

2016 / 2^{ème} édition

Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16)

Tables des matières

Avant-propos	5
Chapitre 1: Introduction	6
Art. 1	Champ d'application 6
Art. 2	Délimitation 6
Art. 3	Commentaire concernant la Convention 6
Chapitre 2: Vérification de l'identité du cocontractant	7
Section 1	Dispositions générales 7
Art. 4	Vérification de l'identité du cocontractant 7
Art. 5	Livrets d'épargne au porteur 9
Art. 6	Obligation de procéder à la vérification de l'identité sans égard au montant impliqué dans la relation d'affaires 9
Art. 7	Données à consigner 9
Art. 8	Vérification de l'identité d'une autre manière appropriée 10
Section 2	Personnes physiques 10
Art. 9	Vérification de l'identité lorsque la personne se présente à la banque 10
Art. 10	Vérification de l'identité lorsque la relation d'affaires est établie par correspondance 11
Art. 11	Emetteurs d'attestations d'authenticité 11
Section 3	Personnes morales et sociétés de personnes 12
Art. 12	Vérification de l'identité en cas d'inscription au Registre suisse du commerce ou dans un Registre étranger équivalent 12
Art. 13	Vérification de l'identité en cas d'absence d'inscription au Registre suisse du commerce ou dans un Registre étranger équivalent et vérification de l'identité des autorités 12
Art. 14	Date de l'extrait du Registre du commerce ou du document d'identification équivalent 13
Art. 15	Vérification de l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires et prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant 13
Art. 16	Vérification de l'identité dans le cas de sociétés simples, de sociétés en cours de constitution et de <i>trustees</i> 14
Art. 17	Personnes morales, sociétés de personnes et autorités notoirement connues 15
Section 4	Formes particulières de vérification de l'identité 15

Art. 18	Compte ouvert pour un mineur, compte de garantie de loyer _____	15
Art. 19	Vérification de l'identité au sein du groupe _____	16
Chapitre 3: Identification de l'ayant droit économique de personnes morales et de sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle _____		17
Section 1	Dispositions générales _____	18
Art. 20	Identification des détenteurs du contrôle _____	18
Art. 21	Données à recueillir _____	20
Section 2	Exceptions à l'obligation d'identification _____	21
Art. 22	Sociétés cotées en bourse _____	21
Art. 23	Autorités _____	22
Art. 24	Banques et autres intermédiaires financiers en qualité de cocontractants _____	22
Art. 25	Autres exceptions à l'obligation d'identification _____	22
Art. 26	Communautés de copropriétaires par étages et de copropriétaires _____	23
Chapitre 4: Identification de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales _____		24
Section 1	Dispositions générales _____	24
Art. 27	Identification de l'ayant droit économique _____	24
Art. 28	Données à recueillir _____	25
Section 2	Exceptions à l'obligation d'identification _____	26
Art. 29	Personnes physiques _____	26
Art. 30	Personnes morales et sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotées en bourse _____	27
Art. 31	Sociétés cotées en bourse _____	27
Art. 32	Autorités _____	27
Art. 33	Banques et autres intermédiaires financiers en qualité de cocontractants _____	27
Art. 34	Sociétés simples _____	28
Art. 35	Communautés de copropriétaires par étages et de copropriétaires _____	29
Art. 36	Personnes tenues à un secret professionnel _____	29
Section 3	Obligations particulières d'identification _____	29
Art. 37	Comptes globaux et dépôts globaux _____	29
Art. 38	Formes de placement collectif et sociétés de participations _____	30
Art. 39	Sociétés de domicile _____	31

Art. 40	Fondations et Art. 41 <i>Trusts</i> _____	32
Art. 42	Assurances-vie avec gestion de compte/dépôt séparée (insurance wrapper) _____	33
Chapitre 5:	Délégation et surveillance _____	34
Section 1	Délégation _____	34
Art. 43	Délégation de la vérification de l'identité du cocontractant, de l'identification du détenteur du contrôle et de celle de l'ayant droit économique _____	34
Section 2	Obligations en matière de documentation _____	34
Art. 44	Obligation de documentation et de mise en sûreté _____	34
Art. 45	Date à laquelle les obligations de documentation doivent être remplies _____	35
Section 3	Obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence _____	36
Art. 46	Répétition des obligations de diligence prévues par la Convention _____	36
Chapitre 6:	Interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux _____	37
Chapitre 7:	Interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues _____	37
Chapitre 8:	Dispositions relatives à l'audit et à la procédure _____	37
Section 1	Procédure _____	37
Art. 59	Contrôle par la société d'audit _____	37
Art. 60	Procédure d'enquête _____	37
Art. 61	Procédure de sanction _____	38
Art. 62	Procédure sommaire _____	38
Section 2	Dispositions relatives aux sanctions _____	38
Art. 63	Cas bénins _____	38
Art. 64	Violation de la Convention _____	38
Art. 65	Prescription _____	38
Section 3	Organisation _____	39
Art. 66	Commission de surveillance _____	39
Art. 67	Chargés d'enquête _____	39
Chapitre 9:	Dispositions finales _____	39
Art. 70	Dispositions transitoires _____	39
Liste des abréviations	_____	40

Avant-propos

La Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), qui existe depuis 1977, fait en principe l'objet d'une révision tous les cinq ans. La présente version a été remaniée sur la forme comme sur le fond dans le cadre d'une révision complète effectuée entre 2012 et 2015; ses dispositions ont été adaptées aux prescriptions internationales, en particulier les Recommandations révisées du GAFI (2012). La CDB révisée, intitulée CDB 16, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

La révision des Recommandations du GAFI, ainsi que les modifications législatives intervenues dans le cadre de la révision de la LBA, ont nécessité d'introduire de nouveaux concepts et de nouvelles dispositions, notamment en ce qui concerne l'identification de l'ayant droit économique. A cet égard, le nouveau concept de détenteur du contrôle a été introduit, assorti d'un nouveau formulaire K destiné à l'identification du détenteur du contrôle des personnes morales et sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotées en bourse. Outre les formulaires A et T déjà connus figurent désormais en annexe à la CDB les formulaires K (détenteur du contrôle), I (*insurance wrapper*) et S (fondations). Le formulaire R, en revanche, n'y figure plus.

Les dispositions relatives à l'interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux, à la soustraction fiscale et à des actes analogues sont maintenues.

Les dispositions relatives à la procédure et à l'organisation ont également fait l'objet d'une révision. Une nouvelle procédure sommaire a été introduite. La procédure arbitrale reste inchangée.

Enfin, la révision de la CDB a été l'occasion de remanier sa structure: le texte a été subdivisé en chapitres, sections et art. pour une meilleure lisibilité.

Le présent commentaire a été adapté et complété en fonction du texte révisé de la CDB.

Chapitre 1: Introduction

La CDB instaure un standard prudentiel minimal, de sorte que ses signataires sont libres d'adopter des règles plus strictes sur des points spécifiques. Quelques dispositions laissent en outre sciemment une certaine flexibilité, offrant ainsi la possibilité d'appliquer la CDB selon une approche fondée sur le risque.

Demeurent réservées les prescriptions et dispositions à caractère fiscal, comme par exemple la Loi FATCA, les accords de double imposition ou les accords sur l'échange automatique de renseignements (EAR).

La CDB 16 est disponible en français, allemand, italien et anglais. En cas de divergence matérielle entre les différentes versions linguistiques, la CDB 16 en allemand fait foi.

Art. 1 Champ d'application

Sauf indication contraire, la CDB et son commentaire se réfèrent à toutes les banques et à tous les négociants en valeurs mobilières, même si le texte n'utilise qu'une seule désignation pour des raisons linguistiques.

Art. 2 Délimitation

Les circonstances et les raisons pour lesquelles l'arrière-plan de relations d'affaires ou de transactions présentant des risques accrus doit faire l'objet de clarifications complémentaires, les modalités de ces clarifications ainsi que les obligations de diligence accrues y relatives sont régies non par la CDB, mais par l'OBA-FINMA.

L'entrée en vigueur de l'OBA-FINMA, le 1^{er} janvier 2016, a rendu obsolètes les règles distinctes qui régissaient jusque-là la vérification de l'identité des clients dans le cadre d'opérations de cartes de crédit. L'art. 2, al. 3 renvoie donc exclusivement aux dispositions correspondantes de l'OBA-FINMA révisée.

Si la banque opère dans le domaine du leasing, elle peut appliquer directement les dispositions du Règlement d'autorégulation OAR/ASSL aux opérations concernées et n'est pas soumise à la CDB 16 dans ce domaine.

Art. 3 Commentaire concernant la Convention

Le commentaire concernant la CDB est publié par l'ASB. Il constitue une aide à l'interprétation pour les banques, les organes de la CDB et les sociétés d'audit, mais ne fait pas partie intégrante de la CDB.

Chapitre 2: Vérification de l'identité du cocontractant

Section 1 Dispositions générales

Art. 4 Vérification de l'identité du cocontractant

L'obligation de vérifier l'identité du cocontractant naît lors de l'établissement d'une relation d'affaires; une relation d'affaires est réputée établie dès que des écritures comptables peuvent être passées sur le compte ou le dépôt.

Selon la pratique de la Commission de surveillance, l'identité de tous les cotitulaires d'un compte collectif ou d'un compte-joint doit être vérifiée, pour autant qu'une disposition d'exception ne soit pas applicable.

S'agissant de comptes/dépôts globaux destinés à la gestion de plans de participation pour les collaborateurs d'une société, il y a lieu de vérifier uniquement l'identité de la société elle-même, dès lors que les droits de participation sont gérés sur un compte/dépôt global ouvert au nom de la société.

La notion de «valeurs mobilières» s'entend au sens de l'art. 2, lit. b LIMF, qui en donne la définition suivante: «les papiers-valeurs, les droits-valeurs, les dérivés et les titres intermédiés standardisés susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché». La notion d'«opérations de négoce» s'entend au sens de l'art. 1 LBVM, à savoir l'exercice du commerce des valeurs mobilières à titre professionnel.

Pour la définition des opérations de caisse, nous renvoyons à l'art. 2, lit. b OBA-FINMA. On entend par «opération de caisse» toute transaction au comptant, en particulier le change, l'achat et la vente de métaux précieux, la vente de chèques de voyage, la libération en espèces de titres au porteur, d'obligations de caisse et d'emprunts obligataires, l'encaissement au comptant de chèques, pour autant qu'aucune relation d'affaires durable ne soit liée à ces transactions.

Selon la pratique de la Commission de surveillance, les versements ou retraits au comptant effectués en relation avec des comptes/livrets ouverts auprès d'une autre banque sont considérés comme des opérations de caisse, y compris lorsque cette autre banque est la société mère (voir Rapport d'activité 2005-2010, V.1.2.11, p. 19-20). L'art. 19 demeure toutefois applicable. La Commission de surveillance a de plus retenu que «le critère décisif pour qualifier une opération financière d'opération de caisse n'est pas le fait que son exécution ait eu lieu au comptant (au sens d'une réception, respectivement transmission physique, d'un bien patrimonial)». La caractéristique d'une opération de caisse est bien plutôt qu'il s'agit d'une prestation de service ponctuelle non constitutive d'une relation d'affaires durable. «Les opérations de caisse se définissent ainsi comme celles qui ne sont pas effectuées au moyen d'un compte existant du client et qui ne résultent pas d'une autre relation entre la banque et le client, avec cette conséquence qu'il n'y a pas de documentation qui permettrait d'identifier le client ainsi que de reconstituer l'origine et la destination des biens patrimoniaux en cause.» (voir Rapport d'activité 2005-2010, V.1.2.15, p. 21).

Enfin, la Commission de surveillance a précisé qu'«une opération de caisse doit être qualifiée en tant que telle même lorsqu'elle est effectuée par un client déjà existant. Le fait que le client ait déjà été identifié précédemment signifie que l'on peut certes renoncer à renouveler la procédure de vérification de l'identité du cocontractant. Par contre, il y a lieu dans tous les cas de recueillir une déclaration concernant l'ayant droit économique.» (voir Rapport d'activité 2005-2010, V.1.2.16, p. 22).

Entre aussi dans la définition des opérations de caisse l'échange d'espèces dans la même monnaie aux fins d'obtenir d'autres coupures. En pratique, pour les opérations de caisse, le principe est que l'on vérifie l'identité de la personne qui effectue la transaction au comptant au guichet, laquelle est réputée être le cocontractant.

Les transactions sur le marché des capitaux, notamment celles visant à placer des valeurs mobilières auprès d'investisseurs (p. ex. «selling shareholder» dans le cadre d'un «initial public offering»), ainsi que les cas où la banque intervient en tant qu'agent payeur et/ou émetteur ou dans une fonction analogue, ne relèvent pas de la notion d'opération de négoce telle que définie à l'art. 4, al. 2, lit. f.

Lorsqu'une personne, dont l'identité a été correctement vérifiée dans le cadre d'une relation d'affaires existante, étend ses relations d'affaires avec la banque, il n'y a pas lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de son identité. Selon la pratique de la Commission de surveillance, cela vaut également lorsque dans l'intervalle, les exigences de la CDB en matière d'identification du client sont devenues plus strictes, à condition toutefois que la première vérification d'identité ait été effectuée en conformité avec les règles de la Convention de diligence alors en vigueur (voir Rapport d'activité 2005-2010, V.1.2.10, p. 19). En revanche, lorsqu'une personne dont l'identité avait été correctement vérifiée a clôturé sa relation d'affaires, il y a lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de son identité lorsqu'elle rétablit une relation d'affaires avec la banque. Constituent une exception les relations d'affaires qui ont été résiliées et clôturées à l'initiative de la banque («forced exit»), mais doivent ensuite être réouvertes (réactivées) parce que les fonds transférés sont recredités (p. ex. en raison d'instructions de paiement incomplètes ou erronées ou lorsqu'un chèque émis par la banque n'est pas encaissé). En pareil cas, il n'y a pas lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de l'identité du cocontractant et à l'identification des ayants droit économiques. Ces comptes réactivés doivent toutefois être bloqués pour toutes autres entrées de fonds.

Lorsque, dans le cadre d'une relation d'affaires préexistante, l'identité d'une personne agissant en qualité de «Eröffner» a déjà été vérifiée de manière formelle, il n'y a pas lieu de vérifier une nouvelle fois son identité si cette personne établit une relation d'affaires pour son propre compte. En revanche, lorsque l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires a été simplement vérifiée au sens de l'art. 15, cette formalité n'est pas suffisante pour justifier que l'on renonce à vérifier son identité lors de l'établissement d'une relation d'affaires pour son propre compte.

Le terme «correctement» se réfère aux obligations de diligence en vigueur au moment où la relation d'affaires a été établie. L'identité est donc réputée correctement vérifiée si les dispositions de la CDB en vigueur au moment où la relation d'affaires a été établie ou, alternativement, les dispositions de la CDB actuellement en vigueur, ont été respectées (*lex mitior*).

La décision en vertu de laquelle il n'a pas été procédé une nouvelle fois à la vérification de l'identité n'a pas à être spécifiquement documentée. L'obligation de mise en sûreté au sens de l'art. 44 est remplie lorsqu'il ressort du dossier que l'identité de la personne a déjà été vérifiée (p. ex. lorsque les documents y relatifs sont disponibles au sein de la banque ou dans le système informatique de la banque). D'éventuelles obligations de répéter l'accomplissement des obligations de diligence au sens de l'art. 46 demeurent réservées.

S'agissant des relations de crédit, on distingue en principe trois types de crédit: l'opération (bilatérale) de crédit, le crédit syndiqué et la sous-participation à des crédits syndiqués.

- L'opération (bilatérale) de crédit est en général une prestation de service financier qui entre dans le champ de la LBA, dans la mesure où elle comporte le risque que des fonds d'origine criminelle soient utilisés pour rembourser le capital et payer les intérêts du crédit. La Commission de surveillance a confirmé l'application de la CDB aux relations de crédit (voir Rapport d'activité 1995-1997, C.1.i, p. 11). Dès lors, envers tout preneur de crédit, les obligations de diligence que sont la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification de l'ayant droit économique et/ou du détenteur du contrôle incombent à la banque.
- La situation initiale étant la même pour les crédits syndiqués que pour les relations (bilatérales) de crédit susmentionnées (rapport contractuel direct entre la banque et le preneur de crédit), ce type d'opération est également soumis à la LBA et la CDB s'applique. Cela vaut à la fois lorsque la banque est chef de file du syndicat et dans les cas où elle ne fait qu'y participer.
- La situation initiale est différente en cas de participation / sous-participation a posteriori à des crédits ou à des opérations bilatérales de crédit. Une participation / sous-participation peut résulter (1) d'une adhésion a posteriori du fournisseur de crédit au contrat de crédit, dès lors qu'une telle adhésion est prévue dans le contrat de crédit ou que le preneur de crédit y consent (ce qui ramène à la situation d'un crédit syndiqué décrite ci-dessus); ou (2) de la conclusion d'un contrat de sous-participation entre le fournisseur de crédit initial et le fournisseur de crédit adhérent, le premier cédant au second par déclaration séparée toutes les créances résultant du contrat de crédit au prorata de la sous-participation (dès lors que cette cession n'est pas notifiée au preneur de crédit pendant la durée du contrat, on parle de cession «tacite»); ou (3) de la conclusion d'un contrat de sous-participation sans cession partielle de la créance du crédit, le fournisseur de crédit adhérent ayant la possibilité de participer au contrat de crédit au prorata (et donc de se voir verser par le

fournisseur de crédit initial une quote-part des intérêts, marges et commissions résultant du contrat de crédit) ou de limiter sa participation à une éventuelle défaillance de crédit (et donc de se voir verser par le fournisseur de crédit initial une partie de la marge au titre de cette «assurance de crédit»). Dans le cas de la variante 2 comme dans celui de la variante 3, il n'y a pas de rapport contractuel direct avec le preneur de crédit, et donc pas de relation d'affaires directe. Dès lors, il n'y a pas lieu de vérifier formellement l'identité du preneur de crédit, ni d'identifier l'ayant droit économique et/ou le détenteur du contrôle.

Art. 5 Livrets d'épargne au porteur

La règle en vigueur, qui interdit l'ouverture de nouveaux livrets d'épargne au porteur, est maintenue. Les livrets d'épargne au porteur existants doivent être annulés lors de leur première présentation physique.

Art. 6 Obligation de procéder à la vérification de l'identité sans égard au montant impliqué dans la relation d'affaires

L'art. 6, al. 1 prévoit que l'identité du cocontractant doit être vérifiée y compris lors d'opérations portant sur un montant inférieur aux seuils de 25'000 francs définis à l'art. 4, al. 2, lit. f et g, lorsqu'il y a tentative de contourner cette exigence. Tel est par exemple le cas lorsqu'un montant est réparti sur plusieurs transactions («smurfing»).

Aux termes de l'art. 6, al. 2, les seuils minimaux définis à l'art. 4, al. 2, lit. f et g sont également non pertinents en présence d'indices laissant à penser que les valeurs patrimoniales sont liées au blanchiment d'argent ou au financement du terrorisme. Il doit toutefois s'agir d'indices selon lesquels les valeurs patrimoniales pourraient provenir de l'une des sources visées à l'art. 9, al. 1 LBA. Tel est le cas lorsque des valeurs patrimoniales sont liées à une infraction visée à l'art. 305^{bis} CPS, proviennent d'un crime au sens de l'art. 10, al. 2 CPS ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis}, chiffre 1^{bis} CPS, sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} CPS ou servent au financement du terrorisme au sens de l'art. 260^{quinquies}, al. 1 CPS.

Art. 7 Données à consigner

En raison des nouvelles exigences internationales et des obligations de clarification en résultant, les banques ont besoin d'informations fondées sur les relations d'affaires qu'elles gèrent ainsi que sur leurs cocontractants. Afin de créer une base appropriée pour les clarifications subséquentes à effectuer, le catalogue existant des données à consigner a été reformulé plus clairement.

En ce qui concerne l'adresse de domicile des personnes physiques, il a été précisé qu'il devait s'agir de l'adresse effective du domicile du cocontractant. En vertu de l'art. 23 CC, celle-ci est réputée se trouver au lieu où le cocontractant réside avec l'intention de s'y établir.

