

2008 / 2009 / 2011

Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08)

Table des matières

Introduction.....	4
Généralités.....	5
Commentaire de certaines dispositions de la CDB.....	7
Art. 1 Préambule	7
1 Champ d'application géographique	7
3 Délimitation par rapport à la LBA et à l'OBA-CFB	7
4 Commentaire relatif à la CDB.....	7
A Vérification de l'identité du cocontractant et identification de l'ayant droit économique.....	8
Art. 2 Vérification de l'identité du cocontractant.....	8
5 Livrets d'épargne au porteur	9
7 Opérations de caisse	9
8 Obligation de procéder à la vérification de l'identité sans égard au montant impliqué dans la relation d'affaires.....	9
9 Pourparlers engagés par l'intéressé en personne avec la banque.....	10
10 Relations d'affaires établies par correspondance	10
11 Emission de l'attestation d'authenticité	11
12 Vérification de l'identité en cas d'inscription au registre suisse du commerce ou dans un registre étranger équivalent.....	12
13 Vérification de l'identité en cas d'absence d'inscription au registre suisse du commerce ou dans un registre étranger équivalent.....	12
14 Identification de la personne qui établit la relation d'affaires et prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant.....	13
15 Vérification de l'identité dans le cas de sociétés simples, de sociétés en constitution et de Trustees.....	15
16 Date de l'extrait du Registre du commerce ou de la pièce équivalente.....	17
17 Personnes morales notoirement connues.....	18
18 Compte ouvert pour un mineur, compte pour la garantie du loyer..	18
19 Vérification de l'identité déjà effectuée au sein du groupe	19
20 Vérification de l'identité d'une autre manière.....	19
21 Délégation de la vérification de l'identité.....	19
22 Obligation de documentation.....	20
23 Dispositions obligatoires en matière de documentation («Sicherstellungspflicht»)	20
24 Moment de l'exécution de l'obligation de documenter la vérification de l'identité du cocontractant.....	21
Art. 3 Identification de l'ayant droit économique.....	22
25 Doute quant au fait que le cocontractant est aussi l'ayant droit économique.....	22
27 Données à recueillir.....	23
28 Signature du formulaire A.....	23
30 Formulaire A modèle.....	24
31 Formulaire A analogue au formulaire modèle.....	25

32	Comptes globaux et dépôts globaux.....	25
33	Formes de placement collectif et sociétés de participations.....	26
34	Banques et autres intermédiaires financiers ainsi qu'autorités suisses en qualité de cocontractants	27
35	Délégation de l'identification de l'ayant droit économique et moment de l'exécution de l'obligation de documenter l'identification	28
36	Dispositions obligatoires en matière de documentation ("Sicherstellungspflicht").....	28
Art. 4	Procédure relative aux sociétés de domicile	28
38	Notion de société de domicile.....	29
39	Sociétés holding, sociétés immobilières, etc.	29
43	Valeurs patrimoniales sans ayant droit économique déterminé.....	30
44	Constructions révocables.....	31
45	Modification des signatures autorisées	31
Art. 5	Personnes tenues à un secret professionnel	31
46	Formulaire R modèle	31
Art. 6	Répétition de la procédure de vérification de l'identité du cocontractant ou de la procédure d'identification de l'ayant droit économique (art. 2-5 CDB).....	32
47	Rupture des relations d'affaires.....	33
B	Interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux	34
Art. 7	Fuite de capitaux.....	34
C	Interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues.....	35
Art. 8	Soustraction fiscale et actes analogues	35
D	Autres dispositions.....	36
Art. 9	Comptes numérotés	36
Art. 10	Contrôle par la société d'audit.....	36
Art. 11	Violation de la Convention, sanctions.....	36
Art. 12	Commission de surveillance, chargés d'enquêtes.....	37
59	Interprétation de la CDB.....	37
Art. 13	Procédure arbitrale	38
Art. 14	Entrée en vigueur.....	38
Art. 15	Disposition transitoire.....	38
	Formulaire A.....	39
	Formulaire R.....	39
	Table des abréviations.....	40

Introduction

Depuis son instauration en 1977, la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB) fait l'objet d'une révision tous les 5 ans (exception faite de la CDB 98 en raison de l'entrée en vigueur de la loi sur le blanchiment d'argent). C'est ainsi que la CDB a été révisée en dernier lieu en 2007 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2008.

Généralités

La Commission juridique de l'Association suisse des banquiers (ASB) a décidé, suite à la révision de la CDB en 2002, de rédiger pour la première fois un rapport sur la révision de la CDB. Elle a également décidé, lors de la révision de 2007, de rédiger un rapport, mais cette fois sous la forme d'un commentaire détaillé de dispositions choisies de la CDB 08. Il a également été décidé de stipuler expressément dans la CDB (ch. 4 CDB) que ces rapports explicatifs doivent être pris en compte dans l'interprétation de la CDB au titre des travaux préparatoires. Toutes les indications contenues dans le rapport relatif à la CDB 03 qui restent valables dans le cadre de la CDB 08 ont été intégrées dans le présent commentaire.

La Suisse est certainement le pays au monde qui dispose de la réglementation la plus stricte en matière de vérification de l'identité du cocontractant et d'identification de l'ayant droit économique. Malgré cela, dans le cadre de son «Rapport d'évaluation mutuelle» de 2005, le Groupe d'Action Financière (GAFI), a critiqué la Suisse pour n'avoir pas suffisamment transposé dans son ordre juridique interne ses 40 recommandations et 9 recommandations spéciales. La présente révision tient compte de ces critiques et des difficultés liées à la mise en pratique de certaines règles de la CDB. De ce fait, la révision de la CDB 03 a été conséquente.

