

Allgemeines Treuunternehmen

N° 9 - décembre 2002

Dans ce numéro:

- **Les opérations financières en tant qu'objet juridique du droit liechtensteinois sur l'obligation de diligence et les questions qui en découlent**
- **Le transfert à l'étranger du siège d'une société liechtensteinoise**
- **La directive européenne relative au blanchiment de capitaux**
- **La détention d'actions dans des sociétés françaises cotées en bourse**
- **Le secret professionnel dans le domaine fiduciaire liechtensteinois**

Les opérations financières en tant qu'objet juridique du droit liechtensteinois sur l'obligation de diligence et les questions qui en découlent

Quiconque se pose des questions concernant le champ d'application du droit liechtensteinois sur l'obligation de diligence trouvera deux points de départ permettant d'y répondre. D'une part, la loi sur l'obligation de diligence (LOD) énumère à la manière d'un catalogue, dans l'art. 2, para. 1, les sujets juridiques directement subordonnés, dont, entre autres, conformément à l'art. 2, para. 1, lettre c LOD, les fiduciaires. Ces subordinations directes exigent des sujets juridiques concernés au minimum l'accomplissement des obligations en matière d'organisation, de formation et d'établissement de rapports en accord avec la loi et l'ordonnance. L'accomplissement des autres obligations, à savoir des obligations d'identification, de sur-

veillance, de clarification et de documentation, est fonction de l'exécution effective d'opérations financières au sens du droit sur l'obligation de diligence.

Le second point de départ est constitué par la subordination indirecte aux dispositions de la loi et de l'ordonnance aux termes de l'art. 2, para. 2, LOD, en raison d'une activité professionnelle en rapport avec des opérations financières: «Les personnes qui ne relèvent pas du paragraphe 1 mais qui acceptent ou conservent, pour motif professionnel, des valeurs patrimoniales de tiers ou qui aident à les investir ou à les transmettre, sont également soumises à cette loi.» Le point de départ est ici l'objet

juridique du droit liechtensteinois sur l'obligation de diligence, l'opération financière. Cette subordination indirecte est moins clairement réglée et recèle un certain besoin d'interprétation car, d'après l'art. 1, para. 1, de l'ordonnance relative à la loi sur l'obligation de diligence, le terme «opération financière» est défini au sens large. «Est considérée comme opération financière au sens de l'art. 1 de la loi toute acceptation ou conservation professionnelle de valeurs patrimoniales de tiers ainsi que la contribution à l'acceptation, au placement ou au transfert de telles valeurs patrimoniales et les activités en tant qu'organe d'une personne morale qui, dans le pays de domicile, ne gère pas d'établissement commercial ou de fa-

brication ni n'exerce d'autre activité professionnelle de type commercial.»

Suite à la directive 2002/1 de l'Office pour la surveillance des obligations de diligence (SSP), l'obligation de surveillance des relations commerciales qui, jusqu'à la fin 2001, n'était réglée que de façon très générale dans l'art. 6 de l'ordonnance relative à la loi sur l'obligation de diligence, a été élargie et précisée sous une forme obligatoire. Outre l'introduction de catégories de risques permettant d'échelonner l'intensité de la surveillance, l'étendue de l'obligation de clarification y est également exposée. La demande de présentation de relevés de compte bancaire pour une surveillance conforme aux directives paraît obligatoire dans ce contexte et découle en outre explicitement du «Newsletter» de février 2002/1, page 5, du SSP.

Pour le fiduciaire qui, de par sa subordination directe, doit accomplir comme mentionné certaines obligations indépendamment de son activité effective, la séparation entre les activités et relations commerciales devant être surveillées et celles ne devant pas l'être, aux termes de la loi et de l'ordonnance, présente un intérêt dans le sens d'une optimisation de son travail. C'est là que le deuxième point de départ entre en jeu. En effet, le fiduciaire n'a pas, dans les relations commerciales qui ne représentent pas d'opérations financières, d'obligations de diligence au sens de la loi sur l'obligation de diligence et de l'ordonnance relative à la loi sur l'obligation de diligence, de sorte qu'il peut renoncer à la procédure d'identification, à la réception et à l'examen critique de relevés bancaires ainsi qu'à l'établissement d'une documentation sur l'obligation de diligence.