Lorsque le cocontractant est une personne morale, il y a lieu de consigner l'adresse effective de son siège. Pour la déterminer, on peut se baser en priorité sur les documents d'identification (en règle générale un extrait du Registre du commerce) fournis par le cocontractant dans le cadre du processus de vérification de son identité. Alternativement, la banque peut aussi retenir comme adresse effective du siège le lieu où la personne morale a son administration effective. Selon la pratique, le lieu de l'administration effective d'une société est celui où elle a son centre économique et opérationnel, et/ou celui où s'exerce la direction. Le critère déterminant à cet égard est la conduite des affaires courantes dans le cadre de l'objet social; en cas de pluralité de lieux, c'est le lieu principal où s'exerce la direction qui prévaut (voir aussi à cet égard ATF 2C_1086/2012).

Il existe des pays dans lesquels les dates de naissance ou les adresses de domicile/de siège ne sont pas utilisées, de sorte que la banque n'est pas en mesure de collecter et de consigner ces données. La CDB précise qu'en pareil cas, elle n'est pas tenue de le faire et n'enfreint donc pas la CDB.

Pour déterminer l'adresse effective du domicile ou du siège du cocontractant, la banque peut en principe se fier aux indications fournies par ce dernier. Elle n'est tenue de procéder à des clarifications complémentaires qu'en présence d'anomalies, conformément à une approche fondée sur le risque.

Dans la mesure où, pour les personnes physiques, il y a lieu de verser au dossier une copie d'un document d'identification officiel, le moyen utilisé pour vérifier l'identité résulte de la copie et n'a pas à être consigné spécifiquement. Lorsqu'une personne physique a plusieurs nationalités, il est suffisant de

verser au dossier la copie d'un seul document d'identification officiel Les autres nationalités n'ont pas à être documentées par écrit en sus.

Selon la logique de la CDB, l'obligation de constituer un dossier complet de vérification de l'identité concerne les cocontractants avec lesquels une relation d'affaires est effectivement établie (voir art. 4).

Art. 8 Vérification de l'identité d'une autre manière appropriée

Cette disposition règle les cas particuliers où l'identité d'un cocontractant ne peut pas être vérifiée de la manière prescrite, parce que les documents requis ne peuvent pas être fournis. En pareille situation, la banque peut se faire remettre d'autres documents probants et les verser au dossier. Elle dispose à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. En outre, la banque doit établir une note au dossier justifiant cette procédure exceptionnelle.

L'art. 8 s'applique par analogie à la vérification de l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires («Eröffner», art. 15).

Section 2 Personnes physiques

Art. 9 Vérification de l'identité lorsque la personne se présente à la banque

L'expression utilisée à l'art. 9 («lorsque la personne se présente à la banque») se réfère à la situation dans laquelle il y a eu un contact personnel entre le client et le représentant de la banque et que l'identité a été vérifiée à cette occasion. Ce contact personnel peut avoir lieu dans les locaux de la banque ou ailleurs.

La copie du document d'identification officiel ne doit pas nécessairement être faite en même temps que la vérification de l'identité du cocontractant. Si une copie d'un document d'identification officiel est faite avant que la personne se présente à la banque, elle doit être vérifiée par comparaison avec l'original au plus tard lorsque la personne se présente à la banque. Si la copie d'un document d'identification officiel n'est faite qu'après que la personne se soit présentée à la banque, les dispositions de l'art. 10 (Vérification de l'identité lorsque la relation d'affaires est établie par correspondance) sont applicables. Voir aussi à ce sujet le commentaire concernant l'obligation de mise en sûreté sous art. 44.

Par «copie» d'un document d'identification officiel, on n'entend pas nécessairement une photocopie. Le document d'identification officiel peut aussi, par exemple, être photographié ou scanné, puis versé au dossier sous forme d'impression papier, pour autant que les données personnelles soient lisibles et que le cocontractant soit reconnaissable sur la photo.

L'art. 9 ne fournit pas une liste exhaustive des documents d'identification officiels autorisés. La décision à cet égard continue de relever de la compétence et de l'appréciation de chaque banque, de sorte qu'il peut être tenu compte de situations spécifiques dans le cadre d'une approche fondée sur le risque. De même, il appartient à chaque banque de décider, selon son appréciation, des modalités d'acceptation des documents d'identification officiels dont la date de validité est dépassée.

Ne sont admissibles que les documents d'identification officiels comportant une photographie de la personne dont on vérifie l'identité. En principe, cette personne doit être reconnaissable sur la photo figurant sur la copie du document concerné. Dans la mesure où, pour certains documents d'identification officiels et pour des raisons techniques, il n'est pas possible de faire une copie où le titulaire dudit document soit reconnaissable sur la photo (p. ex. certains documents d'identification officiels comprennent des éléments anti-copie qui rendent toute copie de la photo impossible, pour les protéger contre la falsification), il peut être renoncé à l'exigence de reconnaissabilité, dans des cas exceptionnels et dûment justifiés.

Dans le cadre de la vérification de l'identité, les données à consigner sont celles énumérées à l'art. 7.

La vérification de l'identité par vidéo est assimilée à la vérification de l'identité en présence de la personne à la banque, pour autant que les principes énoncés dans la Circulaire FINMA 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne » soient respectés.

Art. 10 Vérification de l'identité lorsque la relation d'affaires est établie par correspondance

Selon la pratique de la Commission de surveillance, le fait qu'il n'y ait pas eu de rencontre personnelle entre la banque et le cocontractant suffit pour considérer qu'une relation d'affaires a été établie par correspondance. Lorsqu'une relation d'affaires est établie par correspondance, l'adresse de domicile indiquée doit être vérifiée par un échange de correspondance ou par un autre moyen équivalent. L'envoi d'un courrier ordinaire (A ou B) suffit pour la vérification du domicile au sens du présent article; une «lettre signature» n'est pas requise.

La vérification de l'identité lorsque la relation d'affaires est établie par correspondance, et la certification de conformité par un tiers qu'elle implique, doit être distinguée de la vérification de l'identité par un délégataire. La vérification de l'identité par un délégataire n'est possible qu'entre présents. A l'inverse, il n'y a pas délégation de la vérification de l'identité lorsque le cocontractant est identifié par correspondance, nécessitant qu'un tiers certifie conforme la copie de document d'identité officiel transmise. C'est la raison pour laquelle une convention écrite n'est pas nécessaire entre la banque et le tiers qui émet cette attestation de conformité.

Aux fins de la vérification de l'adresse de domicile, est réputée constituer un moyen équivalent à l'échange de correspondance, notamment, la remise d'une attestation officielle de domicile. Dans le cadre de la vérification de l'identité lorsque la relation d'affaires est établie par correspondance, les données à consigner sont celles énumérées à l'art. 7.

Lorsqu'une relation d'affaires est établie par correspondance, les principes relatifs à la vérification d'identité en ligne énoncés à la section IV.B de la Circulaire FINMA 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne » sont réputés constituer une alternative aux mesures de vérification de l'identité prévues par l'art. 10.

Art. 11 Emetteurs d'attestations d'authenticité

Lorsqu'une relation d'affaires est établie par correspondance, ce ne sont pas les originaux, mais des copies des documents d'identification requis qui sont présentées à la banque. Aussi leur conformité avec l'original doit-elle être certifiée. L'authenticité peut être attestée au moyen d'une seule signature (l'utilisation de la signature collective n'est pas nécessaire). La vérification de la signature de la personne qui atteste l'authenticité du document n'est pas nécessaire.

La notion d'«intermédiaire financier» au sens de l'art. 11, al. 1, lit. b comprend les intermédiaires financiers suisses au sens de l'art. 2, al. 2 et 3 LBA, ainsi que les intermédiaires financiers dont le siège est à l'étranger et qui sont assujettis à une surveillance et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (voir art. 33, al. 2 et 3).

Aux termes de l'art. 11, al. 1, lit. b, la banque peut aussi accepter une attestation d'authenticité émise par une banque correspondante, un autre intermédiaire financier (p. ex. la Poste et les CFF) ou un avocat autorisé à exercer en Suisse. Sont réputés autorisés à exercer en Suisse les avocats inscrits dans un registre cantonal des avocats. La banque peut refuser une attestation d'authenticité selon son appréciation (p. ex. si elle la juge peu crédible). La notion d'«intermédiaire financier» au sens de l'art. 11, al. 1, lit. b inclut aussi les filiales appartenant à une banque correspondante ou à un intermédiaire financier. Dès lors, l'authenticité de la copie du document d'identification peut aussi être attestée par une telle société, même s'il ne s'agit pas d'un intermédiaire financier mais, par exemple, d'une société *trustee* (*corporate trustee*) qui offre des services en relation avec la constitution et l'administration de *trusts*.

Il est de la compétence et il relève de l'appréciation de chaque banque d'accepter ou pas les attestations notariées habituellement émises à l'étranger (p. ex. les affidavits). Les avocats autorisés à exercer à l'étranger peuvent être assimilés aux instances publiques au sens de l'art. 11, al. 1, lit. c, dès lors qu'ils sont habilités à émettre des attestations d'authenticité par le droit étranger. Les Autorités cantonales de protection de l'adulte et de l'enfant (APAE) sont réputées être des instances publiques au sens de l'art. 11, al. 1, lit. c.

En vertu de l'art. 11, al. 2, la vérification de l'identité peut également être effectuée au moyen d'autres procédés appropriés permettant d'établir des attestations d'authenticité.

L'utilisation de copies électroniques des pièces d'identité est régie par les principes énoncés à la section IV.B de la Circulaire FINMA 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne ».

Section 3 Personnes morales et sociétés de personnes

La CDB 16 emploie les notions de «personnes morales» et de «sociétés de personnes» au sens qu'elles ont en droit civil suisse (voir en particulier les art. 52 et suivants CC ainsi que les art. 530 et suivants CO).

La vérification de l'identité des raisons individuelles inscrites au Registre du commerce peut être effectuée selon les dispositions applicables aux personnes physiques ou, alternativement, selon les règles applicables aux personnes morales et aux sociétés de personnes.

Les dispositions relatives à la vérification de l'identité des personnes morales et des sociétés de personnes valent pour les cocontractants domiciliés en Suisse et, par analogie, pour les cocontractants domiciliés à l'étranger. Ces dispositions sont également applicables, par analogie, aux cocontractants régis par le droit public (p. ex. les corporations et établissements de droit public).

S'agissant de l'établissement de relations d'affaires avec des personnes morales et des sociétés de personnes, la CDB ne distingue pas entre vérification de l'identité lorsque la personne se présente à la banque et vérification de l'identité lorsque la relation d'affaires est établie par correspondance. Le fait que les personnes qui établissent la relation d'affaires aient été physiquement présentes ou absentes lors de l'ouverture de celle-ci n'est déterminant qu'en ce qui concerne les modalités de vérification de l'identité desdites personnes («Eröffner», art. 15, al. 1 et 2).

Art. 12 Vérification de l'identité en cas d'inscription au Registre suisse du commerce ou dans un Registre étranger équivalent

Les bases de données tenues par une autorité de surveillance ou par une entreprise privée reconnue au sens de l'art. 12 sont par exemple: Teledata, Creditreform, Intrum Justitia, Dun & Bradstreet, Deltavista, le «Register for certificates of good standing», le site Internet de l'Office fédéral du registre du commerce (www.zefix.ch), ainsi que les répertoires officiels des intermédiaires financiers surveillés publiés sur les sites Internet des autorités de surveillance étrangères.

Art. 13 Vérification de l'identité en cas d'absence d'inscription au Registre suisse du commerce ou dans un Registre étranger équivalent et vérification de l'identité des autorités

L'identité des personnes morales et des sociétés de personnes non inscrites dans un Registre du commerce peut être vérifiée, par exemple, au moyen des documents constitutifs, de l'acte de fondation, d'une attestation de la société d'audit, d'un «*certificate of incumbency*», d'un «*certificate of good standing*», d'un «*certificate of incorporation*» ou d'une autorisation d'exercer une activité professionnelle délivrée par une autorité. Selon la pratique de la Commission de surveillance, l'identité des personnes morales non inscrites dans un Registre du commerce peut également être vérifiée au moyen de statuts non signés (voir Rapport d'activité 2005-2010, V.1.2.7, p. 18).

S'agissant de la notion d'«autorités», nous renvoyons aux commentaires relatifs à l'art. 23.

Cas particuliers:

- **Communautés de copropriétaires par étages**

L'identité des communautés de copropriétaires par étage est vérifiée sur la base d'un extrait du Registre foncier. Alternativement, cette vérification peut être effectuée sur la base d'une copie simple du règlement d'organisation de la copropriété par étages, ainsi que de l'extrait du procès-verbal dont il ressort que l'administrateur a le pouvoir de disposition sur le compte. L'extrait du procès-verbal n'est pas requis lorsque la vérification a été effectuée sur la base d'un extrait du Registre foncier. L'art. 15 n'est pas applicable aux communautés de copropriétaires par étages.

- **Communautés de copropriétaires par étages inscrites au Registre foncier**

Les règles sur les communautés de copropriétaires par étages (voir ci-dessus) s'appliquent par analogie aux communautés de copropriétaires inscrites au Registre foncier.

- **Produits de prévoyance liée**

S'agissant des produits de prévoyance liée (p. ex. comptes de pilier 3a), le cocontractant de la banque est l'institution de prévoyance. Il y a donc lieu de vérifier l'identité de cette dernière (et non celle des bénéficiaires eux-mêmes).

Art. 14 Date de l'extrait du Registre du commerce ou du document d'identification équivalent

La CDB ne contient aucune exigence particulière en ce qui concerne le contenu de ces documents. Font foi la législation, la réglementation et la pratique dans l'Etat concerné.

En général, les associations ne sont pas inscrites au Registre du commerce et ne font pas l'objet d'une révision par une société d'audit. Leur identité ne peut donc être vérifiée que sur la base des statuts ou d'autres documents associatifs. Dans la mesure où ces documents reflètent encore la situation actuelle, ils peuvent être acceptés y compris lorsqu'ils datent de plus de douze mois. En revanche, lorsqu'une association est inscrite au Registre du commerce, l'extrait du Registre du commerce produit ne doit pas dater de plus de douze mois.

Selon la pratique de la Commission de surveillance, une copie simple de l'extrait du Registre du commerce ou d'une pièce de légitimation équivalente peut être utilisée pour vérifier l'identité d'une personne morale ou d'une société de personnes (voir Rapport d'activité 1998-2001, ch. 1 lit. I, p. 12). Il convient de s'en tenir à cette pratique, qui a fait ses preuves.

Art. 15 Vérification de l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires et prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant

Il y a lieu de vérifier l'identité de la personne morale ou de la société de personnes pour laquelle une relation d'affaires est établie. La vérification de l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires («Eröffner») peut s'effectuer au moyen d'une copie d'un document d'identification officiel au sens de l'art. 9 ou d'une copie certifiée conforme d'un document d'identification au sens de l'art. 10. Sont réputées être les personnes qui établissent la relation d'affaires celles qui représentent la société envers la banque lors de l'ouverture du compte et qui signent les documents correspondants. Lorsqu'une personne morale établit une relation d'affaires en qualité de représentante d'une autre personne morale, il y a lieu de vérifier l'identité des personnes physiques qui agissent pour cette personne morale. Les personnes physiques concernées sont toujours celles qui agissent effectivement au moment de l'établissement de la relation d'affaires.

Les données visées à l'art. 7, al. 1 n'ont pas à être consignées pour les personnes physiques qui établissent une relation d'affaires pour une personne morale ou une société de personnes («Eröffner»).

Il n'y a pas lieu de vérifier l'adresse de domicile de la personne qui établit la relation d'affaires («Eröffner»), dans la mesure où la CDB prévoit des règles spécifiques quant à la vérification de son identité. Le «Eröffner» ne devient pas cocontractant. Lorsqu'une telle personne («Eröffner») établit elle-même une relation d'affaires à son nom, son identité doit être vérifiée selon les règles des art. 9 et suivants, sauf si son identité a déjà été vérifiée lors de l'établissement d'une relation d'affaires antérieure (art. 4, al. 3).

Sont considérées comme ayant le pouvoir d'engager le cocontractant au sens de l'art. 15, al. 3 les personnes qui agissent au nom de la personne morale pour établir la relation d'affaires avec la banque, à savoir les organes de la personne morale, les personnes en son sein qui disposent d'un pouvoir de signature (individuel ou collectif) et les tiers au bénéfice d'un pouvoir de représentation (voir aussi art. 3, al. 1 LBA).

Un extrait du Registre du commerce, par exemple, permet de prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant. D'autres documents contenant des informations à cet égard peuvent également être utilisés (p. ex. procurations d'organes de la société en faveur d'autres personnes, extrait d'un règlement interne, liste de signatures autorisées, «*certificate of incumbency*», etc.). L'exigence de l'art. 15, al. 3 peut aussi être remplie en versant au dossier une copie simple des documents pertinents de la société (p. ex. statuts, règlement d'association, procès-verbaux d'assemblée générale et de conseil d'administration, programmes annuels contenant des dispositions relatives aux pouvoirs de signature et à la compétence de nommer des personnes autorisées à signer, mais

également procurations d'organes de la société en faveur de tiers, etc.). L'identité et la légitimation des signataires de ces documents (p. ex. «*company secretary*») n'ont pas à être vérifiées, ni documentées plus avant par la banque. L'objectif est de savoir qui sont les personnes qui se présentent à la banque comme ayant le pouvoir d'engager le cocontractant.

En vertu de l'obligation de documentation et de mise en sûreté (voir art. 44), le fait que l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires a bien été vérifiée doit être documenté (conservation du document correspondant dans le dossier du client et/ou enregistrement dans le système de la banque). A cet effet, il y a lieu de verser au dossier une copie simple du document dont résulte le pouvoir de représenter le cocontractant. La documentation de la prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant n'est soumise à aucune exigence de forme.

La personne qui établit la relation d'affaires ne doit pas être inscrite au registre des fondés de procuration, sauf si elle bénéficie en outre d'un pouvoir de signature dans le cadre de la relation d'affaires (voir art. 39, lit. c OBA-FINMA).

L'art. 15, al. 4 prévoit des règles spéciales concernant la vérification de l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires et la documentation des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant, lorsque la relation d'affaires est établie avec un intermédiaire financier suisse ou étranger au sens des art. 24 ou 33. Cela résulte du fait que les transactions entre banques, notamment, sont soumises à des normes particulières. Il est fréquent que des listes de signatures autorisées soient échangées sans que des personnes n'interviennent en tant que «Eröffner» au sens de l'art. 15, al. 1 et 2. Les transactions sont exécutées via des systèmes électroniques de négoce et de clearing (p. ex. SWIFT ou SIC). La vérification de l'identité du cocontractant s'effectue alors par échange de clés, sans que des personnes visées à l'art. 15, al. 1 et 2 n'interviennent. L'art. 14, al. 4 prévoit donc expressément que, lorsque le cocontractant est un intermédiaire financier assujéti à une surveillance en vertu d'une loi spéciale au sens des art. 24 et 33, la banque peut, en lieu et place de la procédure définie à l'art. 15, al. 1 à 3, se fonder sur une liste de signatures autorisées, ou recourir à un échange de clés électroniques ou à tout autre moyen usuel dans les affaires.

Art. 16 Vérification de l'identité dans le cas de sociétés simples, de sociétés en cours de constitution et de *trustees*

Pour les sociétés simples, la règle spéciale de l'art. 16 s'applique. Elles ne sont pas des personnes morales, ne peuvent pas contracter en leur propre nom et ne sont pas inscrites au Registre du commerce.

Lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec une société simple, la banque peut, à son choix, (i) vérifier l'identité de tous les associés ou (ii) vérifier l'identité d'au moins l'un des associés ainsi que celle des personnes disposant d'un pouvoir de signature envers la banque. L'art. 16, al. 1, lit. c prévoit un allègement pour les sociétés simples poursuivant un but idéal: dans ce cas, la banque peut se contenter de vérifier seulement l'identité des personnes qui disposent d'un pouvoir de signature envers elle.

La possibilité de choix prévue à l'art. 16, al. 1 vise à permettre à la banque de procéder aux vérifications d'identité en fonction de la forme, du but et du nombre d'associés de la société simple concernée (p. ex. dans le cas d'études d'avocats).

A titre d'exemples de sociétés simples poursuivant un but idéal au sens de l'art. 16, al. 1, lit. c, on peut citer les caisses communes de clubs de jass (jeux de cartes), de fanfares, de classes scolaires.

L'identité des associés et/ou des personnes disposant d'un pouvoir de signature doit être vérifiée conformément aux règles prévues aux art. 9 et suivants (Personnes physiques) et/ou aux art. 12 et suivants (Personnes morales et sociétés de personnes).