Certaines dispositions, qui se sont avérées trop rigides, voire concrètement inapplicables ou disproportionnées sur le plan international, ont été amendées. Le principe selon lequel le système de sanctions de la CDB ne s'applique qu'aux seules violations de la CDB a été maintenu. La mise en œuvre des obligations de diligence découlant de la Loi sur le blanchiment d'argent et de l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent de la CFB sont à traiter séparément. Elle est de la compétence de la CFB. La révision vise à clarifier certaines dispositions spécifiques au sujet desquelles le risque existait de mêler indument les obligations de diligence ressortant de la CDB et celles qui relèvent de l'OBA-CFB.

Certaines dispositions amendées l'ont été sciemment pour permettre une plus grande souplesse et permettre ainsi une application de la CDB basée sur le risque; ce d'autant plus que la CDB ne contient que des règles minimales de surveillance et que les signataires sont libres d'adopter des règles plus contraignantes sur des points spécifiques.

La structure et la présentation de la CDB n'ont pas été modifiées, étant donné l'ancrage de ces normes dans la pratique. Pour permettre une utilisation plus simple, la CDB contient dorénavant une table des matières. De plus, un titre a été ajouté à chaque chiffre de la CDB, qui figure également dans la table des matières. Une liste des abréviations a enfin été introduite dans le présent commentaire (voir la dernière page).

D'un point de vue formel, des lettres qui se suivent ont été utilisées en lieu et place de tirets, afin d'harmoniser la manière de se référer aux dispositions de la CDB. La terminologie a été uniformisée (par exemple «société d'audit» au lieu de «organe de révision», – «cocontractant» au lieu de «client, titulaire du compte, cocontractant, etc.») et adaptée aux termes employés par la Loi sur le blanchiment d'argent. Le Commentaire emploie le terme «chiffre», plus communément utilisé dans la pratique. On trouve également dans la pratique des termes analogues comme «dispositions d'exécution» ou «chiffre marginal».

Le projet de CDB 08 a fait l'objet d'une procédure de consultation lancée le 26 septembre 2007 auprès des organes de surveillance de la CDB, des banques et des groupes de banques, des instances de l'ASB ainsi que d'autres organisations (par exemple la Chambre fiduciaire et le forum des OAR-LBA). Sur la base des quelque 25 prises de

positions reçues, la CDB 08 et le présent commentaire ont été retravaillés et finalisés avec le concours de la CFB.

Commentaire de certaines dispositions de la CDB

Art. 1 Préambule

1 Champ d'application géographique

Le ch. 1 CDB mentionne dorénavant expressément qu'outre les banques, les négociants en valeurs mobilières peuvent également signer la CDB. Sauf indication contraire, la CDB et le commentaire se réfèrent à l'ensemble des intermédiaires financiers signataires (banques et négociants en valeurs mobilières), même si pour des raisons linguistiques, seule la dénomination « banque » est utilisée dans le texte.

Son champ d'application demeurant limité au seul territoire suisse, la CDB ne saurait produire un quelconque effet au plan international. Les banques doivent néanmoins se garder d'utiliser leurs succursales et leurs filiales à l'étranger pour contourner la CDB (al. 2).

3 Délimitation par rapport à la LBA et à l'OBA-CFB

Le ch. 3 dispose notamment que la CDB vise à concrétiser certaines obligations de diligence spécifiques prévues par la Loi sur le blanchiment d'argent (vérification de l'identité du cocontractant et identification de l'ayant droit économique). C'est également l'objectif poursuivi par l'OBA-CFB, qui règle en particulier les circonstances dans lesquelles l'arrière-plan de relations d'affaires ou de transactions inhabituelles doit être éclairci (cf. également la troisième phrase du ch. 3 CDB). En conséquence, les organes chargés de l'application de la CDB n'ont pas à se préoccuper des points traités dans ladite ordonnance, qui relèvent exclusivement de la compétence de la CFB.

Une réglementation spéciale relative à l'identification des clients dans les opérations de cartes de crédit est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004 (cf. Circulaire n° 7356 de l'ASB du 23 septembre 2004). Elle continue à s'appliquer sans changement après l'entrée en vigueur de la CDB 08.

4 Commentaire relatif à la CDB

La CDB règle dorénavant expressément la relation entre la Convention et le commentaire. Il est clairement stipulé que le commentaire de la CDB 08 est une source pour l'interprétation de la CDB par les banques, les organes de la CDB (y compris le Tribunal arbitral) et les sociétés d'audit. L'importance du commentaire est ainsi affirmée et renforcera la sécurité juridique dans l'intérêt des utilisateurs de la CDB. Dans l'application de la CDB 08, les décisions de la Commission de surveillance prises en application de la présente version de la CDB («Leading Cases») doivent également être prises en compte. Ces décisions sont publiées par l'ASB.

Le présent commentaire intègre les passages encore applicables du Rapport sur la révision 2003 de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 03), afin d'en faciliter la lecture. Le Rapport explicatif de la CDB 03 ne conserve ainsi une portée propre qu'en ce qui concerne l'examen des violations de la CDB 03.

Le ch. 4 de la CDB 03 est dorénavant entièrement couvert par l'art. 9 CDB 08.

A Vérification de l'identité du cocontractant et identification de l'ayant droit économique

Art. 2 Vérification de l'identité du cocontractant

Selon la pratique de la Commission de surveillance, l'identité de tous les cocontractants d'un compte collectif doit être vérifiée, pour autant que les ch. 15 et ss de la CDB ne soient pas applicables.

