'annoncer des modifications au sens de l'art. 697j, al. 2, CO entraînerait aussi les conséquences visées à l'art. 697m CO, ce qui serait inapplicable et disproportionné).

Baker & McKenzie trouve que le fait que la révision des règles de transparence n'ait pas été mise à profit pour éliminer les problèmes connus est d'autant plus regrettable que certaines de ces obligations devraient maintenant devenir sanctionnables pénalement.

## 6.2 Annonce de l'ayant droit économique des actions (art. 697j CO)

Le Forum PME demande que des instructions détaillées concernant l'identification des ayants droit économiques soient mises à la disposition des PME avant l'introduction des dispositions pénales.

Bär & Karrer, le Forum PME, la FSA, Homburger, Lenz & Staehelin, l'OAR-ASSL, Schellenberg Wittmer, Scienceindustries, la SVIG, SwissHoldings, l'UNIGE, Vischer et Walder Wyss réclament divers éclaircissements en ce qui concerne l'art. 697j CO, car ils estiment que cette disposition posera de gros problèmes pratiques. Il s'agit notamment de clarifier la notion d'ayant droit économique. Ils ajoutent que, au vu du principe de la légalité, cet éclaircissement est indispensable en cas d'introduction de dispositions pénales.

Bär & Karrer, Homburger, Lenz & Staehelin et l'UNIGE proposent que l'art. 697j CO soit reformulé comme suit (Homburger et Lenz & Staehelin notent en outre que l'art. 790a CO devrait être adapté en conséquence):

<sup>1</sup> Quiconque acquiert, seul ou de concert avec un tiers, des actions d'une société dont les titres de participation 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 droits de vote, 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).

<sup>2</sup> L'actionnaire est tenu de communiquer à la société toute modification du prénom, du nom ou de l'adresse de l'ayant droit économique.

<sup>3</sup> Si l'actionnaire est une personne morale ou une société de personnes, est réputée ayant droit économique la personne physique qui contrôle l'actionnaire en application par analogie de l'art. 963, al. 2, CO. S'il n'existe pas de tel ayant droit économique, aucune annonce ne doit être effectuée.

<sup>4</sup> Si l'actionnaire est une société dont les droits de participation sont cotés en bourse, ou s'il est contrôlé par une telle société au sens de l'art. 963, al. 2, CO, l'obligation d'annoncer est caduque si les participations à la société cotée en bourse sont soumises à l'obligation de déclarer visée à l'art. 120 de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers ou à des dispositions équivalentes du droit étranger. L'actionnaire doit annoncer à la société la raison sociale et le siège de la société dont les droits de participation sont cotés en bourse.

<sup>5</sup> L'acquisition d'actions émises sous forme de titres intermédiés au sens de la loi du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés n'est pas soumise à l'obligation d'annoncer. La société désigne le dépositaire auprès duquel les actions sont déposées ou inscrites au registre principal; ce dépositaire doit être en Suisse.

La FSA propose que l'art. 697j CO soit reformulé comme suit:

<sup>3</sup> Si l'actionnaire est une personne morale ou une société de personnes, est réputée ayant droit économique la personne physique qui contrôle l'actionnaire en application par analogie de l'art. 963, al. 2 ou 3, CO. S'il n'existe pas de tel ayant droit économique, aucune annonce ne doit être effectuée.

<sup>4</sup> Si l'actionnaire est une société dont les droits de participation sont cotés en bourse, une fondation d'utilité publique, une association ou une corporation de droit public, ou si l'actionnaire est contrôlé au sens de l'art. 963, al. 2 ou 3, CO par une société dont les droits de participation sont cotés en bourse, une fondation d'utilité publique, une association ou une corporation de droit public, aucune annonce ne doit être effectuée.

Schellenberg Wittmer se demande en particulier:

- quand un achat d'actions doit être qualifié d'acquisition «de concert avec un tiers»;
- si les exceptions à l'art. 697j, al. 1 et 3, CO s'appliquent également lorsque les actions de l'acquéreur ou les actions d'une société mère directe ou indirecte de l'acquéreur sont négociées en bourse ou émises sous forme de titres intermédiés, et si ces exceptions ne devraient pas également s'appliquer aux structures de fonds à large cercle d'investisseurs;
- comment constater, dans le cas des structures de participation à plusieurs niveaux, si le seuil déterminant de 25 % du capital et/ou des droits de vote est atteint ou dépassé (règle *de minimis*, méthode multiplicative ou méthode majoritaire);
- comment constater, dans le cas des structures de fonds et des trusts, qui est l'ayant droit économique;
- sur quoi/sur qui doit porter l'annonce en l'absence d'ayant droit économique;
- si les exceptions à l'obligation d'annoncer (acquisition d'actions cotées en bourse ou émises sous forme de titres intermédiés) doivent être annoncées à la société dans le sens d'une annonce négative;
- à quel moment l'obligation d'annoncer prend naissance, quels sont l'objet et la nature de l'annonce et quelles sont les exceptions à l'obligation d'annoncer.

