

Philippe Jacquemoud / Benjamin Vignieu*

Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012

Propositions de mise en pratique

Table des matières

- I. Introduction
- II. Les Recommandations du GAFI
 1. Systématique des Recommandations du GAFI 10, 24 et 25
 2. Devoir de vigilance relatif à la clientèle et transparence des personnes morales
 3. L'identification du bénéficiaire effectif au sens des Recommandations du GAFI
 - 3.1 La définition de bénéficiaire effectif
 - 3.2 Le bénéficiaire effectif d'une personne morale
 - 3.3 Le bénéficiaire effectif d'une construction juridique
 4. Un exemple de concrétisation: la 4^{ème} directive européenne anti-blanchiment
- III. Mise en œuvre des Recommandations du GAFI en droit suisse
 1. Concrétisation du devoir de vigilance en droit suisse
 2. Transparence des personnes morales
 - 2.1 Annonce de l'acquisition d'actions au porteur (697i CO)
 - 2.2 Annonce du bénéficiaire ultime des actions (697j CO)
 3. Identification du bénéficiaire ultime
 - 3.1 La notion du bénéficiaire ultime en droit suisse
 - 3.2 L'identification du bénéficiaire ultime d'une personne morale
 - 3.3 L'identification du bénéficiaire ultime d'une construction juridique
 - 3.4 Exception de l'identification du bénéficiaire ultime
 4. Dispositions générales
 - 4.1 Exception de l'obligation d'annonce des titres intermédiaires
 - 4.2 Obligation de tenir un registre
 - 4.3 Possibilité d'annoncer à un intermédiaire financier (art. 697k CO)
 - 4.4 Délais des obligations d'annonce
 - 4.5 Sanctions et responsabilité de la violation des obligations
- IV. Mise en œuvre pratique des obligations d'annonce
 1. Scénario I: Acquisition d'actions par une personne morale
 - 1.1 Variante 1
 - 1.2 Variante 2
 2. Scénario II: Acquisition d'actions à l'aide d'une construction juridique

I. Introduction

La loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012¹ (ci-après «Loi GAFI») est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2015².

La Loi GAFI permet d'adapter le droit du blanchiment d'argent Suisse aux Recommandations du Groupe d'action financière³ (ci-après «Recommandations du GAFI»), dans la mesure où ces dernières ne sont pas directement applicables en Suisse. Les Recommandations du GAFI visent entre autres à «renforcer la transparence et la disponibilité des informations sur les bénéficiaires effectifs des personnes morales et des constructions juridiques»⁴.

D'une part, la Loi GAFI introduit dans le Code des Obligations (ci-après «CO») l'obligation (i) d'identifier les détenteurs d'actions au porteur et (ii) de déclarer le bénéficiaire des actions – au porteur ou nominatives – lorsque le seuil de 25 % du capital-actions est franchi⁵. D'autre part, la Loi GAFI introduit dès le 1^{er} janvier

¹ FF 2014 9465.

² RO 2015 1389, 1406.

³ Recommandations du GAFI, normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération du 16 février 2012 (disponible sur: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations_GAFI.pdf; dernière visite le 18 novembre 2015). Les 40 Recommandations du GAFI sont reconnues comme étant des normes de référence internationale en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et de la prolifération des armes de destruction massives (<http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/>; dernière visite le 18 novembre 2015). Les Recommandations relatives à la transparence et aux bénéficiaires effectifs des personnes morales et des constructions juridiques figurent aux Recommandations du GAFI 24 et 25. Par ailleurs, la Recommandation du GAFI 10, est pertinente dans le contexte de cette publication dans la mesure où elle règle le devoir de vigilance relatif à la clientèle dans le cas des personnes morales et des constructions juridiques. Les Recommandations du GAFI 10, 24 et 25 sont précisées par une note interprétative qu'il convient de lire conjointement avec la Recommandation.

⁴ Recommandations du GAFI (n. 3), 7.

⁵ Les considérants de cette publication sont ainsi, malgré le focus exclusif sur la société anonyme, applicables *mutatis mutandis* aux sociétés à responsabilité limitée, à moins que le contraire ne soit explicitement précisé.

* Philippe Jacquemoud, avocat, LL.M. (Columbia); Benjamin Vignieu, MLaw; Etude Jacquemoud Stanislas à Genève.

2016⁶ dans la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (ci-après «LBA»)⁷ (i) une modification de la définition d'ayant droit économique (ou bénéficiaire effectif⁸) à l'art. 2a al. 3 nLBA et (ii) un élargissement du devoir d'identification de l'ayant droit économique par l'intermédiaire financier à l'art. 4 nLBA⁹. D'autres dispositions de la LBA ont également été modifiées¹⁰, mais notre étude ne portera pas sur ces dernières.

Cette contribution a pour but d'analyser les modalités des devoirs d'annonce selon les articles révisés du CO¹¹.

Pour ce faire, nous commencerons par étudier les Recommandations du GAFI, en particulier celles relatives (i) au devoir de vigilance vis-à-vis de la clientèle (Recommandation du GAFI 10) et (ii) à la transparence et à l'identification des bénéficiaires effectifs des personnes morales et des constructions juridiques (Recommandations du GAFI 24 et 25). Ces Recommandations du GAFI 10, 24 et 25 sont en effet la cause directe des modifications introduites par la Loi GAFI.

Ensuite, nous examinerons les nouvelles règles prévues par la LBA, qui ont été introduites par la Loi GAFI. La nouvelle Ordonnance du 3 juin 2015 de l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (ci-après «nOBA-FINMA»)¹², qui entrera en vigueur dès le 1^{er} janvier 2016, détaille la manière dont l'ayant droit économique doit être identifié. Le législateur ayant voulu instaurer des règles analogues pour l'identification de l'ayant droit économique au sens de la nLBA et au sens du droit des sociétés, les règles de la nLBA et de la nOBA-FINMA seront dès lors applicables par analogie aux devoirs d'annonce prévus par le Code des Obligations, lorsqu'il s'agira de mettre en pratique les nouvelles règles de transparence pour les personnes morales. Nous verrons d'ailleurs que les règles ancrées dans la nOBA-FINMA sont similaires à celles des Recommandations du GAFI, ce qui finit de convaincre quant à la volonté du législateur suisse d'ap-

pliquer indirectement les Recommandations du GAFI en étant ni plus ferme ni plus laxiste.

Nous élaborerons plus loin une méthode pragmatique pour identifier le bénéficiaire ultime des actions et effectuer les annonces requises.

Enfin, nous concluons avec la mise en œuvre de ces règles par des cas pratiques.

II. Les Recommandations du GAFI

1. Systématique des Recommandations du GAFI 10, 24 et 25

La Recommandation du GAFI 10 impose aux institutions financières un devoir de vigilance relatif à la clientèle. Cette Recommandation du GAFI 10 figure dans la partie «D – Mesures préventives» et prévoit en particulier que ce devoir de vigilance ne doit pas seulement s'étendre aux clients mais à l'identification des bénéficiaires effectifs de la relation contractuelle, des personnes morales et des constructions juridiques.

