

Nouvelles obligations déclaratives des sociétés suisses et étrangères et de leurs actionnaires :

l'effet de la modification des dispositions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent

New reporting duties of Swiss and foreign companies and of their shareholders:

effects of the amendments to the anti-money laundering provisions

La nouvelle loi fédérale sur la mise en œuvre des dernières recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI), adoptée par les Chambres fédérales le 12 décembre 2014 («Loi GAFI»), introduit des modifications importantes dans le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. La plupart des nouvelles dispositions introduites par cette loi figurent dans la Loi sur le blanchiment d'argent et dans le Code des obligations. Depuis la publication du message du Conseil fédéral le 13 décembre 2013, il a beaucoup été question de l'infraction de blanchiment de fraude fiscale (c'est-à-dire la qualification d'infractions fiscales graves en tant qu'infractions préalables au blanchiment d'argent), qui constitue l'une des nouveautés majeures de la Loi GAFI et qui soulève de délicates questions d'application. Parmi les autres thèmes sur lesquels portent les modifications, les règles relatives à la transparence des personnes morales et à l'identification des ayants droit économiques, auront un impact pratique considérable pour les nouveaux acteurs concernés.

Transparence des personnes morales : changement de paradigme

La Loi GAFI impose de nouvelles obligations aux sociétés de droit suisse, ainsi qu'à leurs actionnaires. Ces nouvelles obligations, introduites dans le Code des obligations, prévoient que toute personne qui acquiert des actions au porteur d'une société de droit suisse non cotée en bourse

The new Federal Act for Implementing the Revised Financial Action Task Force (FATF) Recommendations, adopted by the Federal Chambers on 12 December 2014 (FATF Act) introduces important amendments to the Swiss anti-money laundering and terrorist financing regulations. Most of the new provisions introduced by this law are contained in the Anti-Money Laundering Act and in the Code of Obligations. Since the publishing of the Federal Council dispatch on 13 December 2013, there has been much debate about laundering of tax fraud offence (i.e. the qualification of serious tax offences as predicate offences to money laundering), which constitutes one of the major novelties of the FATF Act; indeed, it poses delicate questions of implementation. Among the other themes covered by the amendments made, the rules on the transparency regarding legal entities and on the identification of the beneficial owners considerably affect the new players concerned.

Transparence regarding legal entities: a paradigm shift

The FATF Act imposes new obligations on Swiss companies as well as on their shareholders. These new obligations, introduced in the Code of Obligations, provide that an entity acquiring bearer shares of a non-listed Swiss company has the duty to report its participation to the company. This rule applies even to the holding of only one share. The shareholder, which may be a legal

est tenue d'annoncer sa participation à la société. Cette règle s'applique même en cas de détention d'une seule action. L'actionnaire, qui peut être une personne physique ou morale, doit établir qu'il détient effectivement les actions (en produisant l'original ou une copie de celles-ci) et communiquer à la société son nom et prénom ou sa raison sociale, ainsi que son adresse. Il doit remettre à la société une pièce de légitimation officielle ou, pour les personnes morales, un extrait du registre du commerce ou tout autre document équivalent pour les sociétés étrangères. Ce devoir d'annonce va plus loin que les recommandations du GAFI ; il vise à répondre aux exigences du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales. L'objectif est de prévenir l'utilisation abusive d'actions au porteur dans le but de contourner la législation fiscale suisse ou étrangère.

Les nouvelles dispositions du Code des obligations prévoient par ailleurs que les acquéreurs d'actions de sociétés de droit suisse non cotées en bourse qui détiennent seuls, ou de concert avec un tiers, une participation qui atteint ou dépasse le seuil de 25% du capital-actions ou des droits de vote doit en déclarer l'/(les)ayants droit économiques à la société. Cette obligation s'applique tant aux actions au porteur qu'aux actions nominatives. Elle est le reflet, au niveau de la société, de l'obligation nouvelle imposée à l'intermédiaire financier d'identifier les ayants droit économiques des sociétés commerciales (voir ci-dessous). Lorsque l'actionnaire a pour ayant droit une personne morale, il lui incombe de s'informer auprès d'elle de son ayant droit économique final.