Conformément à la pratique constante de la Commission de surveillance (cf. notamment Rapport d'activité 2001 – 2005 de la Commission de surveillance, casuistique, cas 1.10 et 1.13), il n'y a pas lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de l'identité d'un cocontractant dont l'identité a déjà été vérifiée, lorsqu'il établit de nouvelles relations d'affaires. Cette jurisprudence a été intégrée à la CDB dans le nouvel al. 3 de l'art. 2. Il n'y a pas lieu de documenter particulièrement la décision de renoncer à une nouvelle vérification de l'identité du cocontractant en raison d'une relation contractuelle préexistante. Les dispositions obligatoires en matière de documentation (Sicherstellungspflicht, cf. ch. 23 CDB) sont respectées lorsqu'il ressort du dossier que l'identité du cocontractant avait déjà été vérifiée (par exemple lorsque les documents y relatifs ont été versés au dossier ou sont disponibles dans le système informatique de la banque). L'art. 6 est également applicable dans ce cas; l'identité du cocontractant doit à nouveau être vérifiée en cas de doute au sens de l'art. 6.

Le terme «correctement» se réfère aux obligations de diligence qui étaient en vigueur au moment de l'établissement de la relation d'affaires. La vérification de l'identité du cocontractant est ainsi considérée comme correctement effectuée lorsque les dispositions de la CDB applicables lors de l'établissement de la relation d'affaires ont été respectées ou, alternativement, celles de l'actuelle CDB (lex mitior). La prescription est réglée à l'art. 11 al. 5.

Le renvoi aux ch. 14 et 15 de la CDB signifie que ces dispositions n'ont pas non plus à être appliquées à nouveau lorsque l'identité d'un cocontractant a déjà été vérifiée. Si, par ailleurs, une personne qui a été identifiée lors de l'ouverture d'une relation d'affaires pour une personne morale selon le ch. 14, établit une relation d'affaires pour elle-même, il y a lieu de vérifier son identité conformément aux dispositions des ch. 9 à 12 et ss. Cette distinction s'explique par le fait que la CDB prévoit des règles différentes pour la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de la personne qui établit la relation d'affaires (cf. aussi commentaire relatif au ch. 14).

L'art. 2 al. 3 ne s'applique qu'aux relations d'affaires existantes. Lorsqu'une relation d'affaires a été entièrement résiliée et qu'une nouvelle relation d'affaires est nouée ultérieurement, l'identité du cocontractant doit à nouveau être vérifiée.

La procédure d'identification de l'ayant droit économique fait l'objet de dispositions spécifiques (cf. art. 3 et ss). Le principe énoncé à l'art. 2 al. 3, selon lequel il n'y a pas lieu de renouveler la vérification de l'identité du cocontractant, n'est pas applicable par analogie à l'identification de l'ayant droit économique. Il y a lieu au contraire de déterminer de cas en cas si la présomption, selon laquelle le cocontractant et l'ayant droit économique sont identiques, est renversée (cf. en particulier art. 3 et ch. 25 CDB).

Concernant la réglementation spéciale relative à la vérification de l'identité des clients dans les opérations de cartes de crédit, on se réfère au commentaire du ch. 3 CDB.

5 Livrets d'épargne au porteur

Dans le cadre de son «Rapport d'évaluation mutuelle» en 2005, le GAFI avait critiqué le fait que la Suisse, bien qu'ayant interdit l'ouverture de nouveaux livrets d'épargne au porteur, n'avait toutefois rien entrepris pour supprimer les livrets d'épargne au porteur encore existants. A cette fin, la circulaire numéro 7443 de l'ASB du 20 décembre 2005 avait recommandé de bloquer à l'interne les avoirs déposés sur ces livrets d'épargne au porteur, en vue de les convertir en d'autres types de produits d'épargne libellés au nom du cocontractant et de sensibiliser simultanément les employés de la banque à cette problématique. Dans l'intervalle, un nombre important de carnets d'épargne au porteur ont ainsi été transformés. Afin de diminuer encore davantage le nombre de carnets d'épargne au porteur en circulation, la CDB révisée précise dorénavant qu'aucun nouveau livret d'épargne ne peut plus être ouvert au porteur et qu'une vérification systématique de l'identité du porteur du livret doit intervenir à chaque retrait (opérations en espèces, transferts, etc.). Les dépôts sur les livrets d'épargne au porteur ne peuvent plus être acceptés. Les banques ont l'obligation d'annuler les livrets d'épargne au porteur, lors de leur première présentation physique. Selon les possibilités, il sied de proposer un produit au nom du cocontractant ou de mettre un terme à la relation d'affaires (par le remboursement des avoirs en vérifiant simultanément l'identité du cocontractant, conformément à l'art. 28 OBA-CFB).

7 Opérations de caisse

La définition d'opérations de caisse englobe également les opérations de change en espèces dans la même monnaie en vue d'obtenir d'autres coupures.

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

Lors d'opérations de caisse, l'identité du cocontractant ne doit être vérifiée que lorsqu'elles portent sur un montant supérieur à CHF 25'000.-. Cette exception n'est toutefois pas applicable lorsqu'un doute existe quant à l'éventuelle origine criminelle des valeurs en question. Le doute doit porter sur le fait que des valeurs en cause puissent provenir de l'une des sources énoncées par l'art. 9 al. 1 LBA, c'est-à-dire qu'elles aient un rapport avec une infraction au sens de l'art. 305bis CP, qu'elles proviennent d'un crime (défini à l'art. 10 al. 2 CP) ou qu'une organisation criminelle exerce un pouvoir de disposition sur ces valeurs (art. 260ter CP).

Conformément à la recommandation 13 du GAFI (en relation avec la recommandation 5), l'art. 24 OBA-CFB¹ oblige les banques à adresser une communication au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent lorsqu'elles rompent des négociations en vue d'établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés manifestes de blanchiment ou de liens avec une organisation terroriste ou criminelle d'un autre type. Cette obligation sera explicitement ancrée dans la loi, dans le cadre de la révision de la LBA (cf. art. 9 al. 1 lit. b P-LBA). Pour cette raison, le ch. 8 CDB a été harmonisé avec les règles précitées et la dernière phrase de l'al. 2 a été supprimée.