Si une personne morale ou une société de personnes dispose d'un pouvoir de signature pour la relation d'affaires établie au nom d'une société simple, il convient de vérifier l'identité de cette personne morale ou société de personnes (et non celle de la personne physique qui la représente). L'art. 15 ne s'applique pas, car l'établissement d'une relation d'affaires avec une société simple est régi par les dispositions de l'art. 16 (*lex specialis*).

Les communautés héréditaires sont à qualifier de sociétés simples au sens du droit civil. Si une relation d'affaires existait avec le de cujus, la banque avait vérifié son identité en qualité de cocontractant. En

vertu du principe de la succession universelle, les héritiers deviennent parties à la relation d'affaires avec la banque. Les règles relatives à la vérification de l'identité du cocontractant dans le cas de sociétés simples ne s'appliquent que si une nouvelle relation d'affaires est établie avec une communauté héréditaire.

Les fonds affectés à un but particulier et sans organisation propre (p. ex. dons en cas de catastrophe, etc.) peuvent être traités, par analogie, comme les sociétés simples.

Si un compte a été ouvert en vue de constituer une société anonyme ou une société à responsabilité limitée et d'en libérer le capital, il y a lieu de vérifier l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires conformément à l'art. 15. En effet, ces sociétés en constitution doivent certes être traitées comme des sociétés simples du point de vue du droit civil, mais personne ne dispose d'un droit de signature sur les comptes de consignation. Ceux-ci doivent même être bloqués, afin que le certificat de dépôt des apports en espèces exigé par la loi puisse être établi à l'intention de l'assemblée constitutive. Le capital n'est libéré qu'après remise d'une preuve de la nomination des organes de la société nouvellement constituée. Une fois la société constituée, lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec elle, la banque doit vérifier son identité conformément aux art. 12 et suivants. Lors d'une augmentation de capital, le cocontractant dispose déjà de la personnalité juridique, de sorte que l'art. 16, al. 2 ne s'applique pas. Il convient de procéder à la vérification de l'identité conformément aux art. 12 et suivants.

Dans le cadre d'une relation d'affaires avec un *trust*, le cocontractant de la banque est le *trustee*. Ce dernier peut être soit une personne physique, soit une personne morale ou une société de personnes, et son identité doit être vérifiée en conséquence. Le *trust* lui-même ne peut pas être le cocontractant de la banque. Il appartient au *trustee* de confirmer à la banque, par écrit ou par un moyen électronique approprié, qu'il dispose du pouvoir d'établir une relation d'affaires au nom du *trust*. Cette confirmation peut être donnée par exemple, au moyen du formulaire T. Elle peut être valablement remplacée par une *legal opinion*. Elle n'est soumise à aucune exigence de forme. Aucune preuve supplémentaire du pouvoir d'établir une relation d'affaires au nom du *trust* n'est nécessaire.

En pratique, des sociétés de domicile détenues par des *trusts* ou des fondations (appelées «*underlying companies*» et dont les actions font partie de la fortune du *trust* ou de la fondation) établissent également des relations d'affaires avec des banques. En pareil cas, il convient de vérifier l'identité de la société de domicile, qui est le cocontractant de la banque. Il n'existe pas de relation d'affaires avec le *trust* ou la fondation dans ce cas. L'art. 16, al. 3 ne s'applique donc pas.

Art. 17 Personnes morales, sociétés de personnes et autorités notoirement connues

L'art. 17 décrit les modalités de vérification de l'identité des personnes morales, sociétés de personnes et autorités notoirement connues. Cette règle spéciale prévaut sur toutes les prescriptions des art. 12 à 15. Lorsqu'une personne morale est notoirement connue, la procédure prévue aux art. 12 et suivants est remplacée par une note au dossier attestant de cette notoriété. Cette note n'est soumise à aucune exigence de forme. Il peut s'agir par exemple d'une note de dossier, mais aussi d'une capture d'écran imprimée, où l'on voit la personne morale mentionnée comme société cotée sur le site Internet d'une bourse.

En Suisse, on entend par «autorités» les autorités fédérales, cantonales et communales, ainsi que leurs établissements et corporations de droit public. Les corporations, établissements et fondations de droit public sont réputés être des autorités s'ils disposent d'une base légale et accomplissent une mission d'intérêt public. En ce qui concerne les autorités étrangères, cette notion d'«autorités» se définit selon le droit étranger applicable en l'espèce.

Section 4 Formes particulières de vérification de l'identité

Art. 18 Compte ouvert pour un mineur, compte de garantie de loyer

Lorsqu'un compte, un dépôt ou un livret est ouvert au nom d'un mineur par une tierce personne majeure, plus aucun seuil chiffré ne figure dans la règle spéciale qui prévoit un allègement de la vérification de l'identité du cocontractant (puisque'il n'y a pas lieu de vérifier l'identité du mineur).

Art. 19 Vérification de l'identité au sein du groupe

Pour apprécier l'équivalence de la norme de diligence appliquée, le moment déterminant est celui de l'établissement de la relation d'affaires. Lorsque l'identité d'une personne a déjà été correctement vérifiée par une entité du groupe de la banque, et ce conformément aux prescriptions en vigueur au sein de cette entité, il n'est pas nécessaire de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant lorsque ce dernier établit une relation d'affaires avec une autre entité du groupe. Cet allègement ne vaut que pour les cocontractants existants, dont l'identité a été vérifiée conformément aux dispositions les concernant. Par «entité du groupe», on entend une entité suisse ou étrangère du même groupe. Les établissements bancaires élaborent des règles internes pour le contrôle des documents d'identification. Ces documents doivent en principe être mis à disposition par l'entité du groupe qui a procédé à l'identification du cocontractant. Lorsque le cocontractant met fin à sa relation d'affaires avec une entité du groupe, son dossier client peut rester au sein de l'entité du groupe qui a procédé à la vérification de son identité.

L'art. 19 s'applique également aux fédérations et groupes de banques. Les sièges, succursales, agences et bureaux de représentation ainsi que les sociétés du groupe doivent être traitées, à cet égard, comme faisant partie du groupe. L'art. 19 est ainsi applicable aussi, par exemple, lorsqu'un cocontractant effectue auprès d'une banque un retrait d'espèces au débit de son compte ouvert auprès d'une autre société du même groupe et que les données du client sont disponibles au sein du groupe.

Selon la pratique en vigueur, la réserve formulée à la dernière phrase de l'art. 19 se réfère en particulier à la réglementation applicable en matière de protection des données et de secret bancaire dans les pays concernés. Les copies des documents d'identification du cocontractant ne peuvent être transmises à une autre entité du groupe qu'avec l'accord préalable du cocontractant. A défaut d'accord, la vérification de l'identité du cocontractant doit être répétée.

Chapitre 3: Identification de l'ayant droit économique de personnes morales et de sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle

Dans le cadre des Recommandations révisées du GAFI ainsi que des dispositions de la LBA révisées en conséquence, l'ayant droit économique d'une personne morale ou d'une société de personnes exerçant une activité opérationnelle se définit comme la personne physique qui exerce en dernier lieu un contrôle effectif sur cette personne morale ou cette société de personnes, ou qui la contrôle de fait d'une autre manière reconnaissable.

Il s'agit là d'un nouveau concept qui vise à apporter de la transparence au sujet des ayants droit de sociétés exerçant une activité opérationnelle et non cotées en bourse. C'est en ce sens qu'ont été révisées également les dispositions correspondantes du Code des obligations (voir art. 697i et 697j CO).

Afin de distinguer ce nouveau concept de l'ancien concept d'identification de l'ayant droit économique, la CDB 16 a introduit la notion de détenteur du contrôle pour désigner l'ayant droit économique d'une personne morale exerçant une activité opérationnelle. Un nouveau chapitre de la CDB 16 rassemble les règles relatives à l'obligation d'identification des détenteurs du contrôle. Seules des personnes physiques sont en principe considérées comme détenteurs du contrôle (voir cependant les exceptions prévues aux art. 22 et suivants).

La première section de ce chapitre contient les dispositions générales relatives à l'obligation d'identification des détenteurs du contrôle, tandis que la deuxième section est consacrée aux exceptions à l'obligation d'identification. Ces exceptions concernent les sociétés cotées en bourse et les filiales qu'elles contrôlent en majorité, les autorités, les banques et autres intermédiaires financiers, les sociétés et communautés qui poursuivent exclusivement un but idéal et ne présentent pas de lien avec des pays à risque accru, les sociétés simples ainsi que d'autres communautés comme les communautés de copropriétaires par étages et de copropriétaires.

En ce qui concerne la définition des détenteurs du contrôle et les clarifications à effectuer en vue de leur identification, la CDB 16 reprend les prescriptions formulées dans les Recommandations révisées du GAFI. L'identification des détenteurs du contrôle s'effectue selon un processus en cascade.

On peut détenir des droits de vote ou une participation au capital seul ou de concert (p. ex. au moyen de pactes d'actionnaires). Le processus en cascade prévoit que le cocontractant doit vérifier, en premier lieu, si une personne physique détient au moins 25% de ses droits de vote ou de son capital. Si tel n'est pas le cas, il vérifie, dans un deuxième temps, si une personne physique exerce un contrôle effectif sur lui d'une autre manière reconnaissable. Lorsque le cocontractant indique sur le formulaire K, outre le détenteur du contrôle qui dispose d'au moins 25% des droits de vote ou du capital, un autre détenteur du contrôle qui le contrôle d'une autre manière reconnaissable, la banque peut néanmoins accepter le formulaire, pour autant que les indications fournies soient plausibles. Dans une troisième étape, si les deux premières étapes n'ont permis d'identifier aucun détenteur du contrôle, la/les personne(s) dirigeante(s) du cocontractant est/sont réputée(s) être le(s) détenteur(s) du contrôle.

Divers exemples pratiques figurent en annexe à ce commentaire. Ils permettent de mieux comprendre le concept de détenteur du contrôle et pourront aussi être utiles s'il s'avère nécessaire de plausibiliser les déclarations du cocontractant, notamment pour les structures de participation à plusieurs niveaux. En dernier lieu, ce sont cependant toujours foi les déclarations du cocontractant, fondées sur le registre des actionnaires au porteur et sur les annonces effectuées par les ayants droit économiques auprès de la société.

Section 1 Dispositions générales

Art. 20 Identification des détenteurs du contrôle

1. Généralités

Les nouvelles règles de l'art. 20 (Identification des détenteurs du contrôle) s'appliquent aux personnes morales et sociétés de personnes qui exercent une activité opérationnelle et ne sont pas cotées en bourse. Sont réputées exercer une activité opérationnelle les sociétés qui (contrairement aux sociétés de domicile) exercent une activité de négoce, de fabrication ou de prestation de services.

Lors de l'identification du détenteur du contrôle, en vertu des prescriptions révisées du droit de la société anonyme ainsi que des dispositions analogues de droit étranger, la banque peut considérer que le représentant du cocontractant a accès aux informations requises sur le détenteur du contrôle. La banque peut en principe considérer qu'elles sont exactes. La banque ne doit répéter l'identification du détenteur du contrôle conformément à l'art. 46 que si elle doute de l'exactitude des déclarations faites au moyen du formulaire K ou si des indices manifestes laissent à penser que les indications figurant sur le formulaire ne sont pas correctes.

L'obligation d'identification du détenteur du contrôle ne s'applique pas à la location de compartiments de coffre-fort ni à l'ouverture de comptes de garantie de loyer.

Les transactions sur le marché des capitaux, notamment celles visant à placer des valeurs mobilières auprès d'investisseurs (p. ex. «selling shareholder» dans le cadre d'un «initial public offering»), ainsi que les cas dans lesquels la banque intervient en tant qu'agent payeur et/ou émetteur ou dans une fonction analogue, ne relèvent pas de la notion d'opération de négoce telle que définie à l'art. 20, al. 5, lit. e. A l'ouverture d'un compte de consignment, que ce soit en vue de constituer une société ou de procéder à une augmentation de capital, il n'y a pas lieu de demander une déclaration relative au détenteur du contrôle.

En ce qui concerne les opérations de caisse, la déclaration relative au détenteur du contrôle peut aussi être demandée a posteriori, dans la mesure où la demande en est faite immédiatement après l'exécution de la transaction (voir Rapport sur les résultats de l'audition relative à l'OBA-FINMA du 3 juin 2015).

2. Notion de contrôle (processus de clarification en cascade)

D'une manière générale, on parle de contrôle d'une société lorsque la personne physique qui se trouve derrière cette société en exerce le contrôle effectif, c'est-à-dire notamment lorsqu'elle oriente la politique commerciale et/ou a le pouvoir de désigner les représentants légaux et les organes. Les clarifications à cet égard s'effectuent selon un processus en cascade à trois niveaux:

- ¹ Si le cocontractant est une personne morale ou une société de personnes exerçant une activité opérationnelle, il convient de déterminer dans une première étape s'il existe des personnes physiques ou morales qui détiennent au moins 25% des droits de vote ou du capital du cocontractant, sachant que ce seuil peut être atteint aussi de concert (par exemple au moyen d'un pacte d'actionnaires). S'il existe des personnes physiques répondant à ce critère, le cocontractant doit les identifier au moyen du formulaire K. S'il existe une personne morale qui détient au moins 25% des droits de vote ou du capital du cocontractant, ce dernier doit identifier selon le principe d'imputation les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent la société interposée.
- ² Si le cocontractant ne dispose d'aucun détenteur du contrôle au terme des clarifications de premier niveau, il doit indiquer les personnes physiques qui exercent le contrôle d'une autre manière reconnaissable. Tel peut être le cas d'un patron qui, sans détenir au moins 25% des droits de vote ou du capital, exerce néanmoins le contrôle de fait du cocontractant. Tel peut être le cas également en présence d'un pacte d'actionnaires, lorsque celui-ci permet aux actionnaires concernés d'exercer le contrôle d'une autre manière reconnaissable. Un troisième exemple de contrôle de fait sans détention d'au moins 25% des droits de vote ou du capital est la situation où un prêteur, au moyen du prêt, s'assure une influence dominante sur les décisions prises par la direction du cocontractant.

- ³ Si les clarifications de premier et deuxième niveau ne permettent d'identifier aucun détenteur du contrôle, il y a lieu d'identifier en lieu et place la personne dirigeante. On entend par «personne dirigeante» la personne physique qui exerce la direction effective d'une société. Dans le cadre de l'identification de la personne dirigeante, on peut aussi être amené à identifier plusieurs personnes physiques, par exemple lorsque deux co-gérants exercent ensemble la direction. La personne dirigeante identifiée en lieu et place des détenteurs du contrôle n'exerce pas le contrôle effectif du cocontractant, dans la mesure où elle n'agit in fine que sur mandat du conseil d'administration ou des propriétaires de la société.

3. Contrôle par une participation directe ou indirecte dans la personne morale cocontractante

Les détenteurs du contrôle sont les personnes physiques qui, en dernier lieu, exercent le contrôle effectif de la société en détenant une participation directe ou indirecte dans cette société.

a) Participation directe

Lorsqu'une ou plusieurs personnes physiques détiennent directement au moins 25% des droits de vote ou du capital de la personne morale cocontractante, il y a lieu de les identifier en tant que détenteurs directs du contrôle.

b) Participation indirecte

Une ou plusieurs personnes physiques peuvent prendre une participation indirecte dans la personne morale cocontractante par le biais d'une ou plusieurs sociétés interposées. Dans ce cas, il y a lieu de demander une déclaration relative aux personnes physiques qui se trouvent derrière cette ou ces société(s) interposée(s), qui exercent le contrôle effectif de la dernière société interposée et par là même, de fait, celui du cocontractant.

On parle de contrôle effectif d'une société interposée exerçant une activité opérationnelle lorsqu'une personne physique détient plus de 50% des droits de vote ou du capital de cette société ou exerce le contrôle de cette société d'une autre manière reconnaissable. Les participations détenues par les sociétés interposées sont imputées aux personnes physiques qui, en dernier lieu, exercent le contrôle effectif de ces sociétés interposées (principe d'imputation). Si, en revanche, une société de domicile détient au moins 25% des droits de vote ou du capital du cocontractant, il convient d'indiquer sur le formulaire K tous les ayants droit économiques de cette société de domicile. Si le cocontractant est une personne morale ou une société de personnes exerçant une activité opérationnelle et qu'il déclare que, dans le cadre d'une structure de participation indirecte, au moins 25% des droits de vote ou du capital sont détenus par une fondation ou un *trust*, il lui incombe de fournir les indications visées aux art. 39 à 41. Les dispositions spéciales des art. 33 et 38 s'appliquent par analogie aux intermédiaires financiers, aux formes de placement collectif et aux sociétés de participation qui détiennent le contrôle.

4. Identification du détenteur du contrôle selon les différentes formes de sociétés

En principe, la banque doit se faire remettre un formulaire K pour les formes de sociétés suivantes: société anonyme, société à responsabilité limitée, société en nom collectif, société en commandite, société en commandite par actions, société coopérative, association, ainsi que pour les sociétés étrangères exerçant une activité opérationnelle. Demeurent réservées les exceptions prévues aux art. 22 et suivants. Les développements ci-après précisent les exigences nouvelles ou spécifiques selon les formes sociales.

a) Société anonyme

Une société anonyme exerçant une activité opérationnelle doit confirmer par écrit si, au vu du registre des actionnaires, il existe des personnes détenant une participation d'au moins 25%, et indiquer qui sont les ayants droit des actions (détenteurs du contrôle au sens de l'art. 20, al. 1). En vertu du droit révisé de la société anonyme, elle doit désormais être en possession de ces informations: l'art. 697j, al. 1 CO prévoit ainsi que 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, est tenu d'annoncer dans un délai d'un mois à la société le prénom, le nom et l'adresse de la personne physique pour le compte de laquelle il agit en dernier lieu (ayant droit économique). Sur la base de ces informations et conformément à

l'art. 697I, al. 1 CO, la société tient une liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques annoncés à la société.

Si le cocontractant déclare qu'au vu du registre des actionnaires, il n'existe pas de personnes physiques ou morales qui détiennent au moins 25% des droits de vote ou du capital, il doit déclarer au moyen du formulaire K si d'autres personnes physiques exercent le contrôle d'une autre manière (détenteurs du contrôle au sens de l'art. 20, al. 3). S'il n'existe aucun détenteur du contrôle au sens de l'art. 20, al. 1 et 3, il y a lieu d'identifier en lieu et place la personne dirigeante.

b) Société à responsabilité limitée

A l'image de la société anonyme et en vertu de l'art. 790, al. 1 CO, toute société à responsabilité limitée tient un registre des parts sociales. Quiconque acquiert seul ou de concert avec un tiers des parts sociales et dont la participation, à la suite de cette opération, atteint ou dépasse le seuil de 25 % du capital social ou des voix (art. 790a, al. 1 CO) doit être inscrit au registre.

c) Société coopérative

S'agissant de sociétés coopératives présentant un lien avec un pays à risque, il y a lieu en principe d'identifier les détenteurs du contrôle. Mais comme l'art. 831 CO prescrit un nombre minimum de sept membres, il est fréquent que le seuil d'au moins 25% des droits de vote ou du capital ne soit pas atteint. Dans ce cas, la société coopérative doit déclarer s'il existe un détenteur du contrôle qui exerce le contrôle d'une autre manière. S'il n'en existe pas non plus, il convient d'indiquer en lieu et place la personne dirigeante sur le formulaire K.

d) Association

Dans les associations, il est fréquent que les premier et deuxième niveaux du processus en cascade ne permettent pas d'identifier de détenteur du contrôle, de sorte que le cocontractant indiquera en général la personne dirigeante, c'est-à-dire le président de l'association, sur le formulaire K.

e) Trust

Les règles concernant les *trusts* sont les suivantes: les *corporate trustees* sont exclus de l'obligation d'identification des détenteurs du contrôle. En effet, les Recommandations 24 et 25 du GAFI distinguent clairement entre «*Legal Person*» et «*Legal Arrangement*». Les *trusts* relèvent du «*Legal Arrangement*» selon la Recommandation 25. Cette même Recommandation 25 prescrit toutes les informations à recueillir concernant les *trusts*. La nouvelle exigence de clarification des détenteurs du contrôle désormais imposée par la LBA pour les personnes morales se fonde toutefois (comme le mentionne expressément le message) sur la Recommandation 24 du GAFI, laquelle n'est pas applicable aux *trusts*. Pour ces derniers, les informations pertinentes doivent être recueillies au moyen du formulaire T. Il en résulte que pour les *trustees* (c'est-à-dire les *corporate trustees*), le formulaire K n'est pas requis. La même remarque s'applique aux *insurance wrappers* et au formulaire I.

5. Obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence

Si les conditions de l'art. 46, al. 1, lit. b sont remplies, la banque doit répéter l'identification du détenteur du contrôle.

Art. 21 Données à recueillir

Un nouveau formulaire K a été spécialement élaboré pour l'identification des détenteurs du contrôle. Il se trouve en annexe de la CDB. En lieu et place de ce formulaire, le cocontractant peut aussi produire une confirmation écrite. L'art. 28, al. 4 s'applique par analogie. Les formulaires élaborés par les banques peuvent contenir des formulations propres, différentes de celles du modèle de formulaire K proposé par l'ASB, pour autant que leur contenu soit équivalent. Par analogie avec la pratique de la Commission de surveillance concernant le formulaire A, la banque n'est pas tenue de conserver un exemplaire original du formulaire K (voir la pratique de la Commission de surveillance sous art. 28).

Les données à recueillir par les banques dans le cadre de la CDB correspondent aux dispositions du droit révisé de la société anonyme. Lors de l'identification du détenteur du contrôle, il y a lieu de consigner son adresse effective de domicile. Cela vaut aussi en cas d'identification de la personne dirigeante en lieu et place du détenteur du contrôle (niveau 3 du processus en cascade). L'adresse de domicile indiquée doit être l'adresse effective du domicile du détenteur du contrôle. En vertu de l'art. 23 CC, celle-ci est réputée être au lieu où le détenteur du contrôle réside avec l'intention de s'y établir.

Pour l'identification du détenteur du contrôle, les établissements financiers se fondent sur les déclarations du cocontractant. Ils ne sont tenus de procéder à des clarifications complémentaires qu'en cas de doute quant à l'exactitude des indications fournies par le cocontractant. Si le cocontractant n'indique aucun détenteur du contrôle identifié aux niveaux 1 et 2 du processus en cascade, ni, en lieu et place de celui-ci, la personne dirigeante (niveau 3), il y a lieu de procéder à des clarifications approfondies conformément à l'art. 15 OBA-FINMA («Clarifications complémentaires en cas de risques accrus»).

S'agissant des structures de participation à plusieurs niveaux, la déclaration concerne les personnes physiques qui se trouvent derrière la/les société(s) interposée(s); en d'autres termes, seuls doivent être documentés les détenteurs du contrôle de la dernière société interposée de la chaîne (principe d'imputation).

«Il existe des pays dans lesquels les adresses de domicile ne sont pas utilisées, de sorte que la banque n'est pas en mesure de collecter et consigner ces données. La CDB précise qu'en pareil cas, la banque n'est pas tenue de le faire et n'enfreint donc pas la CDB.

Pour déterminer l'adresse effective du domicile du cocontractant, la banque peut en principe se fier aux indications fournies par ce dernier. Elle n'est tenue de procéder à des clarifications complémentaires qu'en cas d'anomalie, dans le cadre d'une approche fondée sur le risque. La banque peut ajouter a posteriori le numéro de compte/dépôt sur un formulaire K déjà signé. En pratique, en effet, le numéro de compte/dépôt n'est pas encore connu lors de l'établissement de la relation d'affaires (et de la signature concomitante du formulaire K). Le numéro de compte/dépôt est en outre un élément du formulaire K dont décide la banque, et non le client lui-même. Le formulaire K doit donc être considéré comme correctement complété, y compris lorsque le numéro de compte/dépôt n'y figure pas. Les banques utilisent non seulement les termes de «numéro de compte/dépôt», mais aussi d'autres désignations (p. ex. numéro de relation, de client, de partenaire, etc.). Par souci de lisibilité, ces formulations alternatives n'ont pas été intégrées dans le modèle de formulaire. Les banques sont toutefois libres d'insérer dans le formulaire K, en fonction de leurs besoins pratiques, les désignations qui leur conviennent.

Un collaborateur de la banque ou un tiers peut préparer le formulaire K et/ou le compléter sur instructions du cocontractant: en d'autres termes, le formulaire K n'a pas à être complété de la main du cocontractant. Ce dernier devant dans tous les cas confirmer par sa signature l'exactitude des indications fournies dans le formulaire K, il n'y a là rien d'incompatible avec l'esprit de la CDB.

Le formulaire K peut être signé par le cocontractant ou par un fondé de procuration désigné par lui. En ce qui concerne les personnes morales, le formulaire K doit être signé par une personne disposant d'un pouvoir de signature ou par un fondé de procuration muni d'une procuration signée par une personne disposant d'un pouvoir de signature. Ce fondé de procuration peut être une autre personne que celle qui établit la relation d'affaires au sens de l'art. 15. Il appartient à la banque de décider quelles procurations elle accepte. La déclaration du cocontractant relative au détenteur du contrôle peut aussi être fournie par application d'une procédure prévue à la section V de la Circulaire-FINMA 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne ».

Section 2 Exceptions à l'obligation d'identification

Art. 22 Sociétés cotées en bourse

Conformément à l'art. 4, al. 1 LBA, on entend par «sociétés cotées en bourse» les sociétés cotées en bourse ainsi que les filiales détenues majoritairement par de telles sociétés. Une déclaration relative aux personnes qui se trouvent derrière ces sociétés n'est jamais requise. Cela vaut dans le cas où une société cotée en bourse intervient comme cocontractant, mais aussi dans le cas où elle est désignée comme détenteur du contrôle ou ayant droit économique d'une autre société. Le fait qu'une société cotée en bourse figure sur le formulaire K comme détenteur direct ou indirect du contrôle du

cocontractant n'est pas contradictoire avec le principe selon lequel seules les personnes physiques doivent être identifiées comme détenteurs du contrôle. Le formulaire K est réputé correctement complété y compris lorsqu'une société cotée en bourse y figure.

Art. 23 Autorités

La notion d'«autorités» intègre désormais aussi les autorités étrangères. La limitation aux autorités suisses a été supprimée. En Suisse, on entend par «autorités» les autorités fédérales, cantonales et communales, ainsi que leurs établissements et corporations de droit public. Les corporations de droit public, établissements et fondations sont réputés être des autorités s'ils disposent d'une base légale et accomplissent une mission d'intérêt public. La notion d'autorités étrangères se définit selon le droit étranger applicable en l'espèce.

Une déclaration relative aux personnes qui se trouvent derrière une autorité n'est jamais requise. Cela vaut dans le cas où une autorité est le cocontractant, mais aussi dans le cas où une autorité est le détenteur du contrôle. Le fait qu'une autorité figure sur le formulaire K comme détenteur direct ou indirect du contrôle du cocontractant n'est pas contradictoire avec le principe selon lequel seules des personnes physiques doivent être identifiées comme détenteurs du contrôle. Le formulaire K est réputé correctement complété y compris lorsqu'une autorité y figure en tant que détenteur du contrôle.

Art. 24 Banques et autres intermédiaires financiers en qualité de cocontractants

Doivent également être qualifiées de banques les maisons de jeu au sens de l'art. 2, al. 2, lit. e LBA.

Pour la définition des banques, négociants en valeurs mobilières et autres intermédiaires financiers étrangers, il y a lieu de se référer aux lois spéciales du pays de domicile.

Sont réputés être des pays appliquant une surveillance et une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent les Etats membres du GAFI ainsi que la Principauté du Liechtenstein. Une banque peut reconnaître des intermédiaires financiers d'autres pays comme assujettis à une surveillance prudentielle et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dès lors que des connaissances et des clarifications particulières lui permettent de penser que tel est le cas et qu'elle se documente en conséquence.

Elle peut également considérer qu'un intermédiaire financier étranger est assujetti à une surveillance prudentielle et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme lorsque celui-ci fait partie d'un groupe assujetti à une surveillance consolidée et dont la société mère est domiciliée dans un pays disposant d'une surveillance et d'une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, même si la surveillance et la réglementation ne répondent pas au critère d'adéquation dans le pays de domicile de la société du groupe. Les dispositions de l'art. 24 s'appliquent aussi dans les relations avec des cocontractants qui ne travaillent qu'avec des intermédiaires financiers (p. ex. SIX SIS SA, Euroclear, Clearstream, Fastnet, etc.).

L'art. 24 ne s'applique pas aux fiduciaires, sauf s'ils peuvent être qualifiés de négociants en valeurs mobilières au sens de l'art. 2, al. 2 LBA.

Art. 25 Autres exceptions à l'obligation d'identification

En vertu de l'art. 25, il n'y a pas lieu d'exiger une déclaration relative aux détenteurs du contrôle lorsque le cocontractant est une société ou une communauté qui poursuit un but idéal et ne présente pas de lien reconnaissable avec des pays à risque accru. Constitue un but idéal, pour une société ou une communauté, la sauvegarde des intérêts de ses membres ou de ses bénéficiaires collectivement et par ses propres moyens, ou la poursuite de buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou de buts analogues. Cela correspond à l'approche fondée sur le risque.

Le motif principal qui sous-tend la Recommandation correspondante du GAFI est la lutte contre le financement du terrorisme. Le lien avec un pays à risque accru est à apprécier au cas par cas au regard des circonstances concrètes. Un tel lien peut être avéré, par exemple, lorsque des ordres de paiement sont passés à partir ou à destination d'un pays à risque ou lorsque des membres sont domiciliés dans

un pays à risque, pour autant qu'il existe des indices reconnaissables d'influence dominante. Il appartient aux banques de déterminer en interne les pays présentant potentiellement un risque accru.

Pour les sociétés simples, une déclaration relative aux détenteurs du contrôle n'est pas requise. Sont considérées comme des sociétés simples à cet égard les caisses communes de clubs de jass, de fanfares et de classes scolaires, les communautés héréditaires, les sociétés en formation, etc.

Art. 26 Communautés de copropriétaires par étages et de copropriétaires

Comptent notamment parmi les autres communautés poursuivant un but analogue certaines formes de communautés issues du domaine agricole (p. ex. corporations de forêts ou d'éleveurs, voire celles liées à des sources, etc.).

Chapitre 4: Identification de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales

Le chapitre de la CDB 16 consacré à l'identification de l'ayant droit économique introduit de nouveaux concepts et comprend diverses modifications. Ces modifications ont été rendues nécessaires par la révision des Recommandations du GAFI ainsi que par les changements subséquents au niveau législatif, notamment dans la LBA.

L'obligation d'identifier l'ayant droit économique est désormais générale, mais on peut partir du principe que les données relatives à l'ayant droit économique ne doivent pas être approfondies d'avantage que s'il était lui-même cocontractant. Dorénavant et en vertu des prescriptions révisées sur le blanchiment d'argent, les ayants droits économiques ne peuvent être en principe que des personnes physiques. Demeurent réservées les exceptions prévues aux art. 30 et suivants, qui s'appliquent tant au niveau du cocontractant qu'au niveau de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales du cocontractant.

La CDB 16 prévoit de nouvelles dispositions en ce qui concerne les *trusts* et les fondations.

Les formulaires ont été remaniés en conséquence et dissociés: les formulaires A et T existants ont été modifiés, le formulaire T est désormais réservé aux *trusts* et un formulaire S a été créé pour les fondations. Le formulaire I a été intégré dans la CDB pour les *insurance wrappers*, sur la base de la communication FINMA 18 (2010) du 30 décembre 2010 (Traitement des assurances-vie avec gestion de compte/dépôt séparée).

Sur le plan formel, le chapitre consacré à l'identification de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales a été subdivisé en trois sections.

La première section (Dispositions générales) pose le principe d'obligation d'identification de l'ayant droit économique et énumère les données à recueillir par la banque à cet effet.

La deuxième section (Exceptions à l'obligation d'identification) regroupe les exceptions ainsi que les règles applicables en matière d'identification de l'ayant droit économique pour certains types de cocontractants (p. ex. sociétés cotées en bourse, autorités, intermédiaires financiers, sociétés poursuivant un but idéal).

La troisième section (Obligations particulières d'identification) prescrit enfin les clarifications à effectuer pour un certain nombre de structures particulières, à savoir: d'une part, l'identification de l'ayant droit économique pour les comptes globaux et dépôts globaux, les formes de placement collectif et sociétés de participation, les sociétés de domicile, les fondations, les *trusts* et, d'autre part, l'identification du preneur d'assurance pour les *insurance wrappers*.

Section 1 Dispositions générales

Art. 27 Identification de l'ayant droit économique

En conformité avec la législation révisée sur le blanchiment d'argent, l'art. 27 impose désormais aux banques l'obligation générale d'identifier l'ayant droit économique pour toutes les relations d'affaires. Demeurent réservés les cas régis par les sections «Exceptions à l'obligation d'identification» et «Obligations particulières d'identification».

En vertu des Recommandations révisées du GAFI, il y a lieu en principe d'identifier des personnes physiques comme ayants droit économiques. Il y a des exceptions à ce principe, d'une part, dans les cas prévus aux art. 30 et suivants et, d'autre part, si une personne morale ou une société de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotée en bourse est l'ayant droit économique; dans ce cas, on identifie les détenteurs du contrôle au moyen du formulaire K et il n'y a pas lieu de fournir d'indications sur la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire par la personne morale ou la société de personnes. Le formulaire K doit être signé par le cocontractant. Si le cocontractant déclare que, au travers d'une structure de participation indirecte, au moins 25% des droits de vote ou du capital sont détenus par une fondation ou un *trust*, il lui incombe de fournir les indications visées aux art. 39 à 41.

Comme le prévoyait déjà la CDB 08, la banque n'a pas à identifier l'ayant droit économique en cas de location d'un compartiment de coffre-fort.

L'art. 27, al. 3, lit. e relatif à l'exécution d'opérations de négoce a été complété: il intègre désormais expressément une exception admise dans la pratique, à savoir que la banque n'est pas tenue d'identifier l'ayant droit économique lors de l'exécution d'opérations de négoce si elle fait office de courtier («broker»), pour autant que le paiement / la livraison s'effectue par le biais d'une banque ou d'un autre intermédiaire financier au sens de l'art. 33.

Les transactions sur le marché des capitaux, notamment celles visant à placer des valeurs mobilières auprès d'investisseurs (p. ex. «selling shareholder» dans le cadre d'un «initial public offering»), ainsi que les cas dans lesquels la banque intervient en tant qu'agent payeur et/ou émetteur ou dans une fonction analogue, ne relèvent pas de la notion d'opération de négoce telle que définie à l'art. 27, al.3, lit. e.

Pour les comptes *escrow*, il y a lieu d'identifier comme ayants droit économiques à la fois le vendeur et l'acheteur.

Pour les opérations de caisse portant sur un montant supérieur à 25'000 francs et nonobstant les exceptions prévues à la Section 2, la banque reste tenue de se faire remettre un formulaire A par le cocontractant.

Pour les comptes épargne de garantie de loyer, il n'y a pas lieu d'identifier l'ayant droit économique.

A l'ouverture d'un compte de consignation, que ce soit en vue de constituer une société ou de procéder à une augmentation de capital, il n'y a pas lieu de se faire remettre une déclaration relative à l'ayant droit économique.

S'agissant de contrats de prêt, selon la pratique de la Commission de surveillance, il convient d'analyser au cas par cas si c'est le prêteur ou l'emprunteur qui est l'ayant droit économique: «Constituent des indices que le prêteur est bien le «véritable ayant droit économique» du prêt le fait qu'il possède le droit de donner des instructions à l'emprunteur, qu'il porte le risque économique de l'opération et la circonstance que l'octroi du prêt intervient en premier lieu dans l'intérêt du prêteur ou que le prêt a été initié par le prêteur. A l'inverse, si l'emprunteur ne dépend pas des instructions du prêteur pour l'usage du prêt, qu'il porte le risque économique et si l'octroi du prêt est dans son intérêt, respectivement a lieu à son initiative, on peut en inférer que c'est l'emprunteur qui est l'ayant droit économique.» (voir Rapport d'activité 2005-2010, V.2.3.3, p. 27).

Lorsqu'une personne étend une relation d'affaires existante, par exemple en ouvrant un nouveau compte, il n'y a pas lieu de se faire remettre un formulaire A supplémentaire, à moins qu'un doute survienne, au sens de l'art. 46, sur le point de savoir si l'ayant droit économique du nouveau compte et celui qui a été identifié conformément à la disposition applicable de la CDB sont une seule et même personne.

Art. 28 Données à recueillir

Compte tenu des nouvelles exigences en matière fiscale et des obligations de clarification en résultant, les banques ont besoin d'informations fondées sur les ayants droit économiques. Afin de créer une base appropriée pour les clarifications subséquentes à effectuer, le catalogue existant des données à consigner a été reformulé plus clairement. Il a ainsi été précisé que lors de l'identification de l'ayant droit économique, il y a lieu de consigner son adresse effective de domicile. En vertu de l'art. 23 CC, celle-ci est réputée se trouver au lieu où le cocontractant réside avec l'intention de s'y établir.

Pour déterminer l'adresse effective du domicile du cocontractant, la banque peut en principe se fier aux indications fournies par celui-ci. Elle n'est tenue de procéder à des clarifications complémentaires qu'en présence d'anomalies (en vertu de l'art. 46), conformément à une approche fondée sur le risque. Il existe toutefois des pays dans lesquels les dates de naissance ou les adresses de domicile/de siège ne sont pas utilisées, de sorte que la banque n'est pas en mesure de collecter et de consigner ces données. La CDB précise qu'en pareil cas, elle n'est pas tenue de le faire et n'enfreint donc pas la CDB.

Les formulaires élaborés par les banques peuvent contenir des formulations propres, différentes de celles du modèle de formulaire A proposé par l'ASB, pour autant que leur contenu soit équivalent. Le contenu est considéré comme équivalent notamment lorsque le formulaire A, dans sa présentation, correspond au modèle de formulaire A de la CDB 03, de sorte que l'on peut continuer à utiliser ce

formulaire A dans le cadre de la CDB 16. La banque n'est pas tenue de conserver un exemplaire original du formulaire A.

Un collaborateur de la banque ou un tiers peut préparer le formulaire A et/ou le compléter sur instructions du cocontractant: en d'autres termes, le formulaire A n'a pas à être complété de la main du cocontractant. Ce dernier devant dans tous les cas confirmer par sa signature l'exactitude des indications fournies dans le formulaire A, il n'y a là rien d'incompatible avec l'esprit de la CDB.

Compte tenu de l'objet et du but du formulaire A (documenter l'ayant droit économique), un formulaire A signé par le cocontractant doit être considéré comme correctement complété lorsque ledit cocontractant a inscrit sur le formulaire qu'il a signé des mentions comme par exemple «moi-même» ou «titulaire du compte». En pareil cas, l'ayant droit économique est réputé clairement identifié. Exiger que le formulaire A soit complété par les autres indications concernant le cocontractant relèverait d'un formalisme excessif, puisque ces indications doivent déjà être consignées dans le cadre de la vérification de l'identité.

La banque peut ajouter a posteriori le numéro de compte/dépôt sur un formulaire A déjà signé. Cela permet de tenir compte de la situation où le numéro de compte/dépôt n'est pas encore connu lors de l'établissement de la relation d'affaires (et de la signature concomitante du formulaire A). Le numéro de compte/dépôt est en outre un élément du formulaire A dont décide la banque, et non le client lui-même. Les banques utilisent non seulement les termes de «numéro de compte/dépôt», mais aussi d'autres désignations (p. ex. numéro de relation, de client, de partenaire, etc.). Par souci de lisibilité, ces formulations alternatives n'ont pas été intégrées dans le modèle de formulaire. Les banques sont toutefois libres d'insérer dans le formulaire A, en fonction de leurs besoins concrets, les désignations qui leur conviennent.

Le formulaire A peut être signé par le cocontractant ou par un fondé de procuration désigné par lui. S'agissant de personnes morales, le formulaire A doit être signé par une personne disposant d'un pouvoir de signature ou par un fondé de procuration muni d'une procuration signée par une personne disposant d'un pouvoir de signature. Ce fondé de procuration peut être une autre personne que celle qui établit la relation d'affaires au sens de l'art. 15. Il appartient à la banque de décider quelles procurations elle acceptera.

La formulation «si la banque dispose des données prévues à l'al. 1», telle qu'elle figure à l'art. 28, al. 3, se réfère non seulement aux documents disponibles, mais aussi aux documents fournis lors de l'établissement de la relation d'affaires.