La société suisse quant à elle doit tenir une liste des détenteurs d'actions au porteur et de leurs ayants droit économiques dans le cas où la loi impose un devoir d'annonce. Tant que l'actionnaire n'a pas rempli les obligations d'annonce susmentionnées, il

ne peut exercer ni ses droits de participation (droit de vote) ni faire valoir ses droits patrimoniaux (droit aux dividendes). Ces derniers s'éteignent même définitivement si l'actionnaire ne procède pas aux annonces requises dans le délai d'un mois dès l'acquisition des actions. Si l'actionnaire s'acquiesce de ses obligations d'annonce après ce délai, il peut alors faire valoir ses droits patrimoniaux mais à compter de l'annonce uniquement. Pour le droit de vote, les nouvelles dispositions imposent au conseil d'administration de s'assurer qu'aucun actionnaire n'exerce son droit en violation des obligations d'annonce.

Les nouvelles dispositions du Code des obligations permettent toutefois à la société de désigner un intermédiaire financier auprès duquel sont faites les annonces relatives aux *actions au porteur* (cette possibilité n'est en effet pas offerte pour les actions nominatives, compte tenu des particularités liées à l'enregistrement des titulaires de ce type d'actions au registre des actions de la société). Le recours à un intermédiaire financier permet de préserver l'anonymat de l'actionnaire vis-à-vis de la société, selon les modalités convenues dans la convention de délégation avec la société. L'actionnaire peut dès lors se limiter à communiquer à la société les actions spécifiques (par exemple les actions au porteur n°1 à 10) qui ont fait l'objet d'une annonce, sans communiquer son identité ou l'ayant droit économique de ces actions. En prévoyant cette possibilité de délégation, le législateur a tenu à maintenir les actions au porteur, très nombreuses en Suisse (50'000 sociétés anonymes de droit suisse, sur les 195'000 inscrites, auraient émis des actions au porteur). Alternativement, le Code des obligations permet à présent une conversion facilitée des actions au porteur en actions nominatives, à la majorité des voix exprimées à l'Assemblée générale de la société.

Les nouvelles obligations portant sur le devoir d'annonce des actionnaires et

entity or an individual, must prove it/he effectively holds the shares (by producing the originals or copies of the latter) and communicate its/his company name/name and address. The shareholder must provide the company with an official identification document, an excerpt of the Trade Register (if it is a corporation) or an excerpt of any other equivalent document (if it is a foreign company). This reporting requirement goes way beyond the FATF recommendations; it aims at meeting the requirements set forth by the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, in order to avoid the abusive use of bearer shares to circumvent any Swiss or foreign tax legislation.

Moreover, the new provisions of the Code of Obligations provide for the duty to disclose the beneficial owner(s) of the company for purchasers of shares of non-listed Swiss companies whose participation, alone or together with a third party's, equals or exceeds 25% of the share-capital or of the voting rights. This duty applies to both bearer and registered shares. At the company's level, it reflects the new obligation imposed on the financial intermediaries to identify the beneficial owners of commercial companies (see below). When the shareholder's beneficial owner is a legal entity, it lies on the shareholder to seek information on the ultimate beneficial owner from the company.

The Swiss company, on its part, must hold a list of holders of bearer shares and their beneficial owners in the event the law imposes a duty to report on it. For as long as the shareholder has not complied with the above mentioned reporting duty, it can neither exercise its participation rights (voting rights) nor assert its economic rights (right to dividends). The economic rights shall definitively lapse if the shareholder does not comply with his reporting duties within a month as from the purchase of the shares. If the shareholder

complies with the reporting duties after this deadline, he may assert his economic rights, which shall be effective, however, only as from the disclosure. As regards voting rights, the new provisions impose on the board of directors the duty to ensure that shareholders in breach of the reporting duties will not exercise their rights.

However, the new provisions of the Code of Obligations allow the company to appoint a financial intermediary to which the reporting of bearer shares is made (this possibility is not available for registered shares, account taken of the specificities of the registration of holders of this type of shares with the company's share registry). The appointment of a financial intermediary allows to safeguard the anonymity of the shareholder vis-à-vis the company, in accordance with arrangements agreed in the delegation agreement concluded with the company. The shareholder may thus limit himself to communicating to the company the particular shares (for example bearer shares 1 to 10) being reported, without disclosing the identity of the beneficial owner of these shares. By providing for this delegation possibility, the legislator was concerned to keep the numerous bearer shares in Switzerland (50,000 out of the 195,000 limited liability companies would have issued bearer shares). Alternatively, the Code of Obligations now allows a facilitated conversion of bearer shares into registered shares, decided by the majority of the votes cast in the company's general meeting.