Les mesures prévues par la Recommandation du GAFI 10 doivent être mises en relation avec les mesures prévues aux Recommandations du GAFI 24 et 25, qui composent la partie «E-Transparence et bénéficiaires effectifs des personnes morales et constructions juridiques». Le GAFI a voulu pour cette raison harmoniser la notion de bénéficiaire effectif¹³ pour que l'identification soit identique lors de l'application de la mesure préventive (Recommandation du GAFI 10) et lors de l'application des mesures assurant la transparence des personnes morales (Recommandation du GAFI 24) et des constructions juridiques (Recommandation du GAFI 25).

2. Devoir de vigilance relatif à la clientèle et transparence des personnes morales

Le devoir de vigilance relatif à la clientèle prévu par la Recommandation du GAFI 10 nécessite pour les intermédiaires financiers, lorsque le client est une personne morale ou une construction juridique, «d'identifier et de vérifier l'identité du client et de comprendre la nature de son activité ainsi que sa structure de propriété et de contrôle»¹⁴. L'application de cette obligation implique une certaine transparence des personnes morales par l'identification des bénéficiaires effectifs de la personne morale. L'identification préalable du bénéficiaire effectif des actions permet par la suite de faciliter le devoir de vigilance des intermédiaires financiers, lorsqu'une per-

⁶ RO 2015 1389, 1406.

⁷ RS 955.0.

⁸ Le droit suisse utilise le terme «d'ayant droit économique» ou en allemand «wirtschaftlich berechtigte Person» pour désigner «le bénéficiaire effectif» au sens des Recommandations du GAFI (n. 3), ces deux notions sont interchangeables.

⁹ Désormais l'art. 4 al. 1 nLBA impose à l'intermédiaire financier d'identifier l'ayant droit économique de la société pour autant que cette dernière ne soit pas cotée en bourse ou une filiale détenue majoritairement par une telle société.

¹⁰ Les modifications de la LBA concernent en particulier un élargissement de la définition des personnes politiquement exposées (art. 2a al. 1 nLBA) et une extension du champ d'application de la LBA aux négociants (2 al. 1 let. b et 8a nLBA).

¹¹ Parmi les articles révisés figurent l'art. 627 ch. 7, 686 al. 1 et 5, 697i à 697m, 704a, 718 al. 4, 747, 790 al. 1 et 5, 790a, 814 al. 3, 837 et 898 al. 2 CO.

¹² RO 2015 2083.

¹³ Recommandations du GAFI (n. 3), 90 n. 38 (N 1 Note interprétative de la Recommandation 24).

¹⁴ Recommandations du GAFI (n. 3), 64 (N 5 Note interprétative de la Recommandation 10).

sonne morale ou une construction juridique souhaite contracter avec une institution financière.

Les Recommandations du GAFI 24 et 25 précisent la teneur de l'obligation des Etats pour assurer la transparence des personnes morales et des constructions juridiques. Selon ces Recommandations, «les pays devraient s'assurer que des informations satisfaisantes, exactes et à jour sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des personnes morales peuvent être obtenues ou sont accessibles en temps opportun par les autorités compétentes»¹⁵. Ces Recommandations du GAFI visent notamment la lutte contre l'utilisation abusive des actions au porteur lorsque les actions sont inscrites au nom de prête nom ou des administrateurs agissant pour le compte d'une autre personne¹⁶.

De plus, les Recommandations du GAFI 24 et 25 préconisent d'imposer aux actionnaires détenant une participation de contrôle de le notifier à la société pour qu'elle puisse enregistrer leur identité¹⁷. Une participation est réputée être de contrôle à partir d'un seuil de 25 % selon la structure de propriété de la société¹⁸. L'identification du propriétaire légal des actions ou des parts-sociales est le préalable indispensable à l'identification du bénéficiaire effectif des actions.

Afin de mettre en œuvre cette obligation d'identification permettant aux institutions financières d'identifier le bénéficiaire effectif de la relation d'affaire et la transparence des personnes morales, le GAFI a développé une méthode¹⁹ en distinguant le bénéficiaire effectif d'une personne morale et le bénéficiaire effectif d'une construction juridique. Cette méthode est prévue dans le cadre de l'identification du bénéficiaire effectif d'une personne morale lors d'une relation d'affaire par la Recommandation du GAFI 10. Toutefois, dans la mesure où la Recommandation du GAFI 24 prévoit que les informations sur les bénéficiaires effectifs des personnes morales sont celles mentionnées dans la note interprétative de la Recommandation 10²⁰, l'identification du bénéficiaire effectif d'une personne morale lors d'une relation d'affaire

faïtes prévue par la Recommandation du GAFI 10, est applicable *mutatis mutandis* aux Recommandations du GAFI 24 et 25 relatives à la transparence des personnes morales et des constructions juridiques.

3. L'identification du bénéficiaire effectif au sens des Recommandations du GAFI

3.1 La définition de bénéficiaire effectif

Selon le GAFI²¹, l'expression «bénéficiaire effectif» désigne la ou les personne(s) physique(s) qui en dernier lieu – c'est-à-dire que la propriété ou le contrôle est exercé par le biais d'une chaîne de propriété ou par toute autre forme de contrôle autre que directe – possède(nt) ou contrôle(nt) un client et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une opération est effectuée. Sont également comprises les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique. Le GAFI utilise le terme de bénéficiaire effectif sachant que le but étant d'identifier uniquement celui qui bénéficie d'une participation de contrôle, celui qui en dernier lieu a le pouvoir d'exercer une influence sur la société.

3.2 Le bénéficiaire effectif d'une personne morale

Selon la note interprétative de la Recommandation du GAFI 10, les institutions financières doivent identifier le(s) bénéficiaire(s) effectif(s) du client et prendre des mesures raisonnables pour vérifier l'identité de ces personnes²². Les intermédiaires financiers doivent tout d'abord identifier l'identité des personnes physiques ou toutes les personnes physiques agissant conjointement (ce qui appréhende les conventions d'actionnaires), «qui en dernier lieu détiennent une participation de contrôle dans la personne morale»²³. Le GAFI précise que l'appréciation d'une participation de contrôle dépend de la structure de propriété d'une société. Toutefois, le bénéficiaire est réputé détenir une participation de contrôle si après prise en compte de toutes les dilutions, il détient 25 %²⁴ de la société. Si aucun bénéficiaire n'est identifié ou s'il existe des doutes quant au fait de savoir si la ou les personne(s) physique(s) ayant une participation de contrôle sont le ou les bénéficiaire(s) effectif(s), il faut identifier la ou les personne(s) physique(s) qui exerce(nt) «le contrôle de la personne morale ou de la construction

¹⁵ Recommandations du GAFI (n. 3), 22 (Recommandation 24).

¹⁶ Recommandations du GAFI (n. 3), 93 (N 15 Note interprétative de la Recommandation 24).

¹⁷ Recommandations du GAFI (n. 3), 93 (N 14 Note interprétative de la Recommandation 24).