La déclaration du cocontractant relative à l'ayant droit économique peut aussi être fournie par application d'une procédure prévue à la section V de la Circulaire-FINMA 2016/7 « Identification par vidéo et en ligne ». Les développements qui précèdent concernant le formulaire A s'appliquent par analogie aux formulaires I, S et T, exception faite de ceux relatifs à l'art. 28, al. 3.

Section 2 Exceptions à l'obligation d'identification

Art. 29 Personnes physiques

En vertu de la LBA révisée, l'obligation d'identification de l'ayant droit économique est un principe général.

La présomption selon laquelle le cocontractant est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales déposées, qui prévalait dans la CDB 08, est supprimée. En principe, l'ayant droit économique doit être identifié pour chaque relation d'affaires. L'art. 29 prévoit toutefois un allègement pour les relations d'affaires avec des personnes physiques, à savoir que la banque n'est pas tenue à l'obligation prévue par l'art. 27, al. 1 lorsqu'elle n'a aucun doute quant au fait que le cocontractant est aussi l'ayant droit économique et qu'elle consigne ce fait de manière appropriée.

Le législateur ne précise pas comment la banque doit consigner le fait que le cocontractant et l'ayant droit économique sont une seule et même personne. Dès lors, il appartient à chaque banque de décider, selon sa libre appréciation, de la forme que prendra cette documentation. L'absence de doute peut être documentée, par exemple, sur la demande d'établissement de la relation d'affaires, par une déclaration contractuelle du cocontractant, au moyen d'une note interne au dossier et/ou d'une mention dans l'historique du client, ou en se faisant remettre systématiquement un formulaire A. Si la

banque opte pour la remise systématique d'un formulaire A, elle n'a pas à documenter davantage l'absence de doute.

La CDB 16 s'abstient à dessein d'énumérer des exemples concrets de situations où il existerait des doutes au sens de l'art. 29. Une telle énumération générale et abstraite est impossible. Il convient en effet d'apprécier au regard des circonstances concrètes et au cas par cas s'il existe des doutes au sens de l'art. 29. A cet égard, nous renvoyons également aux développements relatifs à l'art. 46.

Art. 30 Personnes morales et sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotées en bourse

L'art. 30 a été inséré pour éviter que, s'agissant de personnes morales et de sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotées en bourse, les banques soient tenues d'identifier non seulement le détenteur du contrôle, mais aussi l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales au moyen du formulaire A.

Si le cocontractant (personne physique ou non) déclare sur le formulaire A qu'une personne morale ou une société de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotée en bourse est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, le formulaire A est néanmoins réputé correctement complété et peut être accepté. Il n'est pas nécessaire que la société indiquée sur le formulaire A fournisse une déclaration supplémentaire selon laquelle elle détient les valeurs patrimoniales pour elle-même, ou que le cocontractant fournisse une déclaration supplémentaire selon laquelle la société indiquée sur le formulaire A détient les valeurs patrimoniales pour elle-même. Les détenteurs du contrôle de la personne morale ou de la société de personnes exerçant une activité opérationnelle doivent être identifiés au moyen du formulaire K. Les sociétés et communautés poursuivant un but idéal ou de bienfaisance au sens de l'art. 25, et qui ne fournissent pas de déclaration relative au détenteur du contrôle, ne sont pas non plus tenues d'identifier l'ayant droit économique.

Art. 31 Sociétés cotées en bourse

Conformément à l'art. 4, al. 1 LBA, on entend par «sociétés cotées en bourse» les sociétés cotées en bourse ainsi que les filiales détenues majoritairement par de telles sociétés. Celles-ci n'ont pas à fournir de déclaration relative à l'ayant droit économique, ni si elles interviennent comme cocontractant, ni si elles sont désignées comme ayant droit économique des valeurs patrimoniales du cocontractant.

Le fait qu'une société cotée en bourse soit désignée comme ayant droit économique direct ou indirect des valeurs patrimoniales du cocontractant n'est pas contradictoire avec le principe selon lequel seules les personnes physiques sont à identifier comme ayants droit économiques. Le formulaire A est réputé correctement complété y compris si une société cotée en bourse y figure.

Art. 32 Autorités

La notion d'«autorités» au sens de l'art. 32 intègre désormais aussi les autorités étrangères.

En Suisse, on entend par «autorités» les autorités fédérales, cantonales et communales, ainsi que leurs établissements et corporations de droit public. Les corporations de droit public, établissements et fondations sont réputés être des autorités s'ils existent en vertu d'une base légale et accomplissent une mission d'intérêt public.

S'agissant de l'étranger, la notion d'«autorités» se définit au regard du droit étranger applicable.

Art. 33 Banques et autres intermédiaires financiers en qualité de cocontractants

On entend par «banques et autres intermédiaires financiers» les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2, al. 2 LBA et de l'art. 2, al. 4, lit. b LBA, ainsi que les intermédiaires financiers soumis à une réglementation analogue à l'étranger. Les banques et négociants en valeurs mobilières en Suisse et à l'étranger n'ont en principe pas à fournir de déclaration relative à l'ayant droit économique. Doivent également être qualifiées de banques les maisons de jeu au sens de l'art. 2, al. 2, lit. e LBA. Pour les placements collectifs de capitaux et les sociétés de participations non visés à l'art. 2, al. 2 LBA, l'art. 38 est applicable.

Sont exclus de cet allègement les banques étrangères et les négociants en valeurs mobilières étrangers qui ne sont pas assujettis à une surveillance et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et qui tiennent des sous-comptes pour des clients non spécifiés; dans ce cas, il leur appartient de déclarer les ayants droit économiques de ces comptes.

Pour la définition des banques, négociants en valeurs mobilières et autres intermédiaires financiers étrangers, il y a lieu de se référer aux lois spéciales des pays de domicile. La CDB s'abstient sciemment de fixer des exigences quant à l'exécution et au contrôle des obligations d'identification, car cela incombe à la réglementation du pays de domicile du cocontractant.

Sont réputés être des pays appliquant une surveillance et une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent les Etats membres du GAFI ainsi que la Principauté du Liechtenstein. Une banque peut reconnaître des intermédiaires financiers d'autres pays comme assujettis à une surveillance prudentielle et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dès lors que des connaissances et des clarifications particulières lui permettent de penser que tel est le cas et qu'elle se documente en conséquence.

Elle peut également considérer qu'un intermédiaire financier étranger est assujetti à une surveillance prudentielle et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme lorsque celui-ci fait partie d'un groupe assujetti à une surveillance consolidée et dont la société mère est domiciliée dans un pays disposant d'une surveillance et d'une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, même si la surveillance et la réglementation ne répondent pas au critère d'adéquation dans le pays de domicile de la société du groupe. Les dispositions de l'art. 33 s'appliquent aussi dans les relations avec des cocontractants qui ne travaillent qu'avec des intermédiaires financiers (p. ex. SIX SIS SA, Euroclear, Clearstream, Fastnet, etc.).

La notion d'«autres intermédiaires financiers dont le siège est à l'étranger» comprend non seulement les directions de fonds, les sociétés d'assurance-vie et les institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts, mais aussi tous les autres intermédiaires financiers étrangers comparables en vertu de la législation spéciale de leur pays de domicile et qui sont assujettis à une surveillance prudentielle et à une réglementation appropriées en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. L'art. 33 ne s'applique pas aux fiduciaires, sauf s'ils peuvent être qualifiés de négociants en valeurs mobilières.

Art. 34 Sociétés simples

En vertu de l'art. 34, al. 2, s'agissant de sociétés simples qui comptent plus de quatre associés, qui poursuivent un but idéal et qui ne présentent pas de lien reconnaissable avec des pays à risque accru, il n'y a pas lieu de se faire remettre une déclaration relative à l'ayant droit économique. Bien que la notion de lien «reconnaisable» avec un pays à risque accru ne soit pas définie, le caractère reconnaissable est exigé en vertu de l'art. 25. L'al. 3 de cet article demeure réservé. Si une société simple comptant plus de quatre associés et poursuivant un but idéal ou de bienfaisance présente un lien reconnaissable avec un pays à risque accru, il y a lieu d'identifier l'ayant droit économique au moyen du formulaire A. Le lien avec un pays à risque accru est à apprécier au cas par cas au regard des circonstances concrètes. Un tel lien peut être avéré, par exemple, lorsque des ordres de paiement sont passés à partir ou à destination d'un pays à risque ou lorsque des membres sont domiciliés dans un pays à risque, pour autant qu'il existe des indices reconnaissables d'influence dominante. Il appartient aux banques de déterminer en interne les pays présentant potentiellement un risque accru.

Constitue un but idéal, pour une société ou une communauté, la sauvegarde des intérêts de ses membres ou de ses bénéficiaires collectivement et par ses propres moyens, ou la poursuite de buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou de buts analogues. Cela correspond à l'approche fondée sur le risque. Il n'est pas prévu de seuil. Cette règle spéciale entend tenir compte des besoins de la pratique. Se faire remettre des listes des ayants droits économiques, qu'il faut en outre tenir à jour, se révèle en effet disproportionné dans les relations avec des caisses communes de clubs de jass, de fanfares, de classes scolaires, etc.; ces groupes, qui sont à qualifier de sociétés simples, ont en effet souvent un nombre important et variable d'associés qui sont ayants droit économiques des valeurs patrimoniales déposées.

Si le cocontractant est une société simple qui compte moins de cinq associés ou ne poursuit pas un but idéal ou de bienfaisance, la banque, en vertu de l'art. 34, al. 1, n'est pas tenue de se faire remettre une déclaration relative aux ayants droit économiques dès lors que l'identité des associés a été vérifiée conformément à l'art. 16, al. 1, lit. a et que la qualité d'ayants droit économiques des associés est consignée par écrit ou par tout moyen électronique approprié. A titre d'alternative, la banque peut exiger du cocontractant qu'il lui remette un formulaire A faisant apparaître les ayants droit économiques. L'al. 3 de cet article demeure réservé. Dès lors qu'un associé dont l'identité a été vérifiée est une société de domicile, une déclaration relative aux ayants droits économiques au moyen du formulaire A est requise dans tous les cas. Si le cocontractant est une société simple et s'il déclare que des fondations ou des *trustees* comptent parmi les associés, il lui incombe de fournir les indications visées aux art. 39 à 41.

Si une personne morale ou une société de personnes exerçant une activité opérationnelle est identifiée comme ayant droit économique de la société simple, le cocontractant (c'est-à-dire la société simple) est tenu, sous réserve des art. 22 et suivants, d'identifier les détenteurs du contrôle de la personne morale ou de la société de personnes au moyen du formulaire K. Cela ne vaut pas pour les sociétés simples qui remplissent les conditions de l'art. 34, al. 2.

Les communautés héréditaires sont soumises aux dispositions concernant les sociétés simples.

Art. 35 Communautés de copropriétaires par étages et de copropriétaires

Comptent notamment parmi les autres communautés poursuivant un but analogue certaines formes de communautés issues du domaine agricole (p. ex. corporations de forêts ou d'éleveurs, voire celles liées à des sources, etc.) ainsi que les «*Grabfonds*».

Art. 36 Personnes tenues à un secret professionnel

En raison de la protection du secret professionnel (voir art. 321 CPS), selon les circonstances, un avocat ou un notaire ne peut pas fournir d'informations précises sur les ayants droit économiques des fonds qu'il détient pour le compte de clients. Le cocontractant doit donc confirmer qu'il est soumis au secret professionnel au sens de l'art. 321 CPS et que le compte/dépôt est exclusivement utilisé dans le cadre de l'activité d'avocat ou de notaire. Il n'est pas tenu en revanche de spécifier pour quelles activités soumises au secret professionnel le compte/dépôt est utilisé (ce qui ne serait pas vérifiable en pratique). Conformément au champ d'application matériel de l'art. 321 CPS, c'est un avocat ou notaire astreint au secret professionnel qui doit signer le formulaire R. Si l'étude concernée est organisée en la forme d'une société (p. ex. société anonyme ou société simple), le formulaire R doit être signé par au moins une personne astreinte au secret professionnel et ayant le pouvoir de représenter la société. La banque n'est tenue d'aucune obligation de contrôle à cet égard. Le contrôle incombe aux autorités compétentes.

Un formulaire R remanié a été diffusé en annexe à la circulaire n° 7885 de l'ASB, du 22 avril 2016. Les comptes documentés au moyen du formulaire R conformément à la circulaire n° 7820 de l'ASB, du 27 juin 2014 n'ont pas à être documentés à nouveau. Pour les autres comptes, il y a lieu d'utiliser le formulaire R remanié.

Section 3 Obligations particulières d'identification

Art. 37 Comptes globaux et dépôts globaux

L'art. 37, al. 2 ouvre aux banques la possibilité de ne pas identifier l'ayant droit économique de comptes et dépôts globaux lorsque le cocontractant exerce une activité opérationnelle et détient des valeurs patrimoniales pour le compte de tiers dans le cadre de ses prestations professionnelles. Cette disposition est applicable par exemple dans les relations avec des sociétés de recouvrement, de gérance immobilière ou d'affacturage ainsi qu'avec des maisons de vente aux enchères. Elle s'applique également aux sociétés qui, au sein d'une entité économique, effectuent des transactions dans le cadre d'une activité de groupe. Les comptes de sociétés réglementées de transfert et de transport de fonds ne sont pas non plus réputés être des comptes globaux. Il appartient à chaque banque de déterminer, selon son appréciation du risque, si elle entend appliquer cette règle et dans quels cas. Cette disposition peut aussi être applicable dans d'autres situations, lorsqu'un nombre important d'ayants droit économiques profitent d'une prestation de service, que les valeurs patrimoniales sont détenues

pour le compte de tiers dans le cadre de cette prestation et qu'il n'existe pas de risque significatif d'abus sous l'angle de la prévention du blanchiment d'argent (p. ex. gestion d'un plan de participation pour les collaborateurs d'une entreprise, pour autant que les droits de participation soient gérés dans le compte/dépôt global de l'entreprise).

L'application de l'art. 37, al. 2 doit faire l'objet d'une note au dossier, sans qu'il soit précisé d'exigence de forme. L'obligation de documentation est réputée remplie lorsqu'il ressort de l'extrait du Registre du commerce ou de tout autre document versé au dossier du cocontractant (p. ex. impression d'une page du site Internet du cocontractant) que ce dernier exerce une activité opérationnelle.

Les caisses communes de classes scolaires, fanfares, etc. sans forme juridique particulière sont à traiter comme des sociétés simples poursuivant un but idéal et relèvent donc de l'art. 34. En ce qui concerne l'identification des ayants droit économiques, les comptes ouverts par ces sociétés ne sont donc pas à traiter comme des comptes/dépôts globaux au sens de l'art. 37.

Art. 38 Formes de placement collectif et sociétés de participations

L'art. 38 ne s'applique qu'aux placements collectifs et sociétés de participations qui ne relèvent pas de l'art. 33. Les formes de placement collectif et sociétés de participations suisses comptant plus de vingt investisseurs ne sont pas tenues de fournir une déclaration relative aux ayants droit économiques.

Lorsque le cocontractant est une forme de placement collectif ou une société de participations étrangère comptant plus de vingt investisseurs, l'exception à l'obligation d'identification des ayants droit économiques ne vaut que si la forme de placement collectif ou la société de participations concernée ou leur société de gestion est assujettie à une surveillance et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Seules peuvent toutefois bénéficier de cette exception les formes de placement collectif et sociétés de participations étrangères qui ne sont pas domiciliées dans un Etat à haut risque («high risk») ou non coopératif («non-cooperative countries and territories», NCCT) au sens du GAFI. En conséquence, l'exception ne concerne que les formes de placement collectif et sociétés de participations étrangères domiciliées dans un Etat dit «coopératif». Les Etats qui se trouvent dans un «on-going process» en ce qui concerne la mise en œuvre de la Global AML/CFT Compliance sont réputés «coopératifs». Les Etats à haut risque et non coopératifs sont donc réputés non assujettis à une surveillance adéquate en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, ce qui impose des obligations d'identification des ayants droit économiques.

S'agissant des Etats dits «coopératifs», on peut considérer qu'ils remplissent les exigences juridiques et réglementaires quant à une surveillance et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Regroupés au sein de FSRB (*FATF-Style Regional Bodies*), lesquels sont membres à part entière du GAFI, ces Etats jouent un rôle essentiel pour promouvoir la mise en œuvre effective des Recommandations du GAFI. En outre, au sein des différents FSRB, les efforts juridiques et réglementaires internationaux en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme font l'objet d'évaluations régulières. Les Etats membres des FSRB remplissent donc les conditions requises pour être considérés comme disposant d'une réglementation adéquate en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

L'art. 38 s'applique notamment aux «Special Purpose Vehicles» (SPV) utilisés pour l'émission de titres. Si les titres émis par des SPV sont cotés en bourse, les investisseurs n'ont pas à être identifiés puisque la cotation en bourse donne automatiquement lieu à publicité.

L'art. 38 s'applique aussi aux sociétés de participations réputées être des sociétés de domicile.

Les formes de placement collectif organisées en corporations et agissant en qualité d'intermédiaires financiers relèvent de l'art. 33. Si le cocontractant est un intermédiaire financier au sens de l'art. 2, al. 2 LBA, ce n'est pas l'art. 38 mais l'art. 33 qui s'applique.

Par application de l'art. 38, al. 5, la banque peut renoncer à l'identification des ayants droit économiques, quel que soit le nombre des investisseurs existants, lorsque le promoteur ou le sponsor de la forme de placement collectif ou de la société de participations est un intermédiaire financier, pour autant que ce dernier démontre être assujetti à une réglementation adéquate en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Le sponsor d'un fonds a en charge la mise en place et la structuration de ce fonds. Il contrôle le choix des directeurs, de la banque

dépositaire, de l'administration et de la direction du fonds. Le promoteur d'un fonds est responsable de la distribution des parts de fonds ainsi que du respect des prescriptions locales pertinentes en matière de distribution. Il fournit également la notice d'offre et le prospectus aux investisseurs et veille à ce que les règles de distribution prévues dans la notice d'offre soient respectées.

Si un intermédiaire financier au sens de l'art. 33 est lui-même investisseur dans une forme de placement collectif ou une société d'investissement, il n'y a pas lieu de fournir une déclaration relative aux ayants droit économiques qui se trouvent derrière cet intermédiaire financier.

Art. 39 Sociétés de domicile

En employant le terme d'«indices», l'art. 39, al. 3 indique clairement qu'il convient de décider au cas par cas si l'on se trouve en présence d'une société de domicile. Pour la définition des sociétés de domicile, nous renvoyons à l'art. 2, lit. a OBA-FINMA. Si le cocontractant, malgré une adresse c/o, dispose de ses propres locaux, il ne doit pas nécessairement être qualifié de société de domicile. En cas de doute toutefois, il convient de considérer qu'il s'agit d'une société de domicile.

Si une banque, malgré la présence des deux indices cités à l'art. 39, al. 3 ou de l'un d'entre eux, conclut qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une société de domicile (p. ex. parce que le cocontractant exerce une activité opérationnelle ou fait partie d'un groupe qui exerce une activité opérationnelle), elle en consigne les raisons dans une note au dossier. Cette note au dossier n'est soumise à aucune exigence de forme. Il peut s'agir par exemple de copies de documents d'où il ressort que le cocontractant exerce une activité opérationnelle.

Les sociétés de refacturation pure n'exercent pas d'activité opérationnelle et sont à considérer comme des sociétés de domicile.

Les sociétés holding ne sont pas considérées comme des sociétés de domicile. On entend par «société holding» une société qui détient la majorité du capital d'une ou plusieurs sociétés exerçant une activité de négoce, de fabrication ou une autre activité à caractère commercial et dont le but ne consiste pas principalement à gérer le patrimoine de tiers. La banque consigne cet état de fait dans une note au dossier.