The new requirements related to the duty to report of the shareholders and their beneficial owner(s) shall enter into force on 1 July 2015 to ensure the levelling of the Swiss provisions in view of the revision of our legislative arsenal by the Global Forum next autumn.

In summary, the new provisions impose on every legal entity or individual acquiring shares of a non-listed Swiss company *after*

the 1st of July 2015 the duty to report its/ his identity to the company and, when participation equals or exceeds 25%, to disclose the beneficial owner of its/ his shares within one month as from acquisition.

The deadline for individuals or legal entities holding *bearer shares* of non-listed Swiss companies *as at 1 July 2015* to comply with their reporting duty is 31 December 2015.

Holders of *registered shares* do not have the duty to report their existing participation; indeed, the legislator considered that this type of shares was less risky than bearer shares from a money-laundering point of view. On the other hand, should they reach or cross the 25% threshold on 1 July 2015, they must disclose the beneficial owner or their participation in the company within one month as from acquisition.

Finally, non-listed Swiss companies shall keep a list of holders of bearer shares and beneficial owners of all types of shares regarding participations exceeding the legal thresholds.

Identification of the Beneficial Owner by the Financial Intermediary

Up to now, financial intermediaries could consider that the beneficial owner of a commercial company was the company itself. In other words, contrary to what prevailed and still prevails for domiciliary companies whose beneficial owners must systematically be identified, the financial intermediary did not have to determine the beneficial owner(s) when his co-contractor was a commercial company. In this regard, the FATF Act introduces an important change in the Anti-Money Laundering Act, which now provides for a duty of the financial intermediary to identify the beneficial owner(s) of the assets of a commercial company, whether it is incorporated in Switzerland or abroad. This duty constitutes the counterpart of the new

de leur(s) ayant(s) droit économique(s) entrent en vigueur le 1er juillet 2015 pour assurer une mise à niveau des dispositions suisses en vue de l'examen de notre arsenal législatif par le Forum mondial cet automne.

En résumé, les nouvelles dispositions imposent à toute personne (physique ou morale) qui acquiert les actions d'une société de droit suisse non cotée en bourse *après le 1er juillet 2015* de s'annoncer auprès de la société et, lorsque sa participation atteint ou dépasse 25%, d'annoncer l'ayant droit économique de ses actions dans le délai d'un mois dès l'acquisition.

Les personnes ou entités qui sont titulaires d'actions au porteur de sociétés suisses non cotées en bourse *au 1er juillet 2015* disposent quant à elles d'un délai au 31 décembre 2015 pour se conformer à leur devoir d'annonce.

Les titulaires d'*actions nominatives* ne sont pas tenus d'annoncer leur *participation existante*, le législateur ayant considéré que ce type d'actions présentait moins de risques, sous l'angle du blanchiment d'argent, que les actions au porteur. En revanche, s'ils atteignent ou franchissent le seuil de 25% après *le 1er juillet 2015*, ils doivent annoncer l'ayant droit économique de leur participation à la société dans le délai d'un mois dès l'acquisition.

Enfin, les sociétés suisses non cotées en bourse doivent tenir une liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques de tout type d'actions pour les participations qui franchissent les seuils prévus par la Loi GAFI.

Identification de l'ayant droit économique par l'intermédiaire financier

Jusqu'à présent, les intermédiaires financiers pouvaient considérer que l'ayant droit économique d'une société commerciale était la société elle-même. En

d'autres termes, et à la différence de ce qui prévalait et prévaut aujourd'hui encore pour les sociétés de domicile dont les ayants droit économiques doivent systématiquement être identifiés, l'intermédiaire financier n'avait pas à déterminer l'ayant droit ou les ayants droit économique(s) lorsque son cocontractant était une société commerciale. La Loi GAFI introduit un changement important à cet égard dans la Loi sur le blanchiment d'argent ; celle-ci prévoit désormais une obligation pour l'intermédiaire financier d'identifier l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales confiées par une société commerciale, que cette dernière soit incorporée en Suisse ou à l'étranger. Cette obligation constitue le pendant des obligations nouvelles de transparence imposées aux personnes morales elles-mêmes, l'annonce de l'actionnaire étant la première étape du processus d'identification de l'ayant droit économique.