Le législateur devrait régler expressément la naissance de l'obligation d'annoncer, les exceptions à l'obligation d'annoncer, l'objet de l'annonce ainsi que la nature de l'annonce.

Walder Wyss propose les nouvelles dispositions suivantes:

*Art. 697j CO*

<sup>1bis</sup> Est réputée acquisition au sens de l'al. 1 toute acquisition conduisant à la propriété. Pour l'acquisition de concert avec un tiers, les dispositions de l'ordonnance de la FINMA du 3 décembre 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers s'appliquent par analogie. La concertation doit être effectuée dans le cadre de l'acquisition de la propriété; les concertations ultérieures ne sont pas pertinentes. En cas de fondation de société, il doit exister des circonstances qualifiantes supplémentaires allant au-delà d'une fondation commune ordinaire.

<sup>1ter</sup> L'al. 1 ne s'applique pas à l'acquisition de bons de participation et de bons de jouissance.

<sup>1quater</sup> Les personnes physiques qui ne participent qu'indirectement à la société donc les actions ont été acquises doivent être annoncées en tant qu'ayants droit économiques si elles détiennent aux différents niveaux de participation une participation consolidée d'au moins 25 % du capital ou des voix de l'acquéreur. À cette fin, les différentes participations sont multipliées les unes par les autres (test de multiplication).

<sup>4</sup> Si aucun ayant droit économique au sens de l'al. 1 et de l'al. <sup>1quater</sup> ne peut être identifié, il faut annoncer à titre supplétif l'identité du président de l'organe de direction de la société dont des actions ont été acquises.

<sup>5</sup> Il n'y a pas d'obligation d'annoncer et il faut annoncer à titre supplétif l'identité du président de l'organe de direction de la société dont des actions ont été acquises:

- a. lorsqu'une société dont les actions sont cotées en bourse (ou l'une de ses filiales) acquiert des actions;
- b. lorsqu'une société dont les actions sont émises sous forme de titres intermédiés (ou l'une de ses filiales) acquiert des actions;
- c. lorsqu'une personne acquiert des actions à titre fiduciaire pour une société relevant de la let. a ou de la let. b;

- d. lorsqu'une association (art. 60 ss CC) ou une fondation (art. 80 ss CC) acquiert des actions;
- e. lorsqu'une société majoritairement contrôlée par l'État acquiert des actions;
- f. lorsqu'un trust effectivement irrévocable acquiert des actions, et
- g. lorsqu'un fonds de placement comportant plus de 20 investisseurs acquiert des actions.

### **6.3 Sanctions de droit civil en cas de non-respect de l'obligation d'annoncer (art. 697m CO)**

Bär & Karrer, la FSA, Homburger, Lenz & Staehelin et l'UNIGE veulent que les sanctions fondées sur le droit des sociétés prévues par l'art. 697m CO soient biffées en cas d'introduction de sanctions pénales. Cette suppression leur semble d'autant plus justifiée que les sanctions fondées sur le droit des sociétés semblent être actuellement considérées comme trop peu efficaces et posent des problèmes sous l'angle du droit procédural et de l'État de droit. Ces participants à la consultation ajoutent que ces sanctions sont d'une dureté disproportionnée et n'autorisent aucune modulation de la peine en fonction de la gravité des faits, de leur caractère plus ou moins intentionnel et d'autres circonstances. Ils relèvent en outre qu'il existe un danger d'abus en cas de différends entre actionnaires ou dans le but d'éliminer un actionnaire indésirable. À leur avis, les nouvelles sanctions pénales devraient être suffisantes, d'autant plus qu'une double sanction n'est nécessaire ni pour se conformer aux recommandations du Forum mondial, ni pour lutter contre les violations de l'obligation d'annoncer.