¹ L'entrée en vigueur de l'OBA-CFB modifiée le 1^{er} juillet 2008 entraînera la suppression de l'art. 24 OBA-CFB étant donné que la LBA révisée déterminera l'obligation de communiquer lors de la rupture des négociations visant à établir une relation d'affaires (voir le projet concernant l'art. 9 al. 1, lit. b LBA).

Selon la systématique de la CDB, l'obligation d'établir un dossier complet concernant l'identité du cocontractant est liée à l'établissement effectif d'une relation d'affaires avec le cocontractant (cf. art. 2 CDB). En vertu des dispositions générales en matière de documentation obligatoire («Sicherstellungspflicht», cf. à cet effet, art. 7 LBA et ch. 23 et 36 CDB), une banque doit, au surplus, conserver les documents et pièces déjà obtenus lorsqu'elle refuse une relation d'affaires. En revanche, il n'existe aucune obligation d'obtenir des documents supplémentaires en vue d'une communication de soupçon de blanchiment, si la banque refuse d'établir une relation d'affaires (cf. également p. 17 du Message).

1. Personnes physiques

a) Généralités: documents acceptés en vue de la vérification de l'identité du cocontractant

Les documents admis pour vérifier l'identité du cocontractant sont décrits, comme auparavant, d'une façon générale ; on a renoncé à une liste exhaustive. La décision d'admettre tel ou tel document est de la compétence de chaque banque et est laissée à son appréciation. On s'assure ainsi que chaque situation spécifique sera évaluée en tenant compte du risque.

b) Documents d'identification échus

En principe, les documents servant à la vérification de l'identité du cocontractant devraient être actuels (en particulier la photographie). On a renoncé cependant à décrire en détail la façon de traiter les documents d'identité échus de personnes physiques. La décision dans ce domaine relève de la compétence de chaque banque et est laissée à son appréciation.

c) Notion de vérification de l'identité du cocontractant

Les ch. 9 et 10 utilisent dorénavant la notion «vérification de l'identité du cocontractant»/«identifiziert» pour décrire la procédure de vérification de l'identité du cocontractant. Cette procédure ne se confond pas avec l'identification de la personne qui établit la relation d'affaires ; des règles propres existent dans ces deux cas de figure (voir à ce sujet le commentaire du ch. 14 CDB).

9 Pourparlers engagés par l'intéressé en personne avec la banque

La notion utilisée au ch. 9 CDB «pourparlers engagés par l'intéressé en personne» décrit la situation dans laquelle la relation d'affaires a été établie lors d'un contact personnel entre le client et le représentant de la banque. Ce contact personnel peut avoir lieu dans les locaux de la banque ou ailleurs.

10 Relations d'affaires établies par correspondance

Lorsqu'une relation d'affaires est établie par Internet, l'identité du cocontractant doit être vérifiée de la même manière que lorsqu'une relation d'affaires est établie par correspondance.

Lorsqu'une relation d'affaires est établie par correspondance, le domicile indiqué doit être confirmé par un échange de correspondance ou par tout autre moyen équivalent, eu égard au fait que les passeports, les cartes d'identité et les permis de conduire ne comportent pas l'adresse. L'envoi d'un courrier ordinaire (A ou B) est suffisant pour

obtenir confirmation de l'adresse au sens de ce chiffre; une lettre recommandée n'est pas nécessaire.

La vérification de l'identité du cocontractant lorsque les relations d'affaires sont établies par correspondance et l'obtention requise d'une attestation d'authenticité par un tiers doivent être distinguées de la vérification de l'identité du cocontractant par délégation. Conformément à la jurisprudence de la Commission de surveillance, la vérification de l'identité du cocontractant par un délégataire n'est possible qu'entre présents (cf. également commentaire du ch. 23 CDB). A l'inverse, il n'y a pas délégation de la vérification de l'identité lorsque le cocontractant est identifié par correspondance avec remise d'une attestation d'authenticité, raison pour laquelle une convention écrite n'est pas nécessaire entre la banque et la personne qui établit cette attestation.

11 Emission de l'attestation d'authenticité

Lors de l'ouverture d'une relation d'affaires par correspondance, ce ne sont pas les originaux, mais une copie des documents ayant servi à la vérification de l'identité du cocontractant qui sont présentés à la banque. C'est la raison pour laquelle leur authenticité doit être confirmée. La vérification de la signature n'est pas nécessaire.

Outre les succursales, bureaux de représentation et filiales de la banque ou encore les banques correspondantes, d'autres intermédiaires financiers reconnus par la banque, tels que les notaires ou instances publiques délivrant habituellement de telles attestations d'authenticité peuvent les émettre. La notion d'intermédiaire financier au sens de la lit. b) est définie à l'art. 2 al. 2 et 3 LBA. Il s'agit donc d'un intermédiaire financier assujéti à une certaine surveillance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Les avocats en Suisse affiliés à un organisme d'autorégulation (OAR) autorisé par la FINMA sont considérés comme des «autres intermédiaires financiers» au sens de la lit. b). Pour le reste, les avocats en Suisse ne sont pas autorisés à délivrer des attestations d'authenticité.

Au ch. 11 al. 1 lit. b CDB, les termes «désigné spécialement» sont remplacés par «habilité à cet effet». Il est ainsi précisé qu'il n'est pas nécessaire d'établir un contrat écrit (conclu avant ou après l'émission de l'attestation d'authenticité) pour qu'une banque correspondante ou un autre intermédiaire financier puisse confirmer l'authenticité de la copie du document servant à la vérification de l'identité du cocontractant. La formulation «habilité» vise uniquement à permettre à une banque de refuser l'attestation d'authenticité émise par une banque correspondante ou un autre intermédiaire financier déterminé (par exemple lorsque la confiance fait défaut à son endroit). C'est la raison pour laquelle la définition de l'intermédiaire financier pouvant attester de l'authenticité de la copie du document servant à la vérification de l'identité du cocontractant est sciemment plus restrictive que celle de l'art. 10 OBA-AdC.