¹⁸ Recommandations du GAFI (n. 3), 65 n. 30 (Note interprétative de la Recommandation 10). Par le terme «selon la structure de propriété de la société», le GAFI appréhende les situations dans lesquelles un actionnaire nonobstant une participation supérieure au seuil de 25 %, ne détient pas une participation de contrôle. Ce seuil peut être considéré comme une fiction de participation de contrôle à partir du seuil de 25 % de détention du capital-actions. Ce cas de figure peut se présenter lorsque l'actionnariat d'une société anonyme est partagé entre deux actionnaires dont l'un dispose de 70 % du capital-actions et l'autre 30 % du capital-actions.

¹⁹ Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (N 5 Note interprétative de la Recommandation 10).

²⁰ Recommandations du GAFI (n. 3), 90 n. 38 (N 1 Note interprétative de la Recommandation 24).

²¹ Recommandations du GAFI (n. 3), 120 (Glossaire général).

²² Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (Note interprétative de la Recommandation 10).

²³ Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (Note interprétative de la Recommandation 10).

²⁴ Ce seuil de 25 % est donné à titre d'exemple par le GAFI, Recommandations du GAFI (n. 3), 65 n. 30 (Note interprétative de la Recommandation 10).

juridique par d'autres moyens»²⁵. A défaut, les institutions financières doivent identifier et «prendre les mesures raisonnables pour vérifier l'identité de la personne physique pertinente qui occupe la position de dirigeant principal»²⁶.

3.3 Le bénéficiaire effectif d'une construction juridique

Par le terme de construction juridique, on entend une structure organisée sous forme de trust ou de placement collectif de capital. Le GAFI distingue le bénéficiaire effectif des trusts et des autres types de constructions juridiques.

Selon la note interprétative de la Recommandation du GAFI 10, les institutions financières doivent identifier pour les trusts l'identité du constituant du trust²⁷, du ou des trustees, du protecteur (le cas échéant), des bénéficiaires ou de la catégorie de bénéficiaire «et de toute autre personne physique exerçant en dernier lieu un contrôle effectif sur le trust (y compris au travers d'une chaîne de contrôle/propriété)»²⁸. Pour les autres types de constructions juridiques, les institutions financières doivent identifier «l'identité des personnes occupant des positions équivalentes ou similaires»²⁹.

4. Un exemple de concrétisation: la 4^{ème} directive européenne anti-blanchiment

La 4^{ème} directive européenne relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme³⁰ (ci-après: 4^{ème} directive anti-blanchiment) a été introduite en vue d'adapter le droit de l'Union européenne aux Recommandations du GAFI révisées en 2012. L'article 29 de la 4^{ème} directive anti-blanchiment exige des Etats membres que «les sociétés et autres entités juridiques constituées sur leur territoire aient l'obligation d'obtenir et de conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur leurs bénéficiaires effectifs».

Selon l'art. 3 par. 6 let. a de la 4^{ème} directive anti-blanchiment, le bénéficiaire effectif d'une société est «la ou les personnes physiques qui, en dernier ressort, possèdent ou contrôlent une entité juridique, du fait qu'elles possèdent directement ou indirectement un pourcentage suffisant³¹ d'actions ou des droits de vote». Cette qualité est aussi attribuée à celui qui exerce le «contrôle par d'autres moyens». Si aucune personne n'est identifiée, on présume que le bénéficiaire effectif est «la ou les personnes physiques qui occupent la position de dirigeant principal».

Concernant les fiducies ou les trusts, l'art. 3 par. 5 let. b de la 4^{ème} directive anti-blanchiment indique que le bénéficiaire effectif est le constituant, le ou les fiduciaires ou trustees, le protecteur le cas échéant, les bénéficiaires, et toute autre personne physique exerçant le contrôle en dernier ressort sur la fiducie/le trust par propriété directe ou indirecte ou par d'autres moyens.

III. Mise en œuvre des Recommandations du GAFI en droit suisse

1. Concrétisation du devoir de vigilance en droit suisse

Le devoir de vigilance des intermédiaires financiers à l'égard de leur clientèle est prévu à l'art. 4 nLBA. L'ancien art. 4 LBA prévoyait que l'intermédiaire financier devait requérir du cocontractant une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique si le cocontractant n'était pas l'ayant droit économique ou s'il existait un doute à ce sujet, si le cocontractant était une société de domicile ou s'il s'agissait d'une opération de caisse d'une somme importante. L'art. 4 al. 1 nLBA prévoit désormais l'identification systématique des ayants droit économiques d'une relation d'affaires sauf si le cocontractant est une société cotée en bourse ou une filiale détenue majoritairement par une telle société.

2. Transparence des personnes morales

2.1 Annonce de l'acquisition d'actions au porteur (697i CO)

L'art. 697i al. 1 CO enjoint l'acquéreur d'actions au porteur d'une société non cotée en bourse de s'annoncer. Cette règle permet l'identification du propriétaire légal des actions au porteur qui est un préalable à l'iden-

²⁵ Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (Note interprétative de la Recommandation 10).

²⁶ Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (Note interprétative de la Recommandation 10).

²⁷ Le GAFI entend par «constituant» une personne physique ou morale qui transfère la propriété de ses actifs à des trustees au moyen d'un acte créant un trust ou d'une construction analogue, Recommandations du GAFI (n. 3), 122 (Glossaire général).

²⁸ Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (Note interprétative de la Recommandation 10).

²⁹ Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (Note interprétative de la Recommandation 10).

³⁰ Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n°648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, JO n° L 141 du 5 juin 2015, 73–117.

³¹ L'art. 3 par. 6 let. a de la 4^{ème} directive anti-blanchiment (n. 30) précise qu'une participation dans l'actionnariat à hauteur de 25 % des actions est un pourcentage suffisant. Toutefois les Etats membres peuvent décider «qu'un pourcentage plus bas peut être un signe de propriété ou de contrôle».

tification du bénéficiaire ultime des actions prévue par l'art. 697j CO.

L'annonce doit renseigner la société sur le prénom, le nom ou la raison sociale de l'acquéreur ainsi que sur son adresse. Cette règle n'impose pas la détention d'une participation de contrôle; de ce fait elle va plus loin³² que la Recommandation du GAFI 24³³ en obligeant tout acquéreur d'actions au porteur de s'annoncer à la société. Autrement dit l'acquisition d'une seule action au porteur déclenche cette obligation d'annonce. Le Conseil fédéral³⁴ précise que cette obligation a été introduite pour se conformer aux exigences du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales qui exige l'identification des propriétaires des actions au porteur³⁵. Or, une telle exigence ne figurait pas dans les textes.

L'art. 697i CO ne concerne que les actions au porteur dans la mesure où l'identification du propriétaire légal des actions nominatives est déjà prévue par l'inscription au registre des actionnaires du titulaire d'actions nominatives (686 al. 1 CO) et par l'endossement de l'action (684 al. 2 CO).