L'art. 7, para. 1, de la loi fiduciaire présente les diverses activités professionnelles qu'un fiduciaire peut exercer dans le cadre de son autorisation. Toutes ne doivent pas, et de loin, être qualifiées d'opérations financières. Ni dans le conseil en placement ni lors de la fondation de personnes morales – sans réalisation des transactions financières nécessaires à la conception –, le fiduciaire ne dispose de valeurs patrimoniales de tiers. Son activité ne peut pas non plus être considérée comme une contribution à une opération financière. L'activité de conseiller juridique, de conseiller fiscal ou de conseiller économique peut encore moins être qualifiée d'opération financière. La pure comptabilité n'est pas non plus une opération financière si le comptable ne peut disposer de valeurs patrimoniales. La pure transmission du courrier n'est pas non plus une opération financière au sens du droit sur l'obligation de diligence.

Enfin, l'exercice exclusif d'une représentation conformément à l'art. 239 et suivants du Droit des Personnes et des Sociétés ne constitue pas, d'après l'auteur, d'opération financière au sens du droit sur l'obligation de diligence étant donné que l'on n'est pas en présence d'un pouvoir de disposition relatif à des valeurs patrimoniales de tiers.

Le rapport est intéressant au niveau de l'organe. La fonction d'organe de l'intermédiaire financier liechtensteinois exige toujours, sans aucun doute, l'accomplissement des obligations de diligence auprès de la société correspondante, mais l'on peut se poser des questions quant à la façon de considérer les filiales étrangères contrôlées par des so-

ciétés mères lorsque l'intermédiaire financier liechtensteinois n'a de fonction d'organe qu'auprès de la société-mère. L'Office pour la surveillance des obligations de diligence renvoie dans ce domaine aux procédures pratiquées en Suisse et souhaite que le terme juridique «d'organe de fait» soit également utilisé au Liechtenstein. Cela signifie qu'il en découle, pour l'intermédiaire financier liechtensteinois, une obligation d'identification, de surveillance, de clarification et de documentation dès lors que son activité correspond de fait à celle d'un organe, comme p.ex. lorsqu'il donne lui-même des instructions. Le SSP se base apparemment ce faisant sur l'exercice effectif de la délivrance d'instructions; la seule possibilité de délivrer des instructions ne déclenche pas encore d'obligations de diligence au sens de la loi sur l'obligation de diligence et de l'ordonnance relative à la loi sur l'obligation de diligence. En revanche, si l'intermédiaire financier liechtensteinois, comme cela est tout à fait possible chez certaines personnes morales, ne transmet d'instructions aux filiales étrangères que sur l'ordre de son partenaire contractant, cela ne déclenchera pas non plus d'obligations de diligence.

Il ne sera pas facile de vérifier si l'on est en présence d'une fonction d'organe de fait. Afin de préserver l'attrait de la place liechtensteinoise pour les sociétés holdings, il faudra trouver une méthode dont le concept s'orientera clairement vers les conditions cadres à examiner, tout en assurant une flexibilité suffisante pour des prestations compétitives sur le plan international.

Pour toute information complémentaire, veuillez consulter la nouvelle bro-

chure «Rechtssubjekte und Rechtsobjekte im liechtensteinischen Sorgfaltspflichtrecht» (Sujets et objets juridiques

dans le droit liechtensteinois sur l'obligation de diligence) mentionnée dans la liste «Bibliographie spécialisée» ci-join-

te et disponible uniquement en allemand.

Le transfert à l'étranger du siège d'une société liechtensteinoise

Tout entrepreneur se demande, lorsqu'il démarre ses activités, quelle forme juridique et quel emplacement lui permettront au mieux de développer son activité professionnelle. Les facteurs politiques et fiscaux, mais aussi les aspects relevant de la politique économique et sociale jouent un rôle particulier. Le choix géographique fait au début de l'activité peut, en cas de modification de conditions importantes, être remis en question et présenter un avantage ou un inconvénient contraignant l'entreprise à repenser l'emplacement de son siège.

Le législateur liechtensteinois a prévu, dans le droit commercial, la possibilité de transfert du siège d'une société sans liquidation au Liechtenstein ou du Liechtenstein à l'étranger.