Selon le ch. 11 al. 1 lit. c CDB, les instances publiques qui délivrent habituellement des confirmations d'authenticité peuvent émettre de telles attestations. Ainsi par exemple, les offices postaux de La Poste suisse constituent une telle «autre instance publique». Depuis le 1^{er} juillet 2003, ils sont habilités à vérifier l'identité de personnes physiques et à leur délivrer une copie de leurs documents d'identification et à délivrer des copies certifiées conformes de documents d'identification («identification jaune»).

En vertu du ch. 11 al. 2 CDB, la vérification de l'identité du cocontractant au moyen d'une pièce de légitimation officielle lors de la remise, respectivement du retrait du courrier demeure autorisée, s'il est ainsi garanti que l'envoi parvient au destinataire et à

lui seul. Le ch. 11 al. 2 CDB se réfère notamment à la procédure d'identification appliquée par la Poste allemande («PostIdent-Verfahren»). La Poste suisse ne propose pas à l'heure actuelle un service de vérification de l'identité du cocontractant au sens du ch. 11 al. 2 CDB. Certes, dans le cadre de la procédure d'identification appliquée par la Poste allemande, aucune copie de pièce de légitimation n'est établie. Cependant, l'identité du cocontractant est vérifiée au moyen d'une pièce de légitimation officielle. La banque doit en outre pouvoir démontrer que la vérification de l'identité du cocontractant a été effectuée dans le cadre de cette procédure de vérification («PostIdent-Verfahren»).

2. Personnes morales et sociétés de personnes

La CDB 08 introduit, d'une part, des notions unifiées pour tous les cocontractants qui ne sont pas des personnes physiques. Les termes «personnes morales» et «sociétés de personnes» sont dorénavant employés (conformément aux notions du droit civil, voir en particulier les art. 52 et ss CC et les art. 552 et ss CO). La règle spéciale du ch. 15 CDB s'applique aux sociétés simples. Les raisons individuelles inscrites au Registre du commerce peuvent être identifiées selon les dispositions en vigueur pour les personnes physiques (cf. ch. 9 et ss) ou bien en vertu des règles applicables aux personnes morales et aux sociétés de personnes (cf. ch. 12). D'autre part, on ne distingue la procédure de vérification de l'identité du cocontractant des personnes morales et des sociétés de personnes que si elles sont ou non inscrites au Registre du commerce. La distinction qui existait en fonction du lieu du siège (en Suisse ou à l'étranger) a été abrogée.

Les dispositions relatives à la vérification de l'identité des personnes morales et des sociétés de personnes valent pour le cocontractant domicilié en Suisse et par analogie pour le cocontractant domicilié à l'étranger. Ce principe est exprimé par la CDB par le titre «inscription au registre suisse du commerce ou dans un registre étranger équivalent». Ces dispositions sont également applicables par analogie au cocontractant régi par le droit public (par exemple les établissements publics, etc.).

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 du ch. 12 CDB sont par exemple : Teledata, Creditreform, Intrum Justitia, Dun & Bradstreet, Deltavista, 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 de la Commission fédérale des banques, de la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Allemagne) ou de la Financial Services Authority (Angleterre).

13 Vérification de l'identité en cas d'absence d'inscription au registre suisse du commerce ou dans un registre étranger équivalent

L'identité des personnes morales non-inscrites dans un registre du commerce (par exemple certaines associations) et des sociétés de personnes peut être vérifiée au moyen des documents de constitution, 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 de l'autorisation officielle d'exercer. Alternativement, l'identité du cocontractant peut également être vérifiée par un extrait papier d'une base de données tenue par une autorité de surveillance ou par une entreprise privée digne de

confiance. Des exemples de telles autorités de surveillance et entreprises privées dignes de confiance se trouvent au commentaire du chiffre 12 CDB ci-dessus.

Cas particuliers:

a) Communauté de propriétaires par étage.

L'identité de la communauté des propriétaires par étage est vérifiée à l'aide d'un extrait du Registre foncier. Alternativement, cette vérification peut également être faite sur la base d'une simple copie du règlement d'organisation de la copropriété par étage ainsi que de l'extrait du procès-verbal duquel il ressort que l'administrateur a le pouvoir de disposition sur le compte. Il n'y a pas lieu de recourir à un extrait de procès-verbal, lorsque la vérification a été effectuée sur la base d'un extrait du Registre foncier. Pour le surplus, les règles des chiffres 9 et ss et 14 CDB ne sont pas applicables, étant donné que dans le cadre de la copropriété par étages, les dispositions spéciales précitées priment. En ce qui concerne l'identification de l'ayant droit économique, il convient de se référer au commentaire de l'art. 4.

b) Communauté de copropriétaires inscrits au Registre foncier

Les règles sur la copropriété par étages (cf. ci-dessus point a) s'appliquent par analogie à la communauté de copropriétaires inscrite au Registre foncier.

En ce qui concerne l'identification de l'ayant droit économique, on se réfère au commentaire de l'art. 4.

c) Produits de la prévoyance liée

L'institution de prévoyance est le cocontractant de la banque dans le cadre de produits de prévoyance liée (par exemple les comptes de 3^{ème} pilier a). L'identité de l'institution de prévoyance (et non celle du bénéficiaire lui-même) doit donc être vérifiée.