Les sociétés holding constituent un exemple important de cas où l'art. 39, al. 4 s'applique, c'est-à-dire où un contractant n'est pas considéré comme une société de domicile malgré la présence des indices cités à l'art. 39, al. 3. Il s'agit de sociétés intégrées dans un groupe dont les membres exercent (en Suisse ou à l'étranger) une activité de négoce, de fabrication ou une autre activité à caractère commercial. En pratique, les sociétés holding n'ont bien souvent ni personnel propre, ni locaux, en particulier lorsqu'elles sont domiciliées auprès d'une société du groupe exerçant une activité opérationnelle et dont les employé(e)s travaillent aussi pour la société holding. Elles n'en constituent pas moins un élément important pour la gestion du groupe. Conformément à leur définition, elles n'exercent pas elles-mêmes d'activité commerciale. Identifier les ayants droit économiques d'une société holding n'apparaît pas pertinent et peut s'avérer quasiment impossible selon la structure du groupe. Il est donc judicieux de traiter les sociétés holding comme des sociétés exerçant une activité opérationnelle de négoce, de fabrication ou une autre activité opérationnelle à caractère commercial et il y a lieu de se faire remettre par le cocontractant, sous réserve des art. 22 et suivants, un formulaire K. La situation est à apprécier au cas par cas et au regard de critères concrets tels que, notamment, l'organisation du groupe, le rôle et la fonction de la société holding, la nécessité de la société holding pour le groupe et l'existence ou non d'une consolidation. Le résultat de ces clarifications doit être documenté, sans qu'il existe d'exigences de forme. On peut par exemple rédiger une note au dossier ou verser au dossier des copies de documents d'où il ressort que le cocontractant fait partie d'un groupe exerçant une activité opérationnelle.

Les sociétés holding dont le seul rôle est de regrouper et/ou gérer les diverses valeurs patrimoniales (titres, immeubles, entreprise, etc.) d'une famille ou d'un groupe de personnes déterminées, ou qui poursuivent l'unique but de permettre des distributions de dividendes à des actionnaires, sont à considérer comme des sociétés de domicile. Dès lors, il y a lieu d'identifier les ayants droit économiques.

La notion de société de domicile, mais aussi celle de société holding, soulève toujours la question du traitement des sociétés immobilières. Celles-ci ne forment pourtant pas un segment homogène de sociétés, qui permettrait un traitement standardisé en ce qui concerne les formalités. Une société

immobilière peut se contenter de détenir des immeubles dans son patrimoine, le cas échéant en en assurant la gestion, mais elle peut aussi louer, développer, financer, acheter et vendre, commercialiser des immeubles, etc. L'éventail est large et va de la société de domicile purement «passive», pour laquelle il y a lieu de se faire remettre un formulaire A, à la société purement opérationnelle, pour laquelle la banque exigera un formulaire K. Il appartient donc à la banque concernée de décider des formalités à accomplir, en fonction de l'objet social et de l'activité de la société.

Peuvent également être qualifiées de sociétés qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens, au sens de l'art. 39, al. 4, lit. a, les sociétés ou structures étrangères analogues qui détiennent des valeurs patrimoniales pour un grand nombre de bénéficiaires à des fins de prévoyance.

Pour les communautés de copropriétaires par étages et les communautés de copropriétaires inscrites au Registre foncier, l'art. 35 s'applique.

L'ayant droit économique des valeurs patrimoniales d'une société de domicile ne peut être qu'une personne physique. Les exceptions à l'obligation d'identification sont régies par les art. 30 et suivants. Si une société exerçant une activité opérationnelle est déclarée comme ayant droit économique, il y a lieu d'identifier en outre les détenteurs du contrôle de cette société au moyen du formulaire K. Il n'est pas nécessaire que la société indiquée sur le formulaire A fournisse une déclaration selon laquelle elle détient les valeurs patrimoniales pour elle-même, ou que le cocontractant fournisse une déclaration supplémentaire selon laquelle la société indiquée sur le formulaire A détient les valeurs patrimoniales pour elle-même. S'agissant de sociétés de domicile, il y a lieu d'identifier systématiquement tous les ayants droits économiques, mais l'étendue des droits de chacun (p. ex. les parts en pourcentage) n'a pas à être clarifiée ni documentée.

Les art. 40 et 41 régissent les données requises concernant les fondations et les *trusts*.

Les sociétés de domicile cotées en bourse n'ont pas à fournir de déclaration relative aux ayants droit économiques.

Art. 40 Fondations et Art. 41 Trusts

Les art. 40 et 41 régissent la documentation requise pour les fondations et les *trusts*. Ils visent les structures révocables et irrévocables, discrétionnaires et non discrétionnaires (dans la terminologie des *trusts*: «revocable», «irrevocable», «discretionary», «non-discretionary»).

Deux formulaires spécifiques ont été créés pour les fondations et les *trusts*, à savoir respectivement les formulaires S et T. Ceux-ci prennent en compte les quatre situations possibles pour une fondation ou un *trust*. Si une structure présente à la fois des caractéristiques propres aux structures révocables et des caractéristiques propres aux structures irrévocables, on détermine la nature de la structure sur le formulaire S ou T au regard de la caractéristique prépondérante. Il en va de même si une structure présente à la fois des caractéristiques propres aux structures discrétionnaires et des caractéristiques propres aux structures non discrétionnaires. La banque détermine à quelle forme juridique correspond cette structure, au vu des documents dont elle dispose. Elle n'est pas tenue de conserver un exemplaire original du formulaire S ou T.

Est à considérer comme le fondateur effectif d'une fondation ou le constituant (*settlor*) effectif d'un *trust* la personne qui permet la création de la structure concernée en mettant son patrimoine (ou une partie de celui-ci) à disposition.

Les bénéficiaires sont toutes les personnes qui, à la date de signature du formulaire S ou T, ont des droits sur la fortune de la fondation ou du *trust* ou sur ses revenus, que ces droits soient fixes ou que les distributions aux bénéficiaires relèvent de la libre appréciation du conseil de fondation ou du *trustee* (bénéficiaires dits «discrétionnaires»).

Les bénéficiaires discrétionnaires doivent être nominativement déterminés. Sont réputées être des bénéficiaires toutes les personnes qui sont désignées par leur nom dans les statuts, le règlement, l'acte constitutif (*trust deed*), la *letter of wishes* ou autres documents analogues, ou qui sont identifiables à titre individuel en tant que membres d'un groupe de bénéficiaires (comme indiqué ci-après, cela ne vaut pas pour les bénéficiaires dits «potentiels», c'est-à-dire les personnes qui n'acquièrent un droit qu'après la réalisation d'une condition suspensive ou à l'expiration d'un certain délai). Si par exemple il est fait mention d'un groupe de bénéficiaires comprenant «l'épouse et tous les descendants directs du *settlor*»,

l'épouse existante et tous les éventuels descendants déjà nés doivent être désignés par leur nom, avec toutes les indications requises, sous ch. 4 a) du formulaire S ou T. Il convient en outre d'identifier toutes les personnes qui ont déjà bénéficié de distributions et ne sont pas exclues d'autres distributions. Si un groupe de bénéficiaires ne comprend aucune personne en vie à la date concernée, on peut indiquer le groupe de bénéficiaires simplement déterminable (p. ex. «descendants du fondateur»).

Si le groupe de bénéficiaires comprend plus de vingt premiers bénéficiaires individuellement identifiables, il y a lieu d'indiquer, outre ce groupe, uniquement les bénéficiaires disposant d'un droit inconditionnel à des distributions. Cet état de fait peut être documenté, par exemple, au moyen d'une déclaration en ce sens du cocontractant dans le formulaire S ou T (p. ex. la mention «plus de vingt premiers bénéficiaires individuellement identifiables sans droit fixe à des distributions») ou d'une autre manière par la banque en interne (p. ex. en précisant la situation dans une note interne ou dans l'historique de la relation avec le client).¹⁰⁰⁰

Les personnes qui ne peuvent acquérir un droit sur la fortune de la fondation ou du *trust* ou sur ses revenus qu'après la réalisation d'une condition suspensive ou à l'expiration d'un certain délai (notamment après la disparition ou suppression d'un bénéficiaire d'un rang antérieur; bénéficiaires dits «éventuels»), que ce droit soit fixe ou discrétionnaire, ne sont à indiquer qu'une fois la condition réalisée ou la date butoir atteinte. Si cette condition suspensive ou ce délai a pour effet qu'à une date donnée, il n'existe pas de bénéficiaires, il convient d'indiquer les personnes ou groupes de bénéficiaires qui, une fois la condition suspensive réalisée ou la date butoir atteinte, acquerront le droit.

Les nouveaux formulaires S et T intègrent également la problématique de la restructuration (*re-settlement*): si la fondation ou le *trust* résulte de la restructuration d'une fondation préexistante ou d'un *trust* préexistant (*re-settlement*) ou de la fusion de fondations préexistantes ou de *trusts* préexistants (*merger*), il y a lieu d'indiquer sur le formulaire S ou T des informations concernant le(s) fondateur(s) ou *settlor*(s) effectif(s) de la/des fondation(s) préexistante(s) ou du/des *trust*(s) préexistant(s). S'agissant des fondations, le cocontractant n'a à fournir d'indications concernant des tiers que si ceux-ci bénéficient d'un pouvoir de désignation ou de nomination des représentants de la fondation, pour autant que ces représentants puissent disposer des valeurs patrimoniales, ou ont le droit de modifier l'attribution des valeurs ou la désignation des bénéficiaires. S'agissant des *trusts*, le cocontractant n'a à fournir d'indications concernant le(s) protector(s) et/ou les tiers que si ceux-ci bénéficient d'un pouvoir de révocation du *trust* (s'il s'agit d'un *trust* révocable) et/ou ont le droit de désigner le *trustee*. Il n'y a donc pas lieu d'indiquer les gérants de fortune, conseillers, etc.

Si une société de domicile cocontractante déclare détenir des valeurs patrimoniales pour le compte d'une fondation ou d'un *trust* en qualité de *underlying company*, il y a lieu de l'identifier en tant que cocontractant. Dans ce cas, l'identification de l'ayant droit économique se fait au moyen du formulaire S ou T. Le formulaire S ou T doit être signé par les organes de la société de domicile (en tant que cocontractant).

Si le cocontractant est une fondation ou un *trust* poursuivant exclusivement un but idéal (au sens de l'art. 39, al. 4, lit. a) ou une *underlying company* d'une telle fondation ou d'un tel *trust*, il n'y a pas lieu d'identifier l'ayant droit économique ni de se faire remettre le formulaire S ou T.

Si une personne morale ou une société de personnes exerçant une activité opérationnelle figure sur le formulaire S ou T sous ch. 2 à 5 des modèles de formulaire (p. ex. en tant que fondateur ou *settlor*), il y a lieu de se faire remettre un formulaire K, sous réserve des exceptions prévues aux art. 22 ss.

Art. 42 Assurances-vie avec gestion de compte/dépôt séparée (insurance wrapper)

L'art. 42 introduit dans la CDB 16 le contenu de la communication FINMA 18 (2010) (Traitement des assurances-vie avec gestion de compte/dépôt séparée).

Si une personne morale exerçant une activité opérationnelle est indiquée comme preneur d'assurance fiduciaire (p. ex. une *fiduciaria statica* italienne), il n'y a pas lieu de se faire remettre un formulaire K. En pareil cas, il convient toutefois toujours d'identifier la personne (non fiduciaire) qui paie effectivement les primes. Si la personne qui paie effectivement les primes est une société exerçant une activité opérationnelle, il y a lieu, pour cette société, d'identifier le détenteur du contrôle au moyen d'un formulaire K (il y a donc coexistence des formulaires I et K dans ce cas de figure).

La banque n'est pas tenue de conserver un exemplaire original du formulaire I.

Chapitre 5: Délégation et surveillance

Dans le cadre de la révision de la CDB, par souci de clarté et de maniabilité, les dispositions relatives à la délégation et à la surveillance ont été dissociées et font désormais l'objet d'un chapitre spécifique. Les prescriptions regroupées dans ce chapitre s'appliquent tant à la vérification de l'identité du cocontractant qu'à l'identification des détenteurs du contrôle et des ayants droit économiques.

Section 1 Délégation

Art. 43 Délégation de la vérification de l'identité du cocontractant, de l'identification du détenteur du contrôle et de celle de l'ayant droit économique

La banque a la possibilité de déléguer l'accomplissement des obligations de diligence à des personnes ou des sociétés. Elle doit le faire sur la base d'une convention écrite et être en mesure de contrôler si le délégataire accomplit correctement et intégralement les obligations de diligence. Ce contrôle s'effectue en pratique à réception des documents établis par le délégataire; il n'est pas impératif de procéder à des contrôles sur place. Il convient de noter à cet égard que si la banque peut déléguer l'accomplissement des obligations de diligence à un tiers, elle n'en reste pas moins responsable de tout manquement auxdites obligations (voir Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance pour 2013, C.1. p. 3-4).

Selon la pratique de la Commission de surveillance, l'attestation que les copies remises sont conformes aux originaux, prévue à l'art. 43, al. 2, peut être soit apposée sur les copies elles-mêmes, soit délivrée au moyen d'un document séparé (voir Rapport d'activité 2005-2010, V.1.2.21, p. 24).

Les obligations de diligence peuvent être déléguées sans convention écrite si le délégant et le délégataire font partie du même groupe. Cela se justifie dans la mesure où le groupe dans son ensemble fait l'objet d'une surveillance consolidée exercée par l'autorité de surveillance et où des normes de surveillance équivalentes sont supposées exister au sein du groupe. Les obligations de diligence peuvent également être déléguées sans convention écrite si le délégataire est un autre intermédiaire financier, pour autant qu'il soit assujéti à une surveillance et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et qu'il ait pris des mesures pour accomplir les obligations de diligence de manière équivalente.

Il n'y a délégation que si un tiers agit pour la banque en tant que représentant mandaté contractuellement. En revanche, il n'y a pas délégation si le représentant agit en tant qu'organe ou signataire autorisé du cocontractant, de sorte qu'une convention écrite n'est alors pas requise.

Le délégataire peut aussi être une personne physique, une personne morale ou une société de personnes ayant son domicile ou son siège à l'étranger.

Section 2 Obligations en matière de documentation

Art. 44 Obligation de documentation et de mise en sûreté

L'obligation de mise en sûreté est remplie par exemple lorsque le système d'archivage de la banque (physique ou électronique) permet une traçabilité quant à la disponibilité d'un document dans ce système. L'exigence de traçabilité est satisfaite lorsque l'organe de révision interne ou la société d'audit prévue par la Loi sur les banques peuvent établir à partir de quel moment le document était disponible dans le système de la banque.

Selon la pratique de la Commission de surveillance, la date à laquelle a été reçu un document d'identification doit être documentée, par exemple au moyen d'un timbre indiquant la date de réception (voir Rapport d'activité 2001-2005, C.1.8, p. 12).

Si la date manque sur un formulaire, elle peut être remplacée par le cachet de réception de la banque. Un formulaire non daté est considéré comme correctement complété lorsque l'organe de révision interne et la société d'audit externe peuvent établir sa date de réception ou de disponibilité dans le système de la banque.

La CDB ne prescrivant pas sous quelle forme les documents doivent être conservés, les dispositions du Code des obligations en la matière sont applicables. En vertu de l'art. 957 CO, il est possible de conserver les documents exclusivement sous forme électronique, pour autant que les conditions requises à cet effet soient remplies.

Art. 45 Date à laquelle les obligations de documentation doivent être remplies

L'expression «à titre exceptionnel» montre qu'un compte ne peut en principe être utilisé qu'à partir du moment où la banque est en possession de tous les documents exigés par la CDB. Un compte est réputé utilisable à partir du moment où l'on peut y passer des écritures. De nombreuses banques font vérifier par un service central spécialisé si la documentation est en ordre. Il peut donc arriver que l'on constate seulement après l'ouverture du compte que la documentation n'est pas complète. Exiger que le compte ouvert reste bloqué et ne soit pas utilisé jusqu'à ce que le service central ait vérifié que la documentation est complète serait impraticable et disproportionné. C'est pourquoi l'art. 45 prévoit qu'à titre exceptionnel, un compte peut être utilisé même si la documentation n'est pas complète. La condition préalable est toutefois que la banque connaisse le nom et le prénom du cocontractant et/ou de l'ayant droit économique ou du détenteur du contrôle. En ce qui concerne les opérations de caisse, la déclaration concernant le détenteur du contrôle peut être demandée a posteriori dans la mesure où la demande en est faite immédiatement après l'exécution de la transaction (voir Rapport sur les résultats de l'audition relative à l'OBA-FINMA du 3 juin 2015).

Selon la pratique constante de la Commission de surveillance, «l'identification du client doit intervenir avant l'ouverture du compte. Le fait de procéder à une réservation interne d'un numéro de compte n'est pas décisif pour la détermination de la date de l'ouverture du compte. Un compte est considéré comme ouvert dès qu'il est techniquement possible de procéder à des transactions sur ce compte. Tant que le compte reste bloqué, il ne doit pas être considéré comme étant ouvert. A cet égard, la banque doit être en mesure de démontrer que le compte est effectivement bloqué. Le simple fait qu'aucune transaction ne soit intervenue sur le compte n'est pas suffisant. Si la banque n'est pas en mesure de faire une telle démonstration, elle viole son obligation de mise en sûreté» (voir Rapport d'activité 2001-2005, C.1.1, p. 9).

Si la documentation s'avère incomplète, les données et/ou documents manquants doivent être obtenus dès que possible. Ne sont réputées documentées de façon incomplète que les relations d'affaires pour lesquelles des documents font défaut ou pour lesquelles les documents d'identification disponibles sont lacunaires. Si la banque ne dispose d'aucun document d'identification, l'exception de l'art. 45 ne s'applique pas.

Si la vérification de l'identité du cocontractant et/ou l'identification du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique s'effectue(nt) par délégation à une autre entité du groupe au sens de l'art. 43, la date à laquelle les obligations de documentation doivent être remplies au sens de l'art. 45 est la date à laquelle la documentation requise est disponible auprès de cette autre entité du groupe.

Lorsque la banque s'est vu confier un mandat de gestion de fortune sur des valeurs patrimoniales déposées auprès d'un tiers, au plus tard après 90 jours, il y a lieu non pas de bloquer le compte, mais de suspendre la gestion de fortune et/ou de résilier le mandat de gestion de fortune si tous les documents requis ne sont pas en possession de la banque. La banque informe le client de ces conséquences en temps utile.

Les dispositions relatives à l'obligation de mise en sûreté et à la date d'accomplissement de l'obligation de documentation s'appliquent non seulement à la vérification de l'identité du cocontractant et à l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique, mais aussi à l'obligation de vérifier l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires prévue à l'art. 15 (voir Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance pour 2013, C.3.3, p. 6).

Section 3 Obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence

Art. 46 Répétition des obligations de diligence prévues par la Convention

L'art. 46 vise à garantir que l'identité du cocontractant a été correctement vérifiée et que le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique a été dûment identifié. Il convient d'établir une nette distinction avec l'OBA-FINMA, qui impose d'autres obligations (p. ex. des devoirs de surveillance ou l'obligation de procéder à des clarifications complémentaires en cas de transactions inhabituelles). S'il y a eu à une violation de l'OBA-FINMA, il n'y a pas nécessairement violation de la CDB. Les obligations de clarification en cas de situation inhabituelle et de risques particuliers sont régies par l'OBA-FINMA et seules la FINMA et la société d'audit mandatée par ses soins ont compétence pour vérifier si ces obligations ont été respectées.

L'art. 46 prévoit une obligation de répéter les obligations de diligence lorsqu'un doute survient sur le point de savoir si l'identité du cocontractant a été correctement vérifiée ou si le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique a été dûment identifié. Le doute peut survenir, comme le prévoyait déjà la CDB 08, au cours de la relation d'affaires, mais aussi, d'après la formulation plus large de l'art. 46, au début ou lors de l'établissement de la relation d'affaires. Tel est le cas par exemple lorsque le client donne des indications manifestement erronées à la banque lors de l'établissement de la relation d'affaires.

Le doute peut résulter aussi de constatations insolites. Il y a constatation insolite, notamment, lors de la remise d'une procuration à une personne qui ne saurait manifestement avoir des liens suffisamment étroits avec le cocontractant. Les procurations de gestion qui ne permettent que des transactions à l'intérieur de la relation d'affaires mais qui ne permettent aucun retrait de valeurs ne sont pas visées; en effet, il n'y a rien d'insolite à remettre une telle procuration de gestion à un tiers et, en pareil cas, seul le cocontractant peut disposer des valeurs patrimoniales. Il y a également constatation insolite lorsque les valeurs remises ou sur le point de l'être sont hors de proportion avec la situation financière du cocontractant, telle que connue de la banque.

Des transactions en espèces portant sur des montants élevés ne sont pas en elles-mêmes insolites (voir sentence arbitrale du 22 octobre 2004). Il y a lieu d'évaluer leur caractère insolite au cas par cas, en tenant compte des circonstances de l'espèce (en particulier les conditions de vie du cocontractant).