En cas de maintien de l'art. 697m CO, il faudrait, de l'avis de Bär & Karrer et de Homburger, prévoir un minimum de garanties de procédure afin que l'actionnaire ait la possibilité de justifier son omission. Compte tenu de la gravité de la sanction – qui équivaut tout de même à une expropriation en termes de voix et de patrimoine – et du but des obligations d'annoncer, ils estiment que l'art. 697m CO n'est pas convaincant à cet égard. Ils ajoutent que, dans les cas de peu de gravité (par ex. lorsque l'annonce n'accuse qu'un léger retard, lorsque l'omission d'annoncer n'est pas de nature à permettre la commission de délits de blanchiment d'argent ou de délits fiscaux ou en cas de simple oubli), l'extinction durable des droits patrimoniaux de l'actionnaire va trop loin et est disproportionnée. Ils relèvent que, dans les faits, ce seraient avant tout des actionnaires de PME qui seraient touchés par ces sanctions, car leurs sociétés ne sont pas cotées en bourse et ne disposent pas non plus d'un service juridique pouvant attirer l'attention des actionnaires sur leurs obligations et les aider à les respecter. À leur avis, il faut par conséquent au minimum préciser que les sanctions ne prennent effet qu'après expiration d'un délai d'un mois à compter de l'exécution de l'acquisition.

Homburger demande que, dans les cas qui ne sont pas clairs, il soit possible de faire constater officiellement, de manière rapide et contraignante, s'il existe une obligation d'annoncer. Ce cabinet d'avocats relève qu'une telle possibilité existe en droit boursier et qu'elle est fréquemment utilisée, car les investisseurs veulent se conformer à la loi.

Walder Wyss propose la nouvelle disposition suivante:

*Art. 697m, al. 4, phrase 2:*

<sup>4</sup> ... Le conseil d'administration n'est pas soumis à l'obligation de vérifier l'exactitude du contenu des annonces.

### **6.4 Divers**

La FSA constate que le registre des actions et la liste des ayants droit économiques revêtent une importance croissante et que les exigences portant sur leur contenu, leur mise à jour et

leur conservation sont sévères et assorties de sanctions pénales; partant de ce constat, elle se demande s'il ne serait pas judicieux d'édicter des normes légales claires concernant leur tenue.

Le PS, Les Verts, l'ASB, l'USS, Alliance Sud/Public Eye et Transparency International sont favorables à la création d'un registre central public pour les ayants droit économiques. Ils relèvent qu'environ la moitié des États européens connaissent déjà un registre de ce genre, grâce auquel on peut garantir une surveillance indépendante. Les Verts relèvent que, dans le cadre de la quatrième directive anti-blanchiment, l'UE a adopté l'introduction au niveau national de registres publics des ayants droit économiques, laquelle entrera en vigueur à la fin de 2019. Ils en déduisent que la pression exercée sur la Suisse va encore augmenter à cet égard. Kohli & Urbach et l'OAR-ASSL se demandent aussi si l'introduction d'un registre étatique ne serait pas le meilleur moyen d'atteindre l'objectif visé par l'obligation de disposer d'un compte bancaire. Kohli & Urbach évoque à cet égard la blockchain. D'après ce cabinet d'avocats, la blockchain ne permettrait pas seulement de remplir les fonctions de publication, de preuve, de contrôle et de protection qui vont de pair avec les listes, mais aussi, en cas de besoin, d'assurer la transparence de l'information de façon très simple et efficace.

Au sujet de l'art. 697I CO, Schellenberg Wittmer désire qu'il soit précisé si l'ayant droit économique doit également présenter une copie de passeport ou de carte d'identité.

## **7. Compilation des prises de position des cantons sur des questions de mise en œuvre**

### **Art. 622 CO**

#### **Al. 1**

AI, AR et ZG demandent une abolition totale des actions au porteur. AI et AR justifient leur point de vue en alléguant que la distinction entre les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et celles dont les actions ne sont pas cotées en bourse crée une grande incertitude en pratique. Ces cantons précisent que, dans le cas particulier où des actions d'une société sont négociées auprès d'une bourse étrangère, il est très difficile pour l'office du registre du commerce de vérifier ou de constater s'il s'agit d'une bourse ou seulement d'une avant-bourse. Ils ajoutent qu'une abolition totale permettrait également de remédier à l'insécurité juridique résultant de la décotation. À leur avis, on pourrait éventuellement conditionner l'utilisation des actions au porteur à la cotation auprès d'une bourse suisse.

Au cas où les actions au porteur ne seraient pas entièrement abolies, ZG propose d'introduire une obligation d'annoncer selon laquelle les sociétés devraient informer les autorités du registre du commerce lorsqu'elles négocient leurs actions en bourse et lorsqu'elles cessent le commerce boursier. Ce canton ajoute qu'il faut prévoir une sanction si cette obligation d'annoncer est enfreinte et si la société n'adapte pas ses statuts dans les six mois suivant la cessation du commerce boursier. ZG justifie sa demande par le fait que les autorités du registre du commerce ont des difficultés à savoir si une société est cotée en bourse et si – et quand – elle a cessé le commerce boursier.