Les prescriptions légales relatives au transfert du siège à l'étranger placent la protection des créanciers au premier plan. Celle-ci va jusqu'à stipuler qu'il ne doit exister aucune dette vis-à-vis de tiers au moment du transfert du siège de la société. Dans la pratique, cela a pour conséquence que le transfert du siège d'une société est très proche de sa liquidation. Sur le plan fiscal, le transfert du siège d'une société à

l'étranger est assimilé à une liquidation, de sorte qu'il faut procéder à un décompte des réserves de la société avec l'Administration fiscale. Dans le cas de la société anonyme, un impôt à la source de 4 % (impôt sur les coupons) est prélevé sur les réserves imposables lors du transfert du siège à l'étranger.

De nombreuses personnes morales de la Principauté de Liechtenstein sont conçues sous forme d'établissement (Anstalt). L'établissement de droit liechtensteinois représente une forme juridique pour laquelle il n'est guère possible de trouver quoi que ce soit de comparable dans les autres ordres juridiques du monde. C'est la raison pour laquelle, en cas de transfert du siège d'une telle société, celle-ci doit impérativement être transformée en une autre forme juridique, généralement en société anonyme. Cela vaut du reste également pour l'entreprise fiduciaire (Trust reg.) dans la mesure où celle-ci est organisée en tant qu'entreprise fiduciaire avec personnalité juridique.

La procédure de transfert du siège relève de la décision de l'organe suprême. Un bilan et un compte de profits et pertes sont en outre établis afin de délimiter les actifs et passifs et de défi-

nir les impôts. Dans la mesure où il existe des créanciers tiers, ceux-ci devront consentir par écrit au transfert du siège. La procédure de transfert à proprement parler dure généralement 3 à 4 semaines environ. La société n'est radiée au Liechtenstein qu'après avoir été inscrite au nouveau siège. La procédure d'inscription au nouveau siège est fonction des prescriptions locales en vigueur, qui peuvent fortement différer d'un pays à l'autre. Outre l'autorisation des autorités liechtensteinoises, on exige généralement un justificatif sur l'existence juridique de la société (extrait du registre du commerce). Il faut également présenter un bilan actuel avec le compte de profits et pertes. Il n'est pas rare qu'une adaptation des statuts soit nécessaire avant l'inscription au nouveau siège de la société.

Si l'on considère le travail administratif occasionné par le transfert du siège d'une société, on doit se demander s'il ne vaudrait pas mieux procéder à une liquidation et à la fondation d'une nouvelle société au lieu désiré. Le fait qu'il ne soit pas nécessaire d'attendre l'écoulement du délai de liquidation de 6 mois imposé en cas de liquidation ordinaire de la société joue néanmoins en faveur d'un transfert du siège. Selon

qu'une transformation de la forme de société en une autre forme juridique est nécessaire ou non avant le transfert du siège et selon la nature et l'étendue des documents nécessaires à l'inscription de la société au nouveau siège, le transfert du siège peut tout à fait durer plusieurs mois.

Pour toute information complémentaire, veuillez consulter la nouvelle brochure «Die liquidationslose Sitzverlegung einer liechtensteinischen Verbandsperson ins Ausland» (Le transfert sans liquidation du siège d'une personne morale liechtensteinoise à l'étranger) mentionnée dans la liste « Biblio-

graphie spécialisée » ci-jointe et disponible uniquement en allemand.

La directive européenne relative au blanchiment de capitaux¹

Fin 2001, l'Union européenne a approuvé la nouvelle directive européenne relative au blanchiment de capitaux, qui entrera en vigueur à partir du 15 juin 2003. Les Etats membres doivent mettre en œuvre la nouvelle directive d'ici cette date. Cette nouvelle directive va beaucoup plus loin que le texte actuel, qui ne vise que les produits liés aux délits en matière de drogue. La nouvelle directive inclut en particulier le blanchiment des produits générés par tous les délits graves, y compris la fraude préjudiciable au budget communautaire. Le champ d'application de la nouvelle directive européenne est étendu à

un plus large spectre de professions et d'activités, comme p. ex. aux experts-comptables externes et aux commissaires aux comptes, aux agents immobiliers, aux conseillers fiscaux, aux notaires, aux avocats, aux courtiers en œuvres d'art, aux commissaires-priseurs, aux convoyeurs de fonds et aux casinos. Les membres de ces professions doivent ainsi identifier les clients, conserver les documents et déclarer des transactions suspectes.