Précisons que, contrairement au régime actuel appliqué aux sociétés de domicile, l'ayant droit économique d'une société commerciale ne peut être une autre société commerciale : il doit s'agir d'une personne physique. Aux termes des nouvelles dispositions de la Loi sur le blanchiment d'argent, « 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. » Dans le cas où les représentants de la société ne parviennent pas à identifier ces personnes, en raison notamment d'un actionariat dispersé, l'intermédiaire financier doit identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction de la société, en principe son CEO.

Les règles concernant l'identification de l'ayant droit économique des sociétés commerciales s'appliqueront dès le 1er janvier 2016 à toutes les nouvelles relations d'affaires. Elles devront également être observées pour les relations d'affaires existantes lorsque, au cours de la relation, un renouvellement de la constatation de l'identité du cocontractant ou de l'ayant droit économique est requis par la loi.

La mise en œuvre des nouvelles règles d'identification décrites ci-dessus va soumettre à la fois les actionnaires et les intermédiaires financiers à des obligations de diligence accrues. Le nouveau concept d'ayant droit économique exigera ainsi des intermédiaires financiers une analyse approfondie de la structure de leur clientèle organisée sous forme de société. Les dirigeants de sociétés, en particulier celles appartenant à un groupe, devront quant à eux disposer d'une fine connaissance de la structure du groupe et de son actionariat, afin d'identifier les véritables ayants droit économiques de leur groupe. L'exercice pourra s'avérer délicat en pratique, en particulier dans les grands groupes internationaux, dans lesquels peuvent être intercalés des trusts, des fondations ou encore des placements collectifs de capitaux.

Le nouveau régime de lutte contre le blanchiment d'argent change fondamentalement la logique d'un système jusqu'alors axé sur la notion d'intermédiaire financier, pour l'étendre à d'autres acteurs du monde économique, comme les sociétés suisses commerciales non cotées, ainsi que leurs actionnaires et ayants droits économiques auxquels il impose de nouvelles obligations. La Loi GAFI, qui sera complétée par une Ordonnance de la FINMA (OBA-FINMA), ainsi que par la Convention de diligence des banques de l'Association suisse des banquiers, deux textes en cours de révision, accroît la complexité du dispositif dans un environnement déjà marqué par l'inflation réglementaire. ■

duties of transparency imposed on legal entities, the reporting of the shareholder being the first step of the beneficial owner's identification process.