Si les éventuelles clarifications de la banque quant à l'exactitude des indications données sur le cocontractant ainsi que sur le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique permettent de lever le doute, il n'y a pas lieu de demander un nouveau formulaire A, I, K, S ou T. La formulation «éventuelles clarifications» exprime le fait que la CDB n'impose aucune obligation de procéder à des clarifications quant à la vérification de l'identité du cocontractant et/ou à l'identification du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique. Les banques sont libres, à titre d'alternative, de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant et/ou la procédure d'identification du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique.

Il doit être mis fin aux relations d'affaires en cours dès que cela est possible sans enfreindre le contrat. Si la banque, à cause des instructions de correspondance, est dans l'incapacité de joindre le cocontractant, elle peut attendre la prochaine visite de ce dernier ou la prochaine remise de correspondance avant de mettre fin à la relation d'affaires. Selon la pratique de la Commission de surveillance, l'art. 46 impose la rupture de toutes les relations d'affaires, et pas seulement de celles qui ont suscité le doute (Rapport d'activité 2001-2005, C.4.18, p. 52).

Chapitre 6: Interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux

Le chapitre 6 ainsi que les art. 47 à 52 qu'il contient (art. 7 CDB 08) restent inchangés.

Chapitre 7: Interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues

Le chapitre 7 ainsi que les art. 53 à 57 qu'il contient (art. 8 CDB 08) restent inchangés.

Chapitre 8: Dispositions relatives à l'audit et à la procédure

Dans le cadre de la révision de la CDB, par souci de clarté et de maniabilité, les dispositions relatives à la procédure ont été dissociées et réorganisées.

Section 1 Procédure

Art. 59 Contrôle par la société d'audit

L'art. 59 organise le contrôle du respect de la CDB par les sociétés d'audit. Il renvoie à la circulaire de la FINMA sur la base de laquelle s'effectue ce contrôle (Circulaire-FINMA 2013/03 «Activités d'audit»). L'art. 59 précise expressément que tant l'étendue du contrôle par sondage que son déroulement sont basés sur une approche fondée sur le risque. Dans le cadre de cette approche doivent notamment être pris en compte des critères comme le type d'activité ainsi que le nombre et l'étendue des relations d'affaires ouvertes depuis le dernier contrôle d'audit.

Le plafond de 75 contrôles par sondage fixé par la Chambre fiduciaire est maintenu.

L'art. 59 fixe les délais dans lesquels les manquements sont à signaler. Dans les cas bénins, la société d'audit peut impartir à la banque un délai de remise en conformité.

Art. 60 Procédure d'enquête

La procédure d'enquête dans son ensemble fait désormais l'objet d'une disposition séparée.

En vertu de l'art. 60, al. 4, dans les cas bénins, le Chargé d'enquête est en droit de suspendre une procédure d'enquête de son propre chef. Une règle analogue est prévue à l'art. 6 du règlement d'enquête.

L'art. 60, al. 2 précise en outre que le Chargé d'enquête n'est pas compétent pour se prononcer de manière préjudicielle sur d'éventuelles violations de l'OBA-FINMA. Les violations de l'OBA-FINMA sont examinées par la FINMA et/ou par les sociétés d'audit mandatées par ses soins.

Le Chargé d'enquête et la Commission de surveillance n'ont donc pas à examiner si la banque a clarifié l'arrière-plan économique de certaines relations d'affaires ou transactions, comme l'exige la Loi sur le blanchiment d'argent. C'est l'objet de l'OBA-FINMA et la compétence revient à la FINMA. Il n'y a lieu d'enquêter sur une éventuelle infraction à l'art. 46 que si des indices concrets laissent à penser qu'une personne pourrait avoir été faussement indiquée comme cocontractant, détenteur du contrôle ou ayant droit économique. Les «fishing expeditions», comme par exemple l'examen systématique de tous

les relevés de compte/dépôt et de tous les justificatifs de transactions pour en tirer, le cas échéant, un indice tendant à prouver que la personne indiquée sur un formulaire n'est pas le détenteur du contrôle ou l'ayant droit économique, sont interdites.

Art. 61 Procédure de sanction

Dans la nouvelle disposition relative à la procédure de sanction, le seul moyen de sanction qui demeure est l'amende conventionnelle. Le blâme a été supprimé.

Art. 62 Procédure sommaire

L'art. 62 permet désormais de mettre en œuvre une procédure sommaire, c'est-à-dire une procédure de sanction sans procédure d'enquête.

La banque peut requérir une procédure sommaire auprès de la Commission de surveillance au moyen d'une autodénonciation. Un rapport de la société d'audit de la banque concernée, qui présente la situation ayant donné lieu à l'autodénonciation, doit être joint à la requête.

Il ressort de l'art. 62, al. 3 que dans le cadre de la procédure sommaire, la Commission de surveillance doit parvenir à se prononcer sur la base des faits exposés dans le rapport de la société d'audit.

La Commission de surveillance communique à la banque uniquement le dispositif de sa décision; la banque dispose toutefois d'un délai de dix jours pour exiger une motivation écrite de la décision.

Section 2 Dispositions relatives aux sanctions

Art. 63 Cas bénins

L'art. 63 prévoit désormais que dans les cas bénins, la procédure contre la banque fautive doit être suspendue dans tous les cas sans prononcer de sanction. Le blâme a été supprimé de la CDB 16.

L'art. 63 définit le cas bénin de manière générale. Le cas est bénin, notamment, lorsque le but de la CDB, c'est-à-dire la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique, a été atteint, même si toutes les obligations imposées par la CDB n'ont pas été parfaitement remplies.

Si les manquements constatés consistent en une défaillance systémique de la banque, on ne peut plus considérer que le cas est bénin au sens de l'art. 63.

L'art. 63 énumère quelques exemples de cas bénins, sans qu'il s'agisse d'une liste exhaustive.

Art. 64 Violation de la Convention

En vertu de l'art. 64, al. 1, lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il doit être dûment tenu compte du degré de culpabilité. Il doit être tenu compte également du type de relation d'affaires concerné. En cas d'infractions aux art. 46 à 57, il n'est prononcé de sanction que si ces infractions étaient intentionnelles. Cela correspond à la règle en vigueur jusqu'ici dans le cadre de la CDB 08.

L'art. 64, al. 1 oblige par ailleurs la Commission de surveillance à tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas d'espèce lorsqu'elle prononce ses sanctions.

L'art. 64, al. 2 prévoit que le montant de l'amende conventionnelle est affecté à l'éventuelle couverture des frais de fonctionnement.

Art. 65 Prescription

Le délai de prescription de cinq ans fixé à l'art. 65 commence à courir dans tous les cas à la date où la violation de la CDB est commise.

Si par exemple, à l'expiration de ce délai de cinq ans, on découvre dans le cadre d'une relation d'affaires existante une erreur obligeant à répéter les obligations de diligence au sens de l'art. 46, le fait de ne pas remédier à cette erreur constitue une nouvelle violation de la CDB. Cette dernière fait courir un nouveau délai de prescription de cinq ans.

Section 3 Organisation

S'agissant des dispositions relatives à l'organisation, les règles applicables à la Commission de surveillance ont été dissociées de celles applicables aux Chargés d'enquête.

Art. 66 Commission de surveillance

En vertu de l'art. 66, al. 1, la majorité des membres de la Commission de surveillance doivent être indépendants, mais pas la totalité. En conséquence, peuvent être élues à la Commission de surveillance des personnes qui exercent une activité dans le secteur bancaire. Cela permet d'assurer que des compétences et une expérience fondées sur l'évolution actuelle du secteur financier soient représentées au sein de la Commission de surveillance.

Une personne n'est pas considérée comme indépendante au sens de l'art. 66, al. 1 si elle travaille comme employé(e) ou mandataire pour une banque suisse ou un négociant en valeurs mobilières suisse, ou si elle exerce une fonction d'organe. Lorsque la Commission de surveillance traite un cas concernant l'établissement financier auquel un membre de la Commission de surveillance est lié dans le sens précité, celui-ci doit se récuser. Le règlement de la Commission de surveillance précise les détails.

Afin d'assurer un rajeunissement régulier des organes de surveillance, la limite d'âge prévue à l'art. 66, al. 3 est maintenue.

Art. 67 Chargés d'enquête

La CDB 16 conserve les deux possibilités à la disposition des Chargés d'enquête, à savoir suspendre la procédure de leur propre chef ou proposer à la Commission de surveillance de mener une procédure de sanction.

Chapitre 9: Dispositions finales

Art. 70 Dispositions transitoires

Les nouvelles règles relatives à l'identification du détenteur du contrôle introduites dans la CDB 16 (art. 20 et suivants) s'appliquent aux relations d'affaires établies à compter du 1^{er} janvier 2016. S'agissant des relations d'affaires existantes avec des sociétés exerçant une activité opérationnelle et non cotées en bourse, les nouvelles règles relatives à l'identification du détenteur du contrôle ne s'appliquent que dans la mesure où, conformément à l'art. 46, il y a lieu de répéter les obligations de diligence en raison de doutes quant à l'exactitude des indications données sur l'identité du cocontractant ou quant à l'ayant droit des valeurs patrimoniales.

L'exception à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant au sens de l'art. 4 pour les relations d'affaires clôturées avant le 1^{er} janvier 2016 dans le cadre d'un «forced exit» vaut aussi si le versement/transfert final des fonds ne peut intervenir qu'après le 1^{er} janvier 2016.

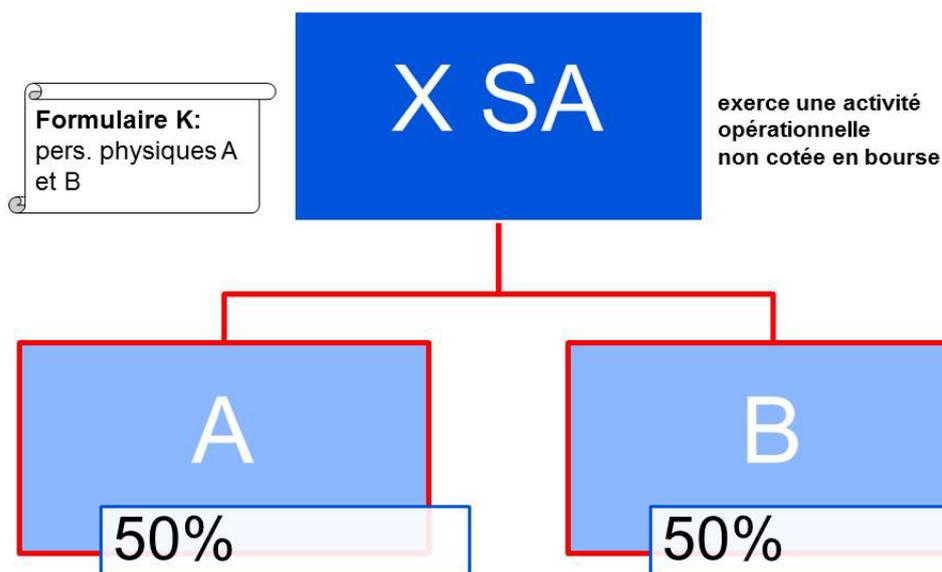
Liste des abréviations

ASB	Association suisse des banquiers
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
GAFI	Groupe d'Action Financière (sur Internet: http://www.fatf-gafi.org)
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent) du 10 octobre 1997, RS 955.0
LIMF	Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (Loi sur l'infrastructure des marchés financiers) du 19 juin 2015, RS 958.1
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs) du 23 juin 2006, RS 951.31
OBA-FINMA	Ordonnance 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 du 3 juin 2015 (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA), RS 955.033.0
RS	Recueil systématique du droit fédéral (sur Internet: https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/droit-federal/recueil-systematique.html)

• Association suisse des banquiers
Aeschenplatz 7
Case postale 4182
CH-4002 Bâle
Tel. +41 61 295 93 93
Fax +41 61 272 53 82
office@sba.ch
www.swissbanking.org

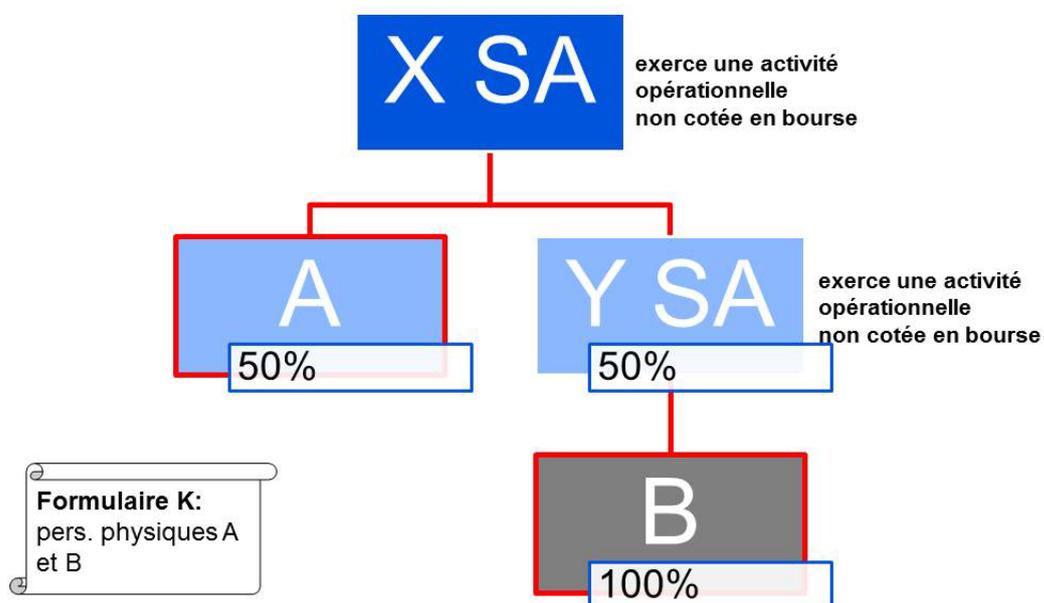
Appendice: cas de figure

Exemple 1



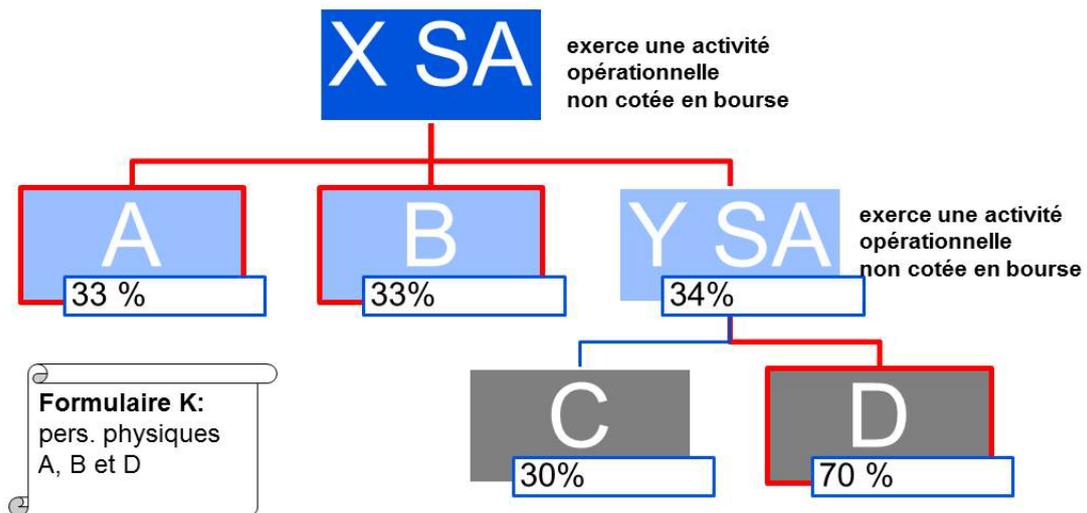
Il y a lieu d'identifier les personnes physiques A et B au moyen du formulaire K, car elles détiennent chacune au moins 25% des droits de vote ou du capital.

Exemple 2



Il y a lieu d'identifier les personnes physiques A et B au moyen du formulaire K. A détient au moins 25% des droits de vote ou du capital de X SA, B détient au moins 50% des droits de vote ou du capital de la société interposée Y SA et exerce ainsi le contrôle de Y SA.

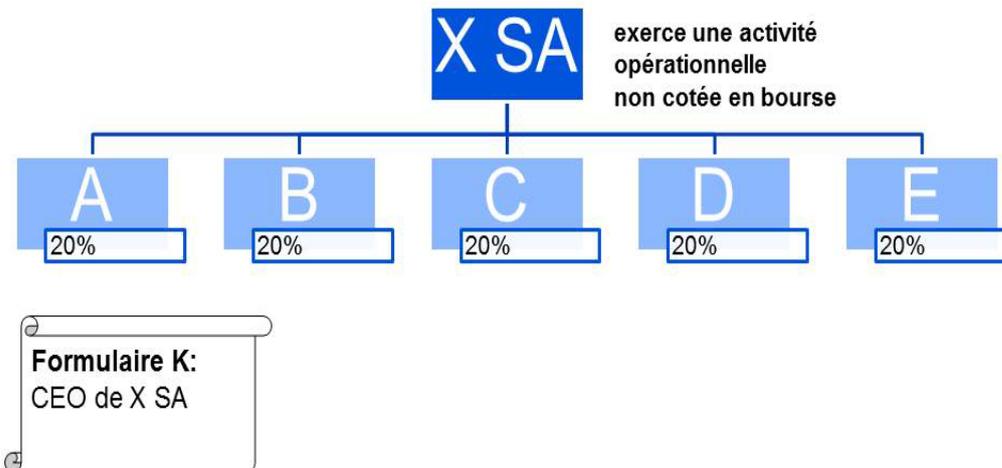
Exemple 3



Il y a lieu d'identifier les personnes physiques A, B et D au moyen du formulaire K.

C n'a pas à être identifié, car D détient au moins 50% des droits de vote ou du capital de la société interposée Y SA et exerce ainsi le contrôle de Y SA.

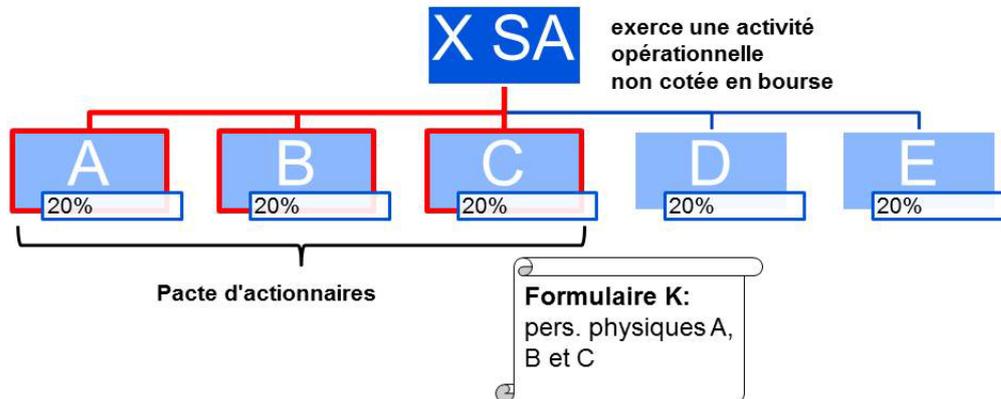
Exemple 4



Aucune personne physique ne détenant au moins 25% des droits de vote ou du capital de X SA, le premier niveau du processus en cascade ne permet pas d'identifier de détenteurs du contrôle.