2.2 Annonce du bénéficiaire ultime des actions (697j CO)

Selon l'art. 697j al. 1 CO, quiconque acquiert, seul ou de concert avec un tiers des actions d'une société dont les titres ne sont pas cotés en bourse et dont la participation, à la suite de cette opération atteint ou dépasse le seuil de 25 % du capital-actions ou des voix (l'acquéreur), est tenu d'annoncer dans un délai d'un mois à la société l'identité de la personne physique pour le compte de laquelle il agit en dernier lieu (l'ayant droit économique)³⁶. Ces dispositions appréhendent également par le terme «en concert», les détenteurs d'actions qui ne disposent

pas individuellement de 25 % du capital-actions mais qui par une convention d'actionnaires atteignent ensemble le seuil de 25 % de participation dans la société en question. Cette disposition est la transposition en droit suisse des Recommandations du GAFI 24 et 25 permettant la transparence des personnes morales et l'identification de leurs bénéficiaires effectifs.

Cette obligation d'annonce est déclenchée dès l'acquisition de titres – actions nominatives ou au porteur – non cotés en bourse dans la mesure où la transparence des sociétés cotées est déjà assurée par l'art. 663c CO et l'art. 20 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM)³⁷. Ensuite cette obligation n'intervient que si l'acquéreur détient au moins 25 % du capital-actions ou des droits de vote³⁸. A partir de ce seuil de 25 %, on présume que l'actionnaire dispose d'une participation qualifiée³⁹, c'est-à-dire qu'il jouit d'une part importante des bénéfices de la société (au travers de son droit aux dividendes en vertu de l'art. 660 CO), soit d'un contrôle effectif à travers ses droits de vote sur la société en question. *A contrario*, si l'actionnaire n'acquiert que 24 % du capital-actions, respectivement du capital-participations ou des droits de vote, le devoir d'annonce n'est pas déclenché. Le Conseil fédéral précise dans son Message relatif à la mise en œuvre des recommandations du GAFI⁴⁰ que le seuil de 25 % est fondé sur les Recommandations du GAFI et sur la 3^{ème} directive européenne anti-blanchiment⁴¹.

Dès lors que l'acquéreur atteint ou dépasse le seuil de 25 % du capital-actions ou des droits de vote, il est tenu d'annoncer, dans un délai d'un mois, la personne physique pour le compte de laquelle il agit en dernier lieu. Autrement dit, il doit annoncer l'ayant droit économique des actions. L'ayant droit économique peut-être l'acquéreur lui-même ou un tiers, mais il doit, à teneur littérale du texte de loi, nécessairement être une personne physique. D'après une interprétation généreuse de la Loi GAFI, la définition d'ayant droit économique pourrait imposer à l'acquéreur l'identification de tous les bénéficiaires, même ceux ayant une participation insignifiante et qui ne contrôlent pas la société⁴². L'annonce devrait porter sur «toute personne physique qui détient une participation directe dans une personne morale qui se porte

³² Cf. notamment: DIETER GERICKE/DANIEL KUHN, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, in: Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2015, 849 ss, 867, qui estiment que les nouvelles réglementations entraînent, d'après leurs formulations, des devoirs et des conséquences que les Recommandations du GAFI n'exigent pas.

³³ Recommandations du GAFI (n. 3), 93 (N 14 Note interprétative de la Recommandation 24).

³⁴ Message concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, du 13 décembre 2013, FF 2014 585 (cité: Message GAFI 2012), 596.

³⁵ Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, Termes de référence en vue de suivre et d'examiner les progrès vers la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, 4 (A.1.2), (disponible sur <http://www.oecd.org/fr/ctp/44839470.pdf>; dernière visite le 18 novembre 2015); Message GAFI 2012 (n. 34), FF 2014 595.

³⁶ La révision du CO prévoit un régime semblable pour les sociétés à responsabilité limitée (790a et 814 al. 3 CO). De même la loi GAFI introduit à l'art. 46a al. 1 de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31) l'obligation pour les entrepreneurs d'annoncer l'ayant droit économique des actions au sens de l'art. 697j CO.

³⁷ RS 954.1.

³⁸ L'appréhension d'un seuil de 25 % des droits de vote vise en particulier les actions à droit de vote privilégié au sens de l'art. 693 CO.

³⁹ Message GAFI 2012 (n. 34), FF 2014 639.

⁴⁰ Message GAFI 2012 (n. 34), FF 2014 639 s.

⁴¹ Directive 2005/60/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, JO n° L 309 du 25 novembre 2005, 15–36.

⁴² LUKAS GLANZMANN/PHILIP SPOERLE, Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger?, in: GesKR 2014, 4 ss, 12.

acquéreur et franchit le seuil de 25 %⁴³. Cette annonce devrait également concerner toute personne physique affectée par l'acquisition même d'une manière indirecte⁴⁴.

Cependant, cette définition n'est pas convaincante dans la mesure où elle n'est ni praticable ni nécessaire en vertu de la Recommandation 24 du GAFI et de surcroît ne correspond pas à l'approche de l'art. 2a al. 3 nLBA⁴⁵. En effet, le GAFI exige l'identification du bénéficiaire effectif d'une manière plus étroite en imposant l'identification de celui qui en dernier lieu détient une participation de contrôle, à défaut celui qui exerce le contrôle de la personne morale par d'autres moyens et subsidiairement celui qui occupe la position de dirigeant principal. L'identification de la personne physique bénéficiaire des actions qui possède directement ou indirectement un pourcentage suffisant (25 %) d'actions ou des droits de vote permet une uniformité d'une part avec la nLBA et d'autre part du droit suisse et du droit européen⁴⁶. Cette définition restrictive permet enfin d'identifier uniquement ceux qui ont un véritable pouvoir d'influence sur la société. Il faut relever que la terminologie d'ayant droit économique est source de confusion. En effet, au terme de l'art. 697j al. 1 CO, l'identification porte sur la personne physique pour le compte de laquelle l'acquéreur agit en dernier lieu autrement dit celui qui bénéficie économiquement et ultimement de la détention des actions. Ainsi il convient de préférer le terme de bénéficiaire ultime. A noter que le GAFI utilise la notion de bénéficiaire effectif.

3. Identification du bénéficiaire ultime

3.1 La notion du bénéficiaire ultime en droit suisse

Le devoir de vigilance des intermédiaires financiers relatif à la clientèle prévu par la Recommandation du GAFI 10 est mis en œuvre en droit suisse par l'art. 4 nLBA. Pour satisfaire ce devoir de vigilance, les Etats doivent s'assurer d'une certaine transparence des personnes morales. Cette obligation de transparence est précisée aux Recommandations du GAFI 24 et 25, sources des modifications du Code des Obligations. Le bénéficiaire ultime identifié en lien avec l'obligation de transparence des personnes morales doit par conséquent être le même que celui qui doit être identifié par les intermédiaires financiers lorsqu'une personne morale entretient une relation d'affaires avec un intermédiaire financier⁴⁷. En effet, on ne comprendrait pas que le législateur suisse ait pu créer

deux notions différentes alors que les Recommandations du GAFI, sources de ces nouvelles modifications, prévoient une seule et même notion nonobstant la suppression à l'art. 697j CO du renvoi à l'art. 2a al. 3 LBA.