14 Identification de la personne qui établit la relation d'affaires et prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant

Dans le cadre de l'harmonisation du droit suisse avec les nouvelles normes internationales (en particulier les recommandations du GAFI, de même que le projet du nouvel art. 3 al. 1 LBA), lorsque le cocontractant est une personne morale ou une société de personnes, l'obligation a été introduite d'identifier les personnes physiques qui établissent la relation d'affaires, si les exceptions prévues aux ch. 17 et ss CDB ne trouvent pas application. Le texte allemand du projet de loi utilise le terme «überprüfen» et non pas le terme «identifizieren», ce dernier terme étant réservé, tant dans le projet de loi que dans la CDB 08, à la vérification de l'identité du cocontractant. En revanche, dans la version française du projet de loi, les termes «vérification de l'identité des personnes établissant une relation d'affaires au nom de la personne morale» sont utilisés, soit la même terminologie que celle employée à propos du cocontractant («vérification de l'identité du cocontractant»). Il convient de souligner à cet égard que des règles différentes s'appliquent, dans la CDB 08, à chacun de ces deux cas de figure (vérification de l'identité du cocontractant – identification de la personne qui établit la relation d'affaires). Pour mettre en évidence cette distinction, une nouvelle terminologie a été choisie à dessein au ch. 14 CDB 08 („Identification de la personne qui établit la relation d'affaires“ ou „identifier la personne qui établit la relation d'affaires »).

Les personnes qui établissent la relation d'affaires au nom de la personne morale sont celles qui représentent la société vis-à-vis de la banque et qui signent les documents d'ouverture du compte. Lorsqu'une personne morale établit une relation d'affaires au nom d'une autre personne morale, l'identité des personnes physiques qui agissent pour la

personne morale en question doit être vérifiée. Il convient toujours de se référer aux personnes qui agissent effectivement au moment où la relation d'affaires est établie.

La banque peut identifier la personne qui établit la relation d'affaires en examinant et en photocopiant une pièce de légitimation officielle conformément au ch. 9 CDB. Lors de l'ouverture d'une relation d'affaires par correspondance, l'identification est faite par la remise d'une copie d'une pièce de légitimation officielle certifiée conforme conformément au ch. 10 CDB.

Alternativement, la ou les personne(s) physique(s) qui établit(ssent) la relation d'affaires peut (peuvent) également être identifiée (s) au moyen d'une attestation d'authenticité de la signature émanant d'une personne ou d'une institution habilitée au sens du ch. 11 CDB. Conformément aux dispositions obligatoires en matière de documentation (voir le ch. 23 CDB), l'identification de la personne qui établit la relation d'affaires doit être documentée (documentation correspondante versée au dossier du client ou enregistré dans le système de la banque).

Le domicile de la personne qui établit la relation d'affaires n'a pas besoin d'être vérifié (ni lorsque la relation d'affaires est établie à l'occasion d'un contact personnel, ni lorsqu'elle est établie par correspondance). En effet, la CDB règle spécifiquement la procédure d'identification de la personne qui établit la relation d'affaires (chiffre spécifique). Cette personne ne devient pas le cocontractant. En revanche, si cette personne établit une relation d'affaires en son propre nom, son identité doit être vérifiée conformément aux ch. 9 et ss CDB, pour autant qu'elle ne l'ait pas déjà été dans le cadre d'une relation d'affaires antérieure (voir l'art. 2 al. 3 CDB).

Les personnes physiques qui établissent une relation d'affaires pour une personne morale ou une société de personnes ne doivent pas être inscrites à ce titre dans le registre des fondés de procuration. Elles doivent néanmoins être enregistrées comme fondés de procuration, si elles bénéficient en outre d'un pouvoir de signature dans le cadre de la relation d'affaires.

En vue de transposer les recommandations amendées du GAFI la CDB impose désormais, lorsque le cocontractant est une personne morale, de prendre connaissance des pouvoirs d'engager cette dernière. Cette obligation n'existe (conformément à l'art. 3 al. 1. P-LBA) que pour les personnes morales (sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, etc.), à l'exclusion des cocontractants qui revêtent d'autres formes juridiques (par exemple les sociétés de personnes, les Trusts, etc.).

La notion «pouvoirs d'engager» correspond à la terminologie employée par le législateur (voir l'art. 3 al. 1 P-LBA). Doit être considérée comme ayant le pouvoir d'engager au sens de cette disposition, toute personne qui peut agir au nom de la personne morale et qui établit des relations d'affaires avec la banque (avec pouvoir individuel ou pouvoir collectif), c'est-à-dire ses organes, les personnes qui disposent d'un droit de signature et les tiers au bénéfice d'un pouvoir de représentation.

Les pouvoirs de représentation peuvent par exemple être communiqués à l'aide d'un extrait du Registre du commerce. D'autres documents permettent également de prendre connaissance des pouvoirs de représentation (par exemple : une procuration des organes de la société à d'autres personnes, l'extrait d'un règlement interne spécifique, une liste de signatures autorisées, etc.). L'exigence du ch. 14 al. 3 CDB peut aussi être remplie en versant au dossier une simple copie des documents pertinents de la société (statuts, règlement d'association, procès-verbal de l'assemblée générale ou du conseil d'administration ainsi que les programmes annuels contenant les dispositions relatives au

pouvoir de signature et à la compétence de nommer des personnes autorisées à signer, mais également des procurations des organes de la société en faveur de tiers, etc.).

Les dispositions obligatoires en matière de documentation (cf. ch. 23 CDB) impliquent notamment de verser au dossier une copie simple des documents régissant le pouvoir d'engager le cocontractant. Le pouvoir d'engager la personne morale doit résulter des documents figurant dans le dossier, respectivement des données introduites dans le système de la banque. Tel est p.ex. le cas lorsque la liste des signatures autorisées du cocontractant ou qu'un registre des signatures est remis à la banque. Aucune forme n'est requise concernant la manière dont les pouvoirs de représentation doivent être documentés.