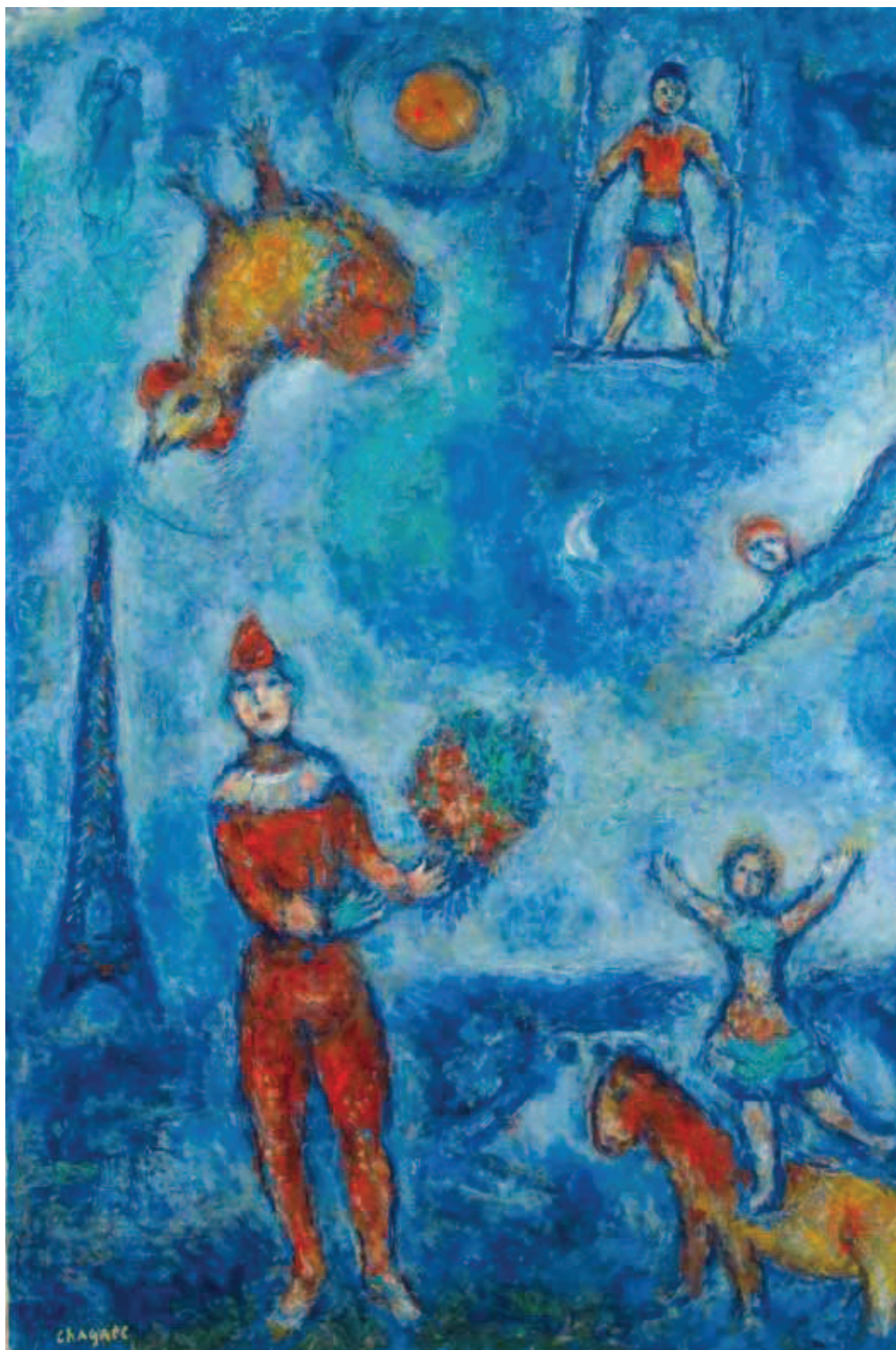
It is worth mentioning that contrary to the current regime applicable to domiciliary companies, the beneficial owner of a commercial company cannot be another commercial company: it must be an individual. Pursuant to the new provision of the Anti-Money Laundering Act, "are deemed beneficial owners of a legal entity carrying out an operational activity individuals who ultimately control the legal entity by holding directly or indirectly, alone or together with a third party, a participation of at least 25% of the capital or the voting rights or by controlling it in another way." In the event the representatives of the company are not able to identify these individuals, notably due to a dispersed ownership, the financial intermediary must identify the senior member of the company's management body, in principle its CEO.

The rules on the identification of the beneficial owner of commercial companies shall apply *as from 1 January 2016* to all business relationships. Existing business relationships shall comply with it when, during the relationship, the renewal of the establishment of the co-contractor's or the beneficial owner's identity is required by law.

Shareholders and financial intermediaries will be subject to increased due diligence duties triggered by the implementation of the new identification rules mentioned above. The new notion of beneficial owner will also require that financial intermediaries thoroughly examine the structure of their clients organised in the form of a company. Executives of companies, in particular when they belong to a group, will have to dispose of a fine knowledge of the group's structure and of its shareholding in order to identify the real beneficial owners of their

group. This exercise could prove delicate in practice, especially within international groups in which trusts, foundations or collective investment schemes may be interposed.

The new anti-money laundering regime fundamentally changes the logic of a system so far focused on the notion of financial intermediary, to extend it to other economic players such as non-listed commercial companies as well as their shareholders and beneficial owners, on whom it imposes new duties. The FATF Act, which shall be completed by an implementing regulation by the FINMA (AMLO-FINMA) and by the Swiss Bankers Association Code of Conduct, both in the process of being revised, increases the complexity of the system in an environment already marked by the regulatory inflation. ■



BRAFA, Stern Pissarro - Marc Chagal