Cette notion de bénéficiaire ultime⁴⁸ est définie en droit suisse par l'art. 2a al. 3 nLBA⁴⁹ qui reprend en d'autres termes la méthode en trois étapes prévue par le GAFI⁵⁰. L'art. 2a al. 3 nLBA est précisé par l'art. 56 nOBA-FINMA qui prévoit également des critères en cascade afin d'identifier l'ayant droit économique d'une relation contractuelle. Sachant que l'art. 56 nOBA-FINMA se base sur la nLBA qui elle-même est la concrétisation des Recommandations du GAFI 10, 24 et 25, l'art. 56 nOBA-FINMA et l'art. 2a al. 3 nLBA sont applicables, par analogie, à l'identification du bénéficiaire ultime prévue à l'art. 697j CO.

Selon l'art 56 al. 1 nOBA-FINMA «si le cocontractant est une personne morale ou une société de personnes non cotée en bourse exerçant une activité opérationnelle ou une filiale majoritairement contrôlée par une telle société, l'IFDS⁵¹ doit demander au cocontractant une déclaration écrite indiquant les détenteurs du contrôle qui détiennent directement ou indirectement, seuls ou d'entente avec des tiers, au moins 25 % des droits de vote ou du capital de la société». A défaut de l'existence d'un détenteur de contrôle, l'IFDS doit demander au cocontractant une déclaration écrite indiquant qui contrôle la société «d'une quelconque autre manière en tant que détenteur de contrôle» (al. 2). Enfin si le détenteur de contrôle n'a pas pu être identifié en vertu de l'al. 1 et 2, l'IFDS doit demander au cocontractant une déclaration écrite indiquant la personne assumant la direction. Cette procédure est très largement inspirée de celle prévue par la note interprétative de la Recommandation du GAFI 10⁵² et permet une mise en œuvre conforme des attentes du GAFI.

Sur la base des règles (i) du GAFI applicables dans le cadre du devoir de vigilance des intermédiaires financiers et la transparence des personnes morales, et (ii) de la nLBA et de la nOBA-FINMA, dont la notion de bénéficiaire ultime est finalement la même que le Code des

⁴³ NICOLAS FACINCANI/RETO SUTTER, Obligations d'annoncer des actionnaires de sociétés anonymes privées – Vers un actionnaire «transparent»?, in: *Trex* 2015, 221 ss, 223.

⁴⁴ GERICKE/KUHN (n. 32), 856.

⁴⁵ GLANZMANN/SPOERLÉ (n. 42), 12.

⁴⁶ Cf. *supra*. II.4.

⁴⁷ Dans ce sens: Message GAFI 2012 (n. 34), FF 2014 640.

⁴⁸ Le droit suisse utilise le terme d'«ayant droit économique».

⁴⁹ Art. 2a al. 3 nLBA «Sont réputées ayants droit économiques d'une personne morale exerçant une activité opérationnelle les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent la personne morale, du fait qu'elles détiennent directement ou indirectement, seules ou de concert avec un tiers, une participation d'au moins 25 % du capital ou des voix, ou qu'elles la contrôlent d'une autre manière. Si ces personnes ne peuvent pas être identifiées, il y a lieu d'identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction».

⁵⁰ Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (Note interprétative de la Recommandation 10); Cf. *supra* II.3.2.

⁵¹ L'IFDS désigne au sens de l'art. 3 al. 1 let. b nOBA-FINMA les intermédiaires financiers visés à l'art. 2 al. 3 LBA qui sont directement soumis à la surveillance de la FINMA en vertu de l'art. 14 LBA.

⁵² Recommandations du GAFI (n. 3), 65 (Note interprétative de la Recommandation 10); Cf. *supra* II.2.

Obligations, nous proposons une méthode pragmatique basée sur les parties II et III, adaptée au droit de la SA et de la SARL. L'identification du bénéficiaire ultime d'une détention d'actions doit s'effectuer différemment selon la structure juridique, personne morale ou construction juridique.

3.2 L'identification du bénéficiaire ultime d'une personne morale

L'annonce du bénéficiaire ultime à la société incombe à l'acquéreur de 25 % du capital-actions respectivement du capital-participations ou des droits de vote. Selon le Message du Conseil fédéral⁵³, l'actionnaire doit «au mieux de ses connaissances» annoncer «la personne qui est au bout de la chaîne de contrôle». Il convient de préciser qu'à teneur du texte de l'art. 697j al. 1 CO, cette personne au bout de la chaîne de contrôle doit être une personne physique. Cela implique que lorsque l'actionnaire agit pour une personne morale, ce dernier doit «s'informer auprès de la personne morale sur l'identité de l'ayant droit économique de cette personne morale et ainsi de suite»⁵⁴. Le conseil d'administration doit veiller à ce qu'aucun actionnaire n'exerce ses droits en violation de ses obligations d'annoncer (art. 697m al. 4 CO). Afin d'identifier le bénéficiaire ultime des actions, le conseil d'administration doit selon nous obliger l'acquéreur d'au moins 25 % des actions ou des droits de vote à procéder à un test en trois phases pour identifier le bénéficiaire ultime des actions.

- *Phase 1*: L'acquéreur doit identifier toute personne physique ou toutes les personnes physiques agissant conjointement (un groupe de personnes lié par une convention d'actionnaires), qui au bout de la chaîne de détention, détient directement ou indirectement⁵⁵, après prise en compte de toutes les dilutions au moins 25 % du capital-actions ou des voix de la société. Si une telle personne ou groupe de personnes existe, alors c'est elle, ou, respectivement, les personnes le formant, qui doivent être nommée(s) comme bénéficiaire(s) par l'acquéreur. Si le bénéficiaire ultime bénéficie, après prise en compte de toutes les dilutions, de 25 % de la société, on présume qu'il est au bénéfice d'une participation de contrôle et de ce fait il doit être annoncé.

- *Phase 2*: Il faut désormais se demander s'il existe une personne physique qui exerce autrement le pouvoir de contrôle sur la direction de la chaîne de détention en détenant plus de 25 % de chaque entité de la chaîne de contrôle. Par exemple, si un investisseur ne détient que 25 % du capital-actions de la société mère qui elle-même détient 25 % de la société opérationnelle qui acquiert les actions, l'investisseur ne détient pas plus de 25 % de chaque entité de la chaîne de contrôle. Ainsi, nous ne lui imputons pas 100 % des participations dans la chaîne de détention. Autrement dit, l'investisseur n'exerce pas autrement le pouvoir de contrôle sur la direction des entités de la chaîne de contrôle.
- *Phase 3*: Enfin, il convient d'identifier la personne physique occupant la position de dirigeant principal dans la société mère c'est-à-dire la société holding. Cette annonce doit être faite dans le mois suivant l'acquisition.