Le ch. 14 al. 4 CDB prévoit des règles particulières concernant l'identification des personnes qui établissent la relation d'affaires et la manière de documenter les pouvoirs d'engager le cocontractant lorsque la relation d'affaires est établie avec un intermédiaire financier suisse ou étranger au sens du ch. 34 CDB. La raison de cette réglementation spécifique provient notamment du fait que dans le cadre des transferts interbancaires, des standards particuliers s'appliquent. Il est fréquent que des listes de signatures autorisées soient échangés sans que des personnes physiques au sens des al. 1 et 2 n'interviennent. Des transactions sont effectuées par l'intermédiaire de systèmes électroniques de négoce et de clearing (p. ex. les systèmes Swift ou SIC). La vérification de l'identité du cocontractant s'effectue ainsi par l'échange de clés sans l'intervention de personnes physiques qui établissent une relation d'affaires, au sens des al. 1 et 2, Le ch. 14 al. 4 prévoit ainsi explicitement que la banque peut, lorsque le cocontractant est un intermédiaire financier surveillé et assujéti à une loi spéciale au sens du ch. 34 CDB, se faire remettre une liste de signatures autorisées ou recourir à un échange de clés électroniques ou à tout autre moyen habituellement utilisé dans le domaine, en lieu et place de la procédure définie au ch. 14, al. 1 à 3.

Le principe qui figure dorénavant explicitement à l'art. 2 al. 3 CDB, selon lequel il n'y a pas lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de l'identité du cocontractant lorsque des relations d'affaires supplémentaires sont établies, s'applique également à l'identification des personnes qui établissent la relation d'affaires (voir également le renvoi de l'art. 2 al. 3 au ch. 14 CDB). Lorsque la personne physique qui établit une relation d'affaires au nom d'une personne morale a déjà été identifiée dans d'autres circonstances par la banque (par exemple lors de l'établissement d'une précédente relation d'affaires), il n'est pas nécessaire d'identifier une nouvelle fois cette personne lorsqu'elle établit une relation d'affaires pour une autre personne morale ou une autre société de personnes.

Le ch. 14 CDB n'entre en vigueur que le 1^{er} juillet 2009 (cf. art. 15 al. 4 CDB). D'une part, ce délai transitoire permet une entrée en vigueur simultanée avec la base légale correspondante dans la LBA révisée (cf. art. 3 al. 1 P-LBA). D'autre part, les banques disposent ainsi d'un délai suffisant pour adapter leurs systèmes internes. Le ch. 14 CDB ne s'applique pas rétroactivement (cf. art. 15 al. 2).

15 Vérification de l'identité dans le cas de sociétés simples, de sociétés en constitution et de Trustees

En pratique, il existe des formes très diverses de sociétés simples. A titre d'exemple, on peut mentionner : les caisses communes des « clubs » de jass (jeux de cartes), de sociétés de musique, de classes scolaires, les consortiums de la construction ou certaines études d'avocats. Les sociétés simples en tant que telles ne peuvent pas contracter en leur propre

nom et ne sont pas inscrites au Registre du commerce. Dans la pratique, la banque est en contact avec les personnes qui disposent d'un pouvoir de signature à son égard dans le cadre de la relation d'affaires. Il convient donc que la banque vérifie l'identité des personnes qui disposent d'un pouvoir de signature lorsque la relation d'affaires est ouverte au nom de la société simple ou sous une rubrique la concernant. L'obligation de vérifier l'identité vaut également pour les personnes autorisées à signer qui agissent ultérieurement envers la banque, après l'établissement de la relation d'affaires. Si le droit de signature a été conféré à une personne morale ou à une société de personnes, l'identité de ces dernières doit être vérifiée (et non pas l'identité de la personne physique qui la représente). Le ch. 14 CDB (Identification des personnes établissant la relation d'affaires au nom du cocontractant et prise de connaissance des pouvoirs d'engager le cocontractant) ne s'applique pas, car l'établissement d'une relation d'affaires avec une société simple est régi spécifiquement par le ch. 15 CDB.

L'identité des personnes disposant du pouvoir de signature doit être vérifiée conformément aux ch. 9 et 10 CDB (personnes physiques), respectivement 12 et 13 CDB (personnes morales et sociétés de personnes).

La communauté héréditaire est à qualifier de société simple au sens du droit civil. Si une relation d'affaires avec le de cujus existe, la banque aura vérifié son identité en qualité de cocontractant. En vertu du principe de la succession universelle, les héritiers deviennent partie à la relation d'affaires avec la banque. Les règles relatives à la vérification de l'identité du cocontractant dans le cadre de sociétés simples (vérification de l'identité des personnes disposant de pouvoirs de signature) s'appliquent uniquement lorsqu'une communauté héréditaire établit une nouvelle relation d'affaires.

Les fonds destinés à un but particulier et sans organisation propre (p. ex. le versement de dons lors d'une catastrophe, etc.), doivent être traités par analogie comme des sociétés simples. L'identité des personnes disposant des pouvoirs de signatures sur ces comptes doit être vérifiée. En ce qui concerne la vérification de l'identité des communautés de copropriétaires par étages ainsi que des copropriétaires inscrits au Registre foncier, on se réfère au commentaire du ch. 13 CDB.