Les banques et les fiduciaires liechtensteinois devraient se réjouir de cette nouvelle directive, les dispositions de

l'Union européenne étant ainsi rehaussées au niveau liechtensteinois (il suffit de penser à l'insuffisance de réglementation dans la fondation de sociétés anglo-saxonnes sans documentation adéquate). La nouvelle disposition revêtira une importance particulière dans l'identification de l'ensemble de la relation client lorsque le client à identifier agit comme fiduciaire. Comme on le sait, c'est au Liechtenstein et en Suisse que l'activité fiduciaire est réglementée avec le plus de détails pour ce qui est de l'obligation de diligence.

¹) Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308 CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux.

La détention d'actions dans des entreprises françaises cotées en bourse

Sur la base d'une nouvelle loi promulguée en France (art. 119 loi NRE du 15 mai 2001 et art. 59 du décret no 2002-803 du 3 mai 2002), tous les intermédiaires financiers, comme p.ex. des banques en Suisse et au Liechtenstein, sont enjoins d'informer la société française ou l'administration des titres en France (p. ex. banque en France dans laquelle un dépôt de titres est géré) qu'ils détiennent une partie de ses actions pour le compte de tiers.

Sont concernées les actions au porteur et nominatives d'entreprises françaises cotées en bourse en France (admissibles aux négociations sur un marché réglementé).

Les dispositions légales permettent à la société française d'exiger du service

d'enregistrement prévu par la loi [qu'il s'agisse du propre registre des actions ou de l'administration de dépôts/domicile de paiement pour des actions (au porteur) cotées en bourse] des renseignements quant à la question de savoir pour qui l'intermédiaire financier étranger détient les actions et de combien d'actions il s'agit. A condition toutefois que l'entreprise française ait dans ses statuts une clause correspondante.

Dans la mesure où l'actionnaire mentionné par l'intermédiaire financier étranger est une personne morale et détient plus de 2,5% du capital ou des droits de vote dans la société française cotée en bourse, la société française peut exiger la divulgation des personnes qui, directement ou indirectement, détiennent plus d'un tiers du ca-

pital ou des droits de vote de cette personne morale (c'est-à-dire la nomination des actionnaires de cette personne morale).

S'il n'est pas donné suite à la demande de divulgation, les droits de vote des actions correspondantes détenues dans la société française seront supprimés et le paiement de dividendes sera suspendu.

Ces nouvelles dispositions, qui rappellent les «dispositions QI (Qualified Intermediary)» des Etats-Unis, enfreignent le cas échéant le secret bancaire en vigueur en Suisse et au Liechtenstein.

Le secret professionnel dans le domaine fiduciaire liechtensteinois

Dans le bulletin n° 2 d'octobre 1998, il a été consigné, au point 5 «Respect des obligations au secret professionnel dans une procédure judiciaire», que les avocats, les experts-comptables et les agents en brevets sont, en tant que détenteurs de secrets professionnels, dispensés de témoigner sur des faits qui

leur ont été confiés par leur mandant dans le cadre de l'exercice de leur profession. L'article ne faisait pas de distinction quant à savoir si l'exercice de la profession s'étendait à l'activité judiciaire proprement dite des avocats ou aussi à la gestion de fortune. Entre-temps, les procédures judiciaires ont

évolué. Dans une décision de la Haute-Cour de l'Etat, il a été consigné que l'avocat ou l'expert-comptable n'est plus dispensé de témoigner pour les activités qui dépassent leur activité principale à proprement parler (p.ex. conseil fiscal, gestion de fortune).

Pour tout renseignement complémentaire, veuillez vous adresser, au sein de Allgemeines Treuunternehmen, aux auteurs des articles, Monsieur lic. iur. HSG Thomas Zwiefelhofer, (Les opérations financières en tant qu'objet juridique du droit liechtensteinois sur l'obligation de diligence et les questions qui en découlent); Monsieur Josef Sprecher, diplômé en gestion d'entreprise ESCEA (Le transfert à l'étranger du siège d'une société liechtensteinoise); Monsieur Roger Frick, expert-comptable titulaire du diplôme fédéral, diplômé en gestion d'entreprise ESCEA.

Allgemeines Treuunternehmen

Aeulestrasse 5

P. O. Box 83

FL-9490 Vaduz

Principauté de Liechtenstein

Téléphone +(423) 237 34 34

Téléfax +(423) 237 34 60

Cette publication paraît également en anglais, en allemand et en italien.

Le bulletin ATU est une publication sporadique de Allgemeines Treuunternehmen, Vaduz. Son contenu sert uniquement à l'information générale et ne remplace pas le conseil juridique.