3.3 L'identification du bénéficiaire ultime d'une construction juridique

Afin de déterminer l'ayant droit économique d'une construction juridique, que l'acquéreur doit identifier et déclarer, le conseil d'administration oblige l'acquéreur à procéder à un test en deux phases cumulatives:

- *Phase 1*: L'acquéreur doit identifier la personne physique ou le groupe de personnes bénéficiant ultimement de 25 % de la jouissance des avoirs de la construction juridique. Si une personne morale ou un groupe de personnes morales est directement détentrice des droits patrimoniaux à hauteur de 25 %, alors ce sont les critères des Phases 1 à 3 du test pour le bénéficiaire d'une personne morale qui s'appliquent⁵⁶.
- *Phase 2*: Après la Phase 1, l'acquéreur doit identifier la personne physique ou le groupe de personnes, qui, au bout de la chaîne de détention, contrôle, après prise en compte de toutes les dilutions, au moins 25 % de la société. Dans un tel cas, ce sont les critères des Phases 1 et 2, à l'exclusion de la Phase 3, du test pour le bénéficiaire d'une personne morale qui s'appliquent⁵⁷. Le but est ici d'identifier le gestionnaire de la construction juridique, qui par des droits contractuels ou sociétaux exerce un contrôle sur ladite construction. Typiquement, il s'agira d'identifier les relations de contrôle au sein du *General Partner* exerçant le contrôle sur un *Limited Partnership* anglo-saxon.

⁵³ Message GAFI 2012 (n. 34), FF 2014 639.

⁵⁴ Message GAFI 2012 (n. 34), FF 2014 639.

⁵⁵ La 4^{ème} directive anti-blanchiment (n. 30) distingue la propriété directe et indirecte des actions à l'art. 3 par. 6 let. a dans les termes suivants: «Une participation dans l'actionariat à hauteur de 25 % des actions plus une ou une participation au capital de plus de 25 % dans le client, détenu par une personne physique, est un signe de propriété directe. Une participation dans l'actionariat à hauteur de 25 % des actions plus une ou une participation au capital de plus de 25 % dans le client, détenu par une société, qui est contrôlée par une ou plusieurs personnes physiques, ou par plusieurs sociétés, qui sont contrôlées par la ou les mêmes personnes physiques est un signe de propriété indirecte».

⁵⁶ Cf. *supra* III.3.2.

⁵⁷ Cf. *supra* III.3.2.

3.4 Exception de l'identification du bénéficiaire ultime

Le GAFI préconise que lorsque le propriétaire d'une participation de contrôle⁵⁸ est une société cotée sur un marché boursier et assujettie, en vertu des règles de ce marché, de la loi ou d'un moyen contraignant, à des obligations visant à garantir une transparence satisfaisante, ou est une filiale majoritaire d'une telle société, l'identification des actionnaires ou des bénéficiaires ultimes de cette société n'est pas nécessaire⁵⁹. Cette exception figure à l'art. 4 al. 1 *in fine* nLBA et à l'art. 58 let. a nOBA-FINMA en prévoyant que l'intermédiaire financier peut renoncer à l'identification de l'ayant droit économique si le cocontractant est une société cotée en bourse ou une filiale détenue majoritairement par une telle société. A notre avis cette exception est applicable par analogie au devoir d'annonce du bénéficiaire ultime prévu à l'art. 697j al. 1 CO dans la mesure où, comme l'exige le GAFI, l'art. 9 de l'ordonnance du 25 octobre 2008 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (OBVM-FINMA)⁶⁰ prévoit qu'une obligation de déclarer incombe aux ayants droit économique qui acquièrent des titres de participation et dont la participation atteint ou dépasse les seuils de l'art. 20 al. 1 LBVM. Ainsi, lorsque qu'une société cotée en bourse, ou une filiale d'une telle société, acquiert des actions d'une autre société non cotée en bourse, et de ce fait atteint ou dépasse le seuil de 25 % du capital-actions ou des voix, l'annonce prévue à l'art. 697j al. 1 CO n'est pas exigée.

4. Dispositions générales

4.1 Exception de l'obligation d'annonce des titres intermédiés

L'art. 697i al. 4 et 697j al. 3 CO précisent que l'acquisition d'actions émises sous forme de titres intermédiés au sens de la loi du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI)⁶¹ n'est pas soumise à l'obligation d'annoncer. La société doit à cette fin désigner le dépositaire auprès duquel les actions au porteur sont déposées ou inscrites au registre principal; ce dépositaire doit être en Suisse. L'exclusion dans le CO de l'identification de l'actionnaire titulaire de titres intermédiés au sens de la LTI et de l'annonce de son ayant droit économique s'explique par le fait que la LTI prévoit, suite à l'entrée en vigueur de la loi GAFI, à l'art. 23a nLTI une obligation pour le dépo-

sitaire désigné par la société anonyme, de veiller à ce que l'identité de l'actionnaire et de l'ayant droit économique lui soit accessible.

4.2 Obligation de tenir un registre

Désormais, les sociétés doivent tenir d'une part un registre des détenteurs d'actions au porteur et d'autre part un registre des bénéficiaires ultimes annoncés à la société (697l al. 1 CO). A teneur de l'art. 697l al. 1 CO cette liste est unique mais si la société a émis à la fois des actions nominatives et des actions au porteur et que l'annonce de l'acquisition d'actions au porteur est déléguée à un intermédiaire financier, il y aura de fait deux listes⁶². Cette liste mentionne soit le prénom et le nom soit la raison sociale ainsi que l'adresse des détenteurs d'actions au porteur et des bénéficiaires ultimes. Si l'actionnaire acquéreur d'actions au porteur est une personne physique, la liste contient également sa nationalité et sa date de naissance (697l al. 2 CO). Les pièces justificatives de l'annonce doivent être conservées pendant dix ans après la radiation de l'actionnaire de la liste (697l al. 3 CO). La tenue de ce registre est de type administratif et comme le registre des actions du droit actuel elle n'est pas publique⁶³. Toute modification du prénom, du nom ou de l'adresse de l'actionnaire ou du bénéficiaire ultime devrait être annoncée dans un délai d'un mois⁶⁴ à la société par l'actionnaire détenteur afin d'effectuer les changements nécessaires.

En pratique, pour les sociétés avec des actions au porteur, il s'agira d'établir un nouveau registre des actionnaires, pour les autres sociétés une colonne dans le registre des actionnaires existant est suffisante.

4.3 Possibilité d'annoncer à un intermédiaire financier (art. 697k CO)

Selon l'art. 697k CO l'assemblée générale peut, par une décision prise à la majorité ordinaire (703 CO), prévoir que les annonces des art. 697i et 697j CO concernant les actions au porteur peuvent être effectuées auprès d'un intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent. La désignation de cet intermédiaire est de la compétence du conseil d'administration qui communique l'identité de l'intermédiaire auprès des actionnaires.

Dans la mesure où les actionnaires choisissent ce type d'actions pour garder l'anonymat, cette règle permet de conserver cette caractéristique. Il convient de préciser que l'annonce à un intermédiaire financier n'est pas possible pour les actions nominatives selon l'art. 697k al. 1 a

⁵⁸ Le droit suisse vise par «le propriétaire d'une participation de contrôle» l'acquéreur d'actions dont la participation atteint ou dépasse le seuil de 25 % du capital-actions ou des voix au sens de l'art. 697j al. 1 CO.

⁵⁹ Recommandations du GAFI (n. 3), 66 (Note interprétative de la Recommandation 10).

⁶⁰ RS 954.193.

⁶¹ RS 957.1.

⁶² FACINCANI/SUTTER (n. 43), 223.