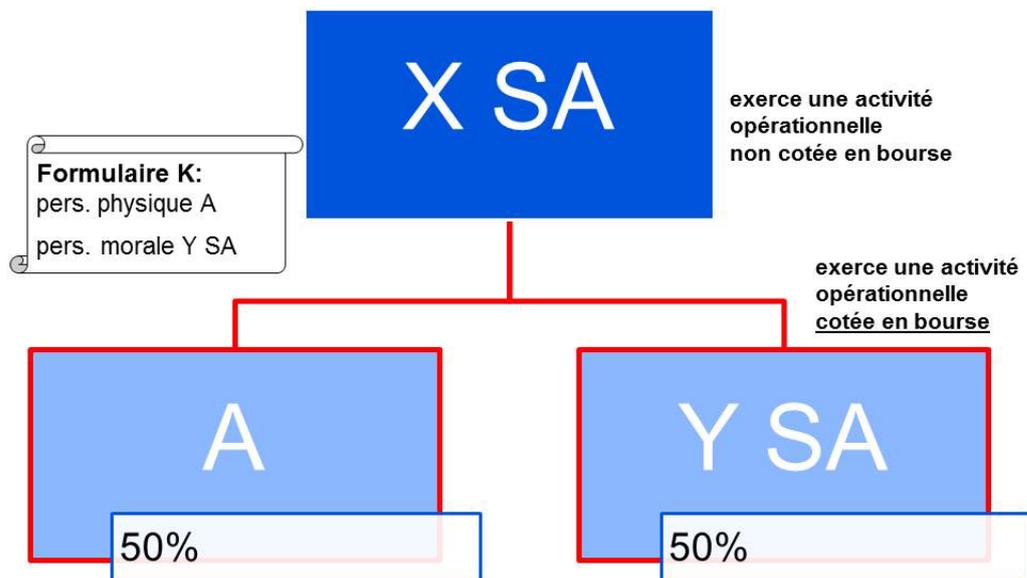
Si le deuxième niveau du processus en cascade ne permet pas d'identifier de détenteurs du contrôle qui contrôlent le cocontractant «d'une autre manière reconnaissable», il y a lieu d'identifier, dans le cadre du troisième niveau du processus en cascade, la personne dirigeante du cocontractant.

Exemple 5



Il y a lieu d'identifier les personnes physiques A, B et C au moyen du formulaire K, car elles sont liées par un pacte d'actionnaires et détiennent ainsi ensemble au moins 25% des droits de vote ou du capital de X SA. Les personnes physiques D et E n'ont pas à être identifiées.

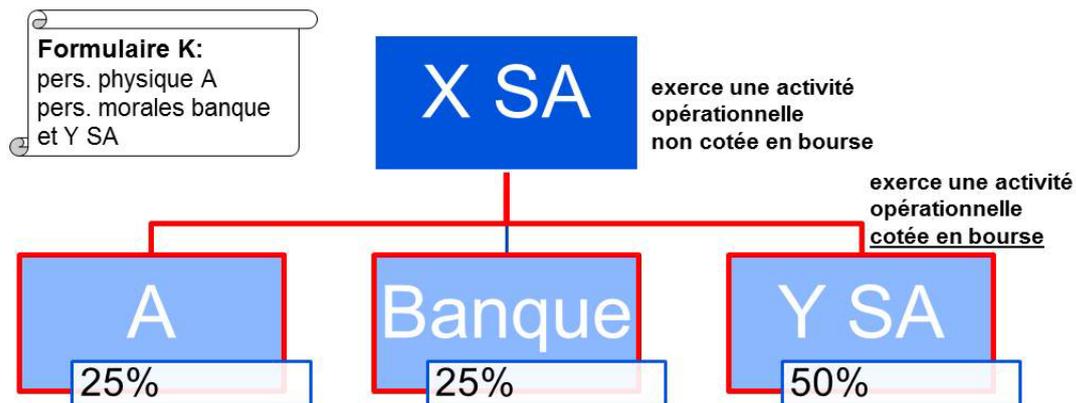
Exemple 6



Il y a lieu d'identifier la personne physique A ainsi que Y SA au moyen du formulaire K.

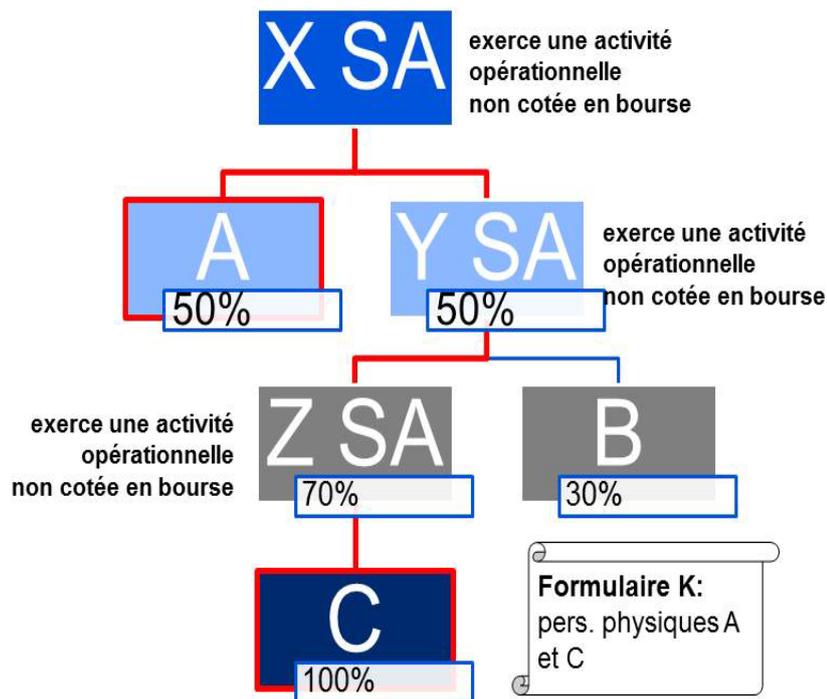
En raison de l'exception prévue à l'article 22, les détenteurs du contrôle de Y SA n'ont pas à être identifiés.

Exemple 7



Il y a lieu d'identifier la personne physique A, la banque ainsi que Y SA au moyen du formulaire K. En raison des exceptions prévues aux articles 22 et 24, les détenteurs du contrôle de la banque et de Y SA n'ont pas à être identifiés.

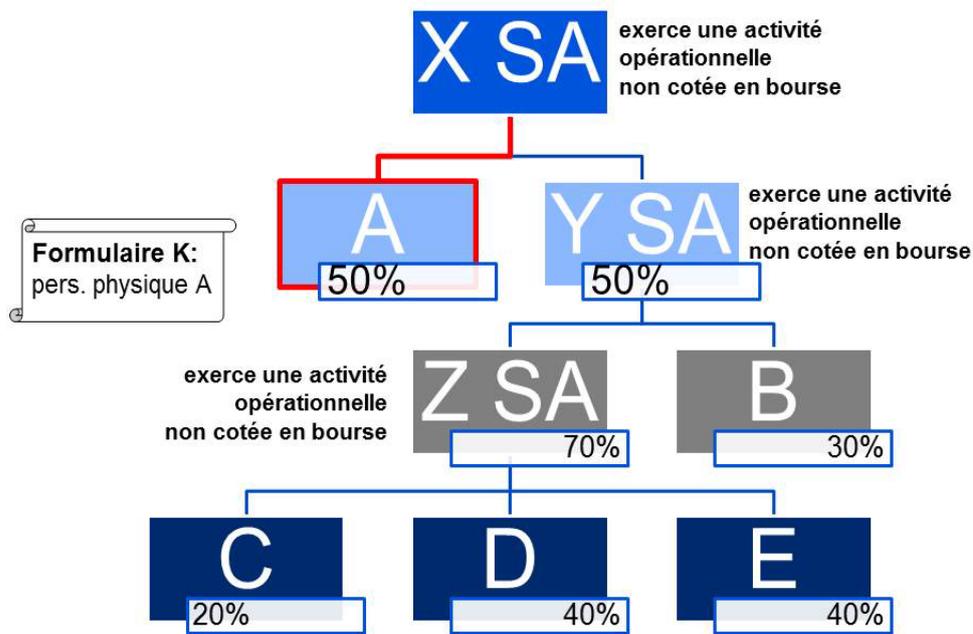
Exemple 8



Il y a lieu d'identifier les personnes physiques A et C au moyen du formulaire K.

La personne physique B n'a pas à être identifiée, car elle ne détient pas au moins 50% des droits de vote ou du capital de Y SA.

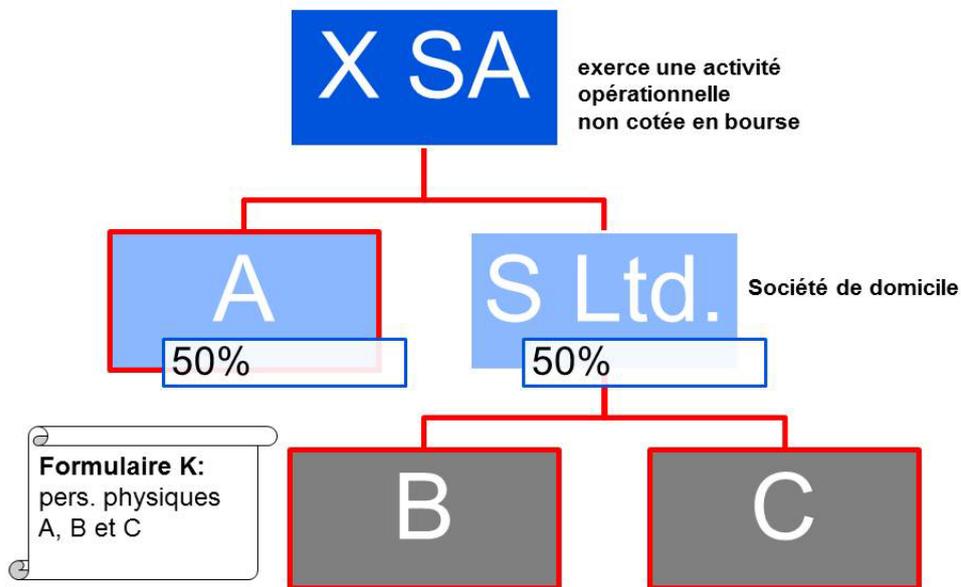
Exemple 9



Il y a lieu d'identifier la personne physique A au moyen du formulaire K.

La personne physique B n'a pas à être identifiée, car Z SA détient une participation majoritaire dans Y SA. Les personnes physiques C, D et E n'ont pas à être identifiées non plus, car aucune d'elles ne détient une participation majoritaire dans Z SA.

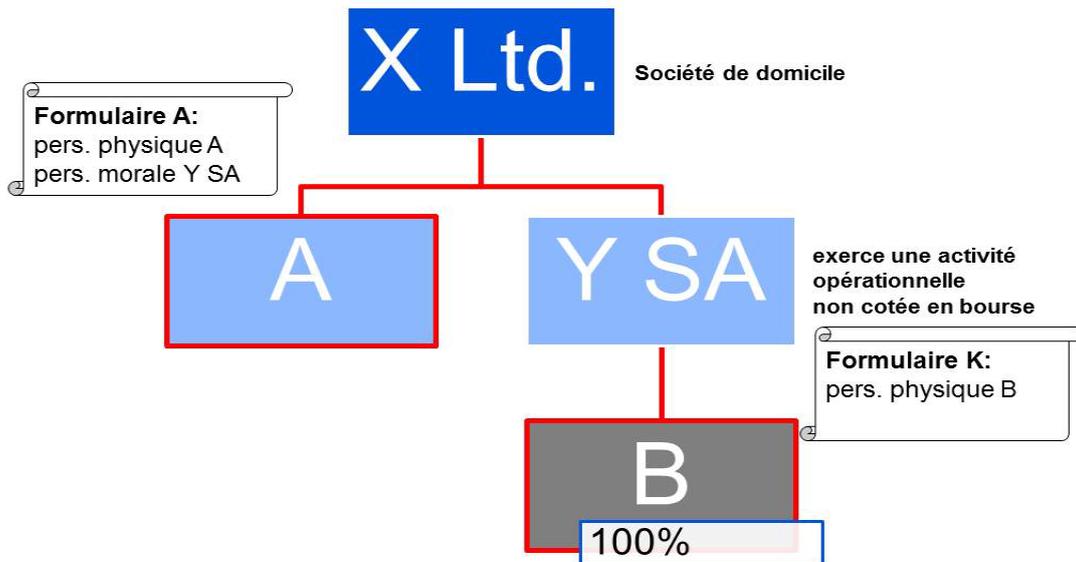
Exemple 10



Il y a lieu d'identifier les personnes physiques A, B et C au moyen du formulaire K.

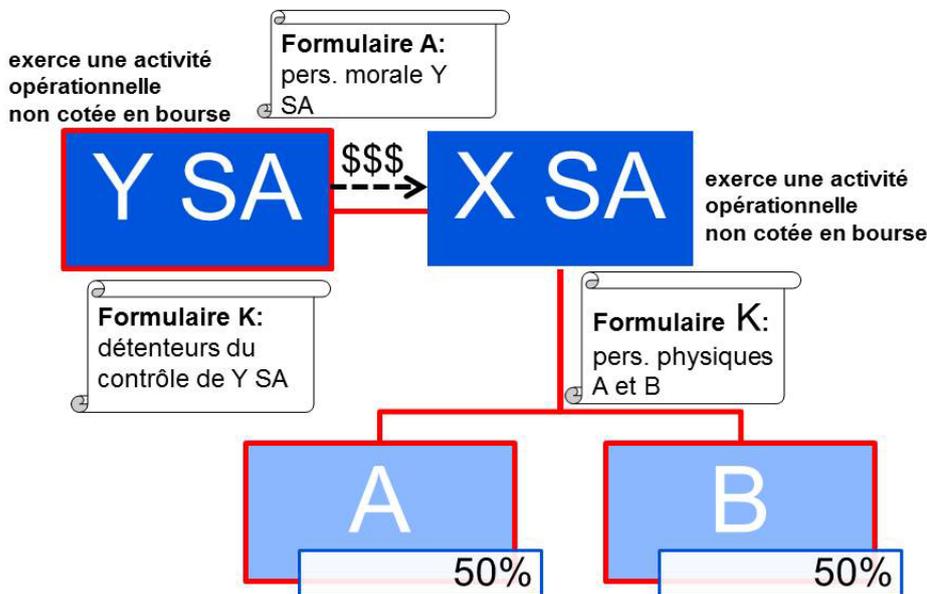
Pour la société de domicile S, il n'est pas nécessaire de se faire remettre un formulaire A séparé. Tous les ayants droit économiques de S Ltd. doivent être identifiés, quelle que soit leur quote-part dans la société.

Exemple 11



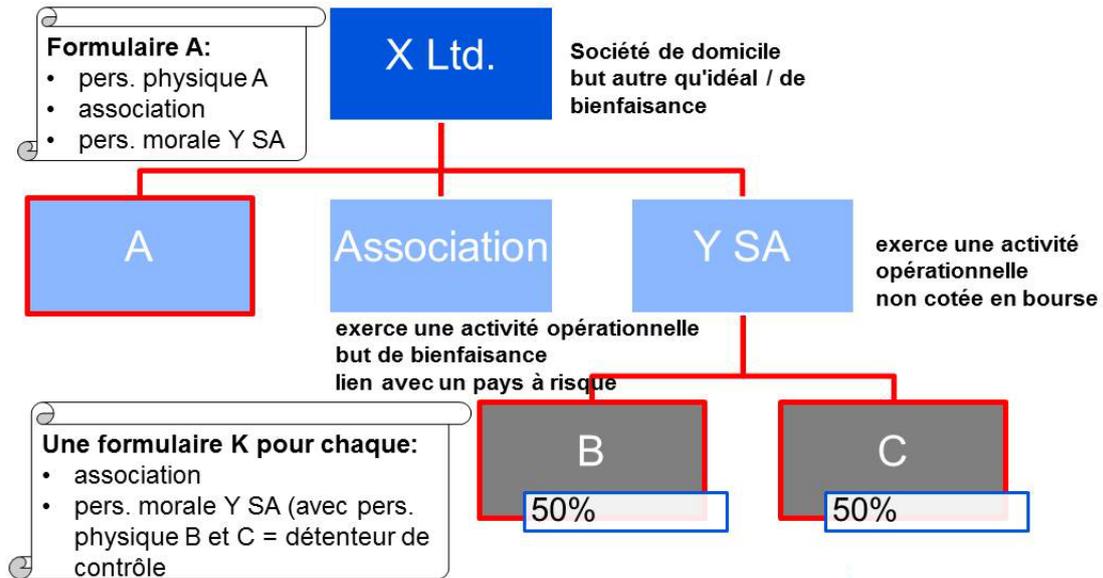
Il y a lieu d'identifier la personne physique A en tant qu'ayant droit économique des valeurs patrimoniales du cocontractant, ainsi que la société interposée Y SA, au moyen du formulaire A. Il y a lieu d'identifier la personne physique B en tant que détenteur du contrôle de la société interposée Y SA au moyen du formulaire K.

Exemple 12



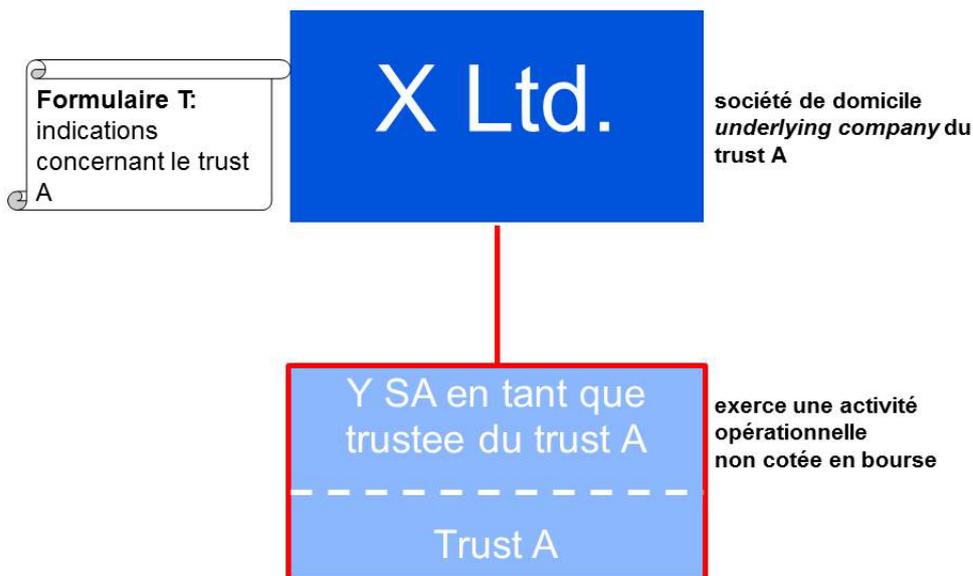
Le cocontractant détient des valeurs patrimoniales de la personne morale Y SA à titre fiduciaire. Il y a lieu d'identifier les personnes physiques A et B au moyen du formulaire K, car elles détiennent chacune au moins 25% des droits de vote ou du capital. Le cocontractant doit en outre indiquer sur le formulaire K qu'un tiers est ayant droit économique des valeurs patrimoniales déposées sur le compte/dépôt. Le cocontractant doit donc compléter en plus un formulaire A et y indiquer Y SA comme ayant droit économique de ces valeurs patrimoniales. Pour Y SA, qui exerce une activité opérationnelle et n'est pas cotée en bourse, il y a lieu d'identifier ensuite chacun des détenteurs du contrôle au moyen d'un formulaire K. Sur le formulaire K destiné à identifier les détenteurs du contrôle de Y SA, il n'y a pas lieu de répondre à la question sur la «détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire». Si, en plus des avoirs détenus à titre fiduciaire pour la Y SA, ils se trouvent également des avoirs de la X SA sur les comptes de cette dernière, il y a lieu d'indiquer la X SA en plus de la Y SA sur le formulaire A.

Exemple 13



Il y a lieu d'identifier au moyen du formulaire A la personne physique A en tant qu'ayant droit économique des valeurs patrimoniales du cocontractant, l'association, qui exerce une activité opérationnelle, poursuit un but de bienfaisance et présente un lien avec un pays à risque, ainsi que la société interposée Y SA. Il y a lieu d'identifier les personnes physiques B et C en tant que détenteurs du contrôle de la société interposée Y SA au moyen du formulaire K. Au moyen d'un autre formulaire K, il y a lieu d'identifier les détenteurs du contrôle de l'association, car celle-ci présente un lien avec un pays à risque et n'entre donc pas dans le champ d'application de l'exception prévue à l'article 25, alinéa 1. S'il s'avère impossible d'identifier des détenteurs du contrôle qui détiennent au moins 25% des droits de vote ou du capital, ou qui contrôlent l'association d'une autre manière reconnaissable, il y a lieu d'identifier à la place la personne dirigeante. Sur les formulaires K destinés à identifier les détenteurs du contrôle de Y SA ceux de l'association, il n'y a pas lieu de répondre à la question sur la «détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire».

Exemple 14



La société X Ltd, en tant que cocontractante, doit fournir les indications requises concernant le trust A au moyen du formulaire T.