### **Art. 4 disp. trans.**

#### **Al. 1**

D'après AI, BL, FR, SG et UR, la forte augmentation des modifications de statuts ou des procédures d'exécution forcée sera difficile voire impossible à gérer avec les ressources existantes sans que les affaires courantes en souffrent. Ces participants ajoutent que cette disposition entraîne une insécurité juridique lorsque les justificatifs (statuts) et l'inscription au registre du commerce se contredisent, étant donné que l'office du registre du commerce modifie d'office



l'inscription au registre du commerce à l'expiration du délai transitoire de deux ans. AI et UR estiment que plus de 30 % des statuts de sociétés anonymes seront touchés. Or, il faut que les tiers puissent avoir la certitude que les copies de justificatif correspondent aux états de fait inscrits dans le registre du commerce.

#### Al. 2

AI, AR, BS et ZG signalent diverses difficultés pratiques pour les offices du registre du commerce, auxquels cette disposition impose une nouvelle obligation de contrôler. Par exemple, les offices du registre du commerce ne peuvent pas savoir si une société est cotée en bourse et quand elle cesse le commerce boursier. Ils ne sont donc pas non plus en mesure d'identifier les situations dans lesquelles ils devraient éventuellement rejeter une modification des statuts. On pourrait remédier à cette situation en précisant que, lors de chaque modification des statuts, les sociétés cotées en bourse doivent prouver que la cotation est maintenue et en inscrivant dans la loi une restriction aux cotations effectuées en Suisse.

#### Al. 3

AI et AR font remarquer que les statuts des sociétés anonymes avec actions nominatives se distinguent à divers égards de ceux des sociétés anonymes avec actions au porteur. Si la conversion est effectuée de par la loi, une incertitude subsiste quant aux dispositions des statuts qui sont «automatiquement» modifiées et à celles qui ne le sont pas. Au vu de ces considérations, AI propose que le délai d'adaptation des statuts et de l'inscription au registre du commerce soit fixé à un an. Ce canton ajoute que la conversion en actions nominatives ne doit avoir lieu qu'au moment de la décision de l'assemblée générale, qui doit faire l'objet d'un acte authentique. On pourrait en outre préciser que, si la modification ne concerne que le genre d'actions, le conseil d'administration peut y procéder sans recourir à la forme authentique. Une adaptation des statuts effectuée hors délai pourrait être qualifiée de carence d'organisation au sens de l'art. 731b CO, ce qui permettrait de porter l'affaire devant un tribunal afin qu'il prenne les mesures nécessaires.

UR propose que, lorsque des sociétés ne modifient par leurs statuts dans le délai prescrit et ne donnent pas non plus suite à la sommation de l'office du registre du commerce, le juge exige le rétablissement de la situation légale sur demande de l'office du registre du commerce.

### **Art. 731b CO**

Au cas où l'al. 1, ch. 4, ne serait pas supprimé, AI, AR et ZG demandent que le préposé au registre du commerce ne soit pas habilité à requérir des mesures, car, selon le rapport explicatif, il ne fait pas partie des autorités pouvant consulter le registre des actions.

ZG constate en pratique que les sociétés sont devenues des articles jetables: si la société ne suscite plus d'intérêt, les organes démissionnent, se font biffer du registre du commerce et provoquent ainsi sciemment l'ouverture de la faillite pour cause de carence dans l'organisation; l'État doit ensuite liquider la société aux frais du contribuable. ZG estime que, avec le ch. 4 qui est maintenant prévu, on crée un nouvel instrument permettant de se débarrasser d'une société dont on n'a plus besoin et de laisser l'État faire le travail. D'après ce canton, la sanction de la faillite est disproportionnée par rapport au ch. 4.

SG et ZH proposent que le droit de requérir des mesures au sens de l'al. 1 soit étendu aux autorités et intermédiaires financiers visés à l'art. 686, al. 6, et à l'art. 697I, al. 5, CO, car sinon l'art. 731b, al. 1, ch. 4, CO pourrait rester lettre morte.

**Art. 686, al. 6, 697I, al. 5, 790, al. 4, ch. 2, 837, al. 3, CO**

AI et AR veulent que les autorités devant bénéficier du droit de consultation soient énumérées de façon exhaustive. Si tel n'est pas le cas, ils estiment qu'il pourrait être difficile, dans le cadre de l'exécution, de distinguer les demandes de renseignements légitimes de celles qui ne le sont pas.

**Art. 18a LAAF**

NW, SG, TG et VD proposent de limiter cette disposition aux personnes décédées ou plus exactement aux successions; AG, AI, AR, BL, BS, FR, JU, SH, SZ, UR, ZG et la CDF proposent d'examiner l'opportunité d'une telle restriction.