⁶³ Message GAFI 2012 (n. 34), FF 2014 642.

⁶⁴ PETER LUTZ/MARTIN KERN, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, in: SJZ 111/2015, 301 ss, 305.

contrario CO. Nous pensons que ceci devrait néanmoins être possible par une interprétation téléologique, car l'argument du Message n'est applicable qu'aux actions nominatives liées et non aux actions nominatives en général⁶⁵.

4.4 Délais des obligations d'annonce

Lorsque l'actionnaire est déjà le propriétaire d'actions au porteur, il est tenu de s'annoncer avant fin 2015 sous peine d'être déchu de ses droits patrimoniaux en vertu de l'art. 3 des dispositions transitoires de la modification du 12 décembre 2014. Cette annonce concerne tant l'obligation résultant de l'art. 697i CO que celle de l'art. 697j CO, pour autant que l'actionnaire dispose d'une participation de 25 % du capital-actions ou des voix. En revanche si l'acquisition s'effectue après le 1^{er} juillet 2015, l'actionnaire doit annoncer cette acquisition dans le mois suivant. Le *dies a quo* du délai d'un mois ne court pas dès la conclusion de l'acte générateur d'obligation (c'est-à-dire dès la conclusion du contrat de vente), mais dès la date du transfert de propriété de l'action au porteur⁶⁶.

Concernant les détenteurs d'actions nominatives, l'annonce prévue à l'art. 697j CO intervient uniquement si l'acquisition, permettant d'atteindre ou de dépasser le seuil de 25 % du capital-actions ou des voix, a lieu après le 1^{er} juillet 2015. Cette annonce doit être faite dans le mois suivant l'inscription de l'actionnaire au registre des actions (686 al. 4 CO).

4.5 Sanctions et responsabilité de la violation des obligations

En cas de non-respect des obligations de s'annoncer, les droits sociaux de l'actionnaire tenu de s'annoncer sont suspendus. Nous sommes d'avis que d'après l'esprit de cette disposition l'actionnaire devrait également perdre ses droits d'information et son droit à l'institution d'un contrôle spécial⁶⁷. De même ses droits patrimoniaux, en particulier le droit aux dividendes, sont suspendus jusqu'à l'annonce de ces obligations. Si l'annonce auprès de la société ne s'effectue pas dans les délais, l'actionnaire ayant manqué à ces devoirs se verra déchu de ses droits d'actionnaire. S'il répare cette omission à une date ultérieure, il peut faire valoir uniquement les droits patrimoniaux qui naissent à compter de cette date. L'annonce tardive ne déploie pas d'effet rétroactif.

Il convient de préciser que le conseil d'administration est responsable, pour autant que les conditions de l'art. 754

CO sont réunies, si un actionnaire exerce ses droits en violation de ces obligations d'annoncer (art. 697m al. 4 CO). Il ne peut en revanche pas être responsable pour le contenu de la déclaration, sur lequel il n'a aucune maîtrise. Tout au plus, doit-il mettre en place à l'interne un système permettant une identification claire du bénéficiaire ultime. Enfin un délai transitoire est prévu jusqu'au 1^{er} juillet 2017 pour l'adaptation des statuts et des règlements de la société (art. 2 al. 1 des dispositions transitoires de la modification du 12 décembre 2014).

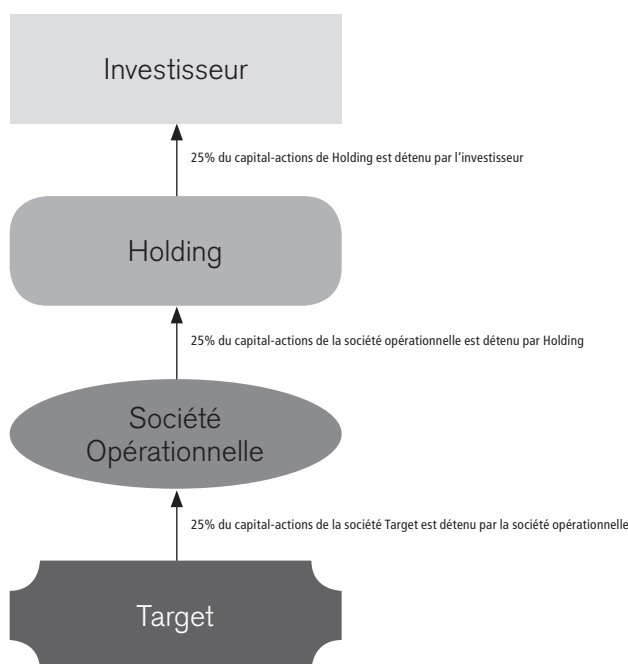
IV. Mise en œuvre pratique des obligations d'annonce

1. Scénario I: Acquisition d'actions par une personne morale

Une société opérationnelle (**Target**) est détenue à hauteur de 25 % par une autre société opérationnelle (**Société Opérationnelle**), elle-même détenue à hauteur de 25 % par une société holding (**Holding**), dont les investisseurs sont des personnes physiques. L'un de ces investisseurs détient une participation de 25 %. La Société Opérationnelle acquiert le 1^{er} janvier 2016 des actions au porteur représentant 25 % du capital-actions de Target.

1.1 Variante 1

Dans cette variante, la Société Opérationnelle, qui acquiert les actions au porteur, est une société anonyme dont les titres ne sont pas cotés en bourse.



⁶⁵ Message GAFI 2012 (n. 34), FF 2014 641. Selon le Message, prévoir un intermédiaire contredirait l'art. 685b al. 3 CO qui prescrit que la société peut refuser l'inscription au registre des actions si l'acquéreur n'a pas expressément déclaré qu'il reprenait les actions en son propre nom et pour son propre compte.

⁶⁶ LUTZ/KERN (n. 64), 305; GLANZMANN/SPOERLÉ (n. 42), 9.

⁶⁷ Cf. notamment: GLANZMANN/SPOERLÉ (n. 42), 16.

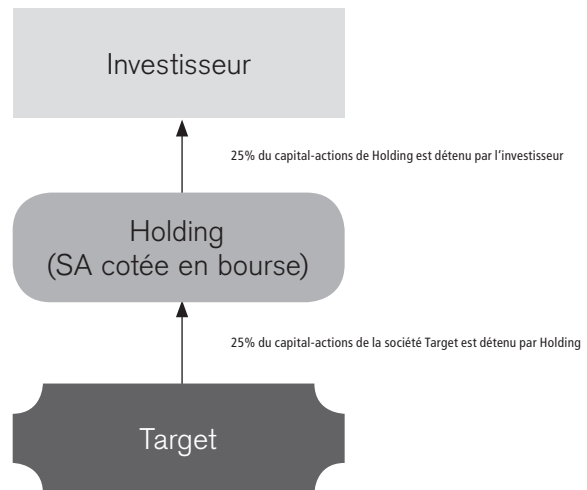
Tout d'abord, en vertu de l'art. 697i CO, dans la mesure où la Société Opérationnelle acquiert des actions au porteur, elle est tenue d'annoncer sa raison sociale auprès de la Target dans le mois suivant l'acquisition des actions. Cette annonce n'est pas soumise à un seuil de détention et incombe en principe au conseil d'administration de la Société Opérationnelle en vertu de son pouvoir de représentation à l'égard des tiers au sens de l'art. 718 CO.

De même, la Société Opérationnelle acquiert des actions au porteur d'une société non cotée en bourse et dont la participation à la suite de cette opération atteint le seuil de 25 % du capital-actions de la Target. De cette acquisition découle une obligation d'annoncer le bénéficiaire ultime de ces actions. Le conseil d'administration de la Target doit ainsi s'assurer que la Société Opérationnelle identifie le bénéficiaire ultime puis l'annonce. Selon la méthode développée ci-dessus⁶⁸, l'identification du bénéficiaire ultime doit s'opérer comme suit:

- *Phase 1:* L'acquéreur doit vérifier si au bout de la chaîne de détention, en l'espèce, l'investisseur détient au moins 25 % de la Target en tenant compte de toutes les dilutions. *In casu*, l'investisseur détient les actions de Target d'une manière indirecte. Si l'on tient compte de toutes les dilutions, la participation de l'investisseur dans le capital-actions de Target serait de 1,56 % ($0,25 \times 0,25 \times 0,25$). Il convient encore de souligner que l'investisseur n'agit pas de concert. Si l'investisseur ou la Holding détenait 30 %, alors il faudrait procéder au calcul avec 30 %. Il en va de même quel que soit le pourcentage des participations.
- *Phase 2:* Il faut désormais se demander s'il existe une personne physique qui exerce autrement le pouvoir de contrôle sur la direction de la chaîne de détention en détenant plus de 25 % de chaque entité de la chaîne de contrôle. Dans notre cas, l'investisseur ne détient que 25 % du capital-actions de la Holding qui elle-même détient 25 % auprès de la société opérationnelle qui acquiert les actions. Ainsi l'investisseur ne détient pas plus de 25 % de chaque entité de la chaîne de contrôle. Nous ne lui imputons ainsi pas 100 % des participations dans la chaîne de détention. Autrement dit, l'investisseur n'exerce pas autrement le pouvoir de contrôle sur la direction des entités de la chaîne de contrôle. En revanche, si l'investisseur détenait plus de 25 %, par exemple 30 %, alors la participation de la Holding lui serait intégralement imputée.
- *Phase 3:* Enfin, il convient d'identifier la personne physique occupant la position de dirigeant principal dans la société mère c'est-à-dire la société holding. Cette annonce doit être faite dans le mois suivant l'acquisition.

1.2 Variante 2

Dans cette variante l'acquéreur des actions au porteur, la société holding, est une société anonyme cotée en bourse.

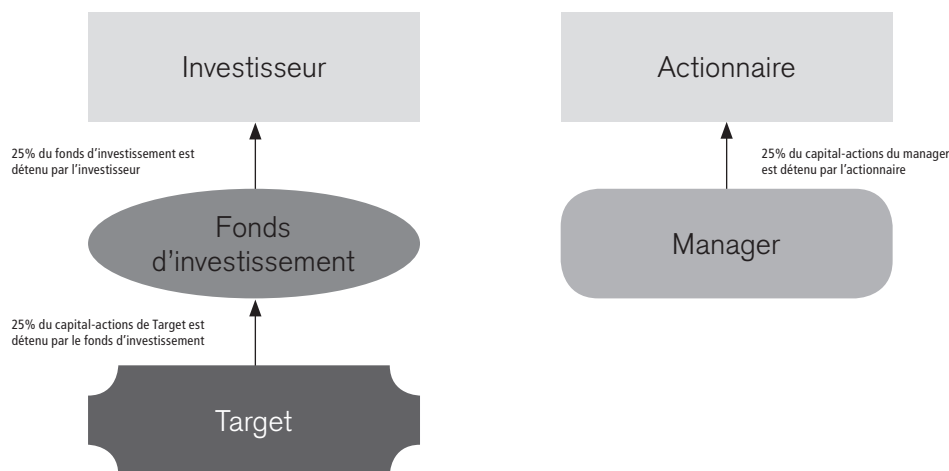


En vertu de l'art. 697i CO, la Holding doit annoncer sa raison sociale auprès de la Target dans le mois suivant l'acquisition des actions au porteur. Concernant l'identification du bénéficiaire ultime, par l'application analogique des art. 4 al. 1 *in fine* nLBA et 58 let. a nOBA-FINMA, l'identification du bénéficiaire ultime de la détention d'actions en vertu de l'art. 697j al. 1 CO n'est pas exigée lorsque l'acquéreur est une société cotée en bourse. Ainsi, la Holding n'est pas tenue d'annoncer le bénéficiaire ultime de cette détention d'actions.

2. Scénario II: Acquisition d'actions à l'aide d'une construction juridique

Une Target est détenue à hauteur de 25 % par un fonds d'investissement dans lequel un investisseur détient 25 % de parts (**Investisseur**). Un actionnaire, personne privée (**Actionnaire**) détient également 25 % du capital-actions du manager du fonds d'investissement (**Manager**). Le fonds d'investissement acquiert le 1^{er} janvier 2016 des actions au porteur représentant 25 % du capital-actions de Target.

⁶⁸ Cf. *supra*. III.3.2.



Dans le mois suivant l'acquisition des actions, le fonds d'investissement est dans l'obligation d'annoncer sa raison sociale et son adresse à la société émettrice des actions (697i CO).

L'acquéreur doit identifier, en vertu de l'art. 697j al. 1 CO, le bénéficiaire ultime de la détention des actions de la manière suivante:

- Phase 1: concernant l'Investisseur, l'acquéreur doit identifier la personne physique qui bénéficie ultimement de 25 % de la jouissance des avoirs de la construction juridique. En l'espèce, l'Investisseur bénéficie ultimement de 25 % de la jouissance des avoirs du fonds d'investissement donc de la construction juridique. Dans ce cas, il faut vérifier si l'Investisseur détient au bout de la chaîne de détention, après prise en compte de toutes les dilutions au moins 25 % de Target. Cette condition n'est pas remplie sachant que l'Investisseur détient 6,25 % ($0,25 \times 0,25$) de Target. Pour que l'Investisseur exerce autrement le pouvoir de contrôle sur la direction des entités de la chaîne de contrôle, ce dernier doit détenir plus de 25 % de chaque entité de la chaîne de contrôle. Cette condition fait également défaut. Il faut enfin identifier la personne physique qui occupe la position de dirigeant principal au sein du fonds d'investissement.
- Phase 2: concernant l'Actionnaire, il détient 25 % du capital-actions du Manager. Ce dernier gère le fonds d'investissement, soit une participation de 25 % du capital-actions de la Target. Après dilution, il est dans la même position que l'Investisseur puisque la détention est égale à 6,25 %. De plus, il ne détient pas plus de 25 % du Manager de sorte que la participation du fonds d'investissement dans la Target ne doit pas lui être imputée à 100 %. Enfin, la dernière phase 3 du test n'est pas applicable aux constructions juridiques. Ainsi, l'identification s'arrête là.