Le ch. 18 lit. c CDB 03 réglait spécifiquement jusqu'ici les comptes destinés à la libération du capital lors de la fondation ou d'une augmentation du capital d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. Dans le cadre de son examen de la Suisse en 2005, le GAFI a critiqué cette disposition. Pour cette raison, la lettre c du ch. 18 CDB 03 a été biffée et une nouvelle disposition a été insérée au ch. 15 al. 2 CDB, selon laquelle l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires au nom de sociétés en constitution doit être vérifiée. Cette règle se fonde sur le raisonnement selon lequel ces sociétés en constitution doivent certes être considérées comme des sociétés simples du point de vue du droit civil, mais que personne ne dispose d'un droit de signature sur ces comptes de consignation, puisque ceux-ci doivent être bloqués afin de pouvoir remettre à l'assemblée générale constitutive l'attestation exigée par la loi confirmant le dépôt des apports en espèces. Le capital n'est libéré qu'après la remise d'une preuve de la nomination des organes de la société nouvellement constituée. Les règles concernant la procédure de vérification de l'identité dans le cadre de la société simple (ch. 15 al. 1 CDB) ne sont pas applicables dans ce cas. En lieu et place, c'est l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires qui doit être vérifiée. La notion de « personnes établissant la relation d'affaires » est définie au ch. 14 du commentaire CDB. Il s'agit ainsi de vérifier l'identité de la personne physique qui établit effectivement la relation d'affaires (même si elle agit en tant que représentante d'une personne morale, voir également le commentaire du ch. 14 CDB). La procédure de

vérification de l'identité ne doit pas être répétée, en application de l'art. 2 al. 3 CDB, lorsque l'identité de cette personne a déjà été vérifiée (p.ex. si la personne a déjà ouvert un compte pour une autre société en constitution). L'article 15 al. 2 n'entre en vigueur qu'au 1^{er} juillet 2009 (cf. art. 15 al. 4 CDB).

Une fois la société constituée, son identité devra être vérifiée (sur la base des documents visés aux ch. 12 et 13 CDB). Dans le cadre d'une augmentation de capital, le cocontractant dispose déjà de la personnalité juridique. Ainsi, le ch. 15 al. 2 CDB n'est pas applicable. La vérification de l'identité s'effectue alors conformément aux ch. 12 et 13 et ss CDB.

Dans le cadre d'une relation d'affaires avec un Trust, le Trustee est le cocontractant de la banque; son identité doit être vérifiée en conséquence (en tant que personne physique ou personne morale, respectivement sociétés de personnes, cf. ch. 9 et ss CDB). Le Trust ne peut être lui-même le cocontractant. Le Trustee doit confirmer par écrit à la banque (par exemple avec le formulaire T) qu'il dispose du pouvoir d'établir une relation d'affaires pour le Trust. Une Legal Opinion est admise en lieu et place de la confirmation par écrit de la part du trustee pour certifier que celui-ci est autorisé à établir des relations d'affaires pour le Trust. Cette confirmation n'est soumise à aucune exigence de forme. D'autres preuves de cette compétence ne sont pas requises. Afin de ne pas risquer d'être qualifiée de «Constructive Trustee» (avec la responsabilité y relative) la banque ne devrait, en particulier, pas se faire remettre le «Trust Deed» (en ce qui concerne la procédure de l'identification de l'ayant droit économique, voir le commentaire des ch. 43 / 44 CDB). Contrairement à la CDB 03, la CDB 08 règle elle-même la manière dont le Trustee doit déclarer qu'il est habilité à établir une relation d'affaires pour le Trust auprès de la banque. Ainsi, les décisions rendues antérieurement sur cette question par la Commission de surveillance ne doivent plus être considérées comme faisant partie des «Leading Cases».

En pratique, des sociétés de domicile détenues par des trusts ou des fondations établissent également des relations d'affaires avec les banques (Trusts/fondations détenant des «underlying companies» dont les actions font partie de la fortune du Trust, resp. de la fondation). Dans ces situations, l'identité de la société de domicile en tant que cocontractante doit être vérifiée (en ce qui concerne la procédure d'identification de l'ayant droit économique, cf. commentaire des ch. 43/44 CDB). Il n'y a pas de relation d'affaires avec le Trust lui-même dans ces cas-là. Le ch. 15 al. 3 CDB (confirmation du Trustee qu'il a les pouvoirs d'établir une relation d'affaires au nom du Trust) n'est ainsi pas applicable.

16 Date de l'extrait du Registre du commerce ou de la pièce équivalente

La CDB 08 contient de nouvelles règles relatives aux documents d'identification (cf. ch. 12 et ss CDB). Si un tel document date de plus de 12 mois (par exemple : extrait du registre du commerce, «certificate of incumbency», «certificate of incorporation» ou «certificate of good standing»), il peut encore être utilisé pour vérifier l'identité du cocontractant, s'il est accompagné d'une attestation de la société d'audit il ne doit pas dater de plus de 12 mois. La CDB ne prévoit aucune exigence de contenu pour une telle attestation. Sont déterminantes la législation, la réglementation et la pratique dans l'Etat concerné.

La réglementation analogue de la CDB 03 (ch. 15 – nouveau ch. 16 CDB 08) mentionnait, outre l'attestation de la société d'audit, le «certificate of good standing». Le «certificate of good standing» n'est plus mentionné au ch. 16 CDB 08, car la vérification

de l'identité du cocontractant peut dorénavant être effectuée au moyen de ce «certificate» exclusivement (cf. également commentaires des ch. 12 et 13 CDB).

En règle générale, les associations ne sont pas inscrites au Registre du commerce et ne sont pas non plus révisées par une société d'audit. Le plus souvent, leur identité ne peut dès lors être vérifiée que sur la base de leurs statuts ou d'autres documents de l'association. Comme ces documents peuvent refléter la situation qui prévaut au sein de l'association même s'ils ont plus de 12 mois, il ne serait pas conforme à la pratique de se référer à la règle des 12 mois dans les relations d'affaires avec des associations suisses. La vérification de l'identité d'associations suisses peut ainsi être effectuée au moyen des statuts, règlements internes, etc. indépendamment de l'âge de ces documents. En revanche, si l'association est inscrite au Registre du commerce, la règle des 12 mois s'applique.

Conformément à la jurisprudence 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 afin de vérifier l'identité d'une personne morale ou d'une société de personnes (voir le Rapport d'activité 1998 – 2001, ch. 1 lit. I, p. 12 CDB). Cette pratique éprouvée doit être maintenue (opinion contraire : Brühwiler/Heim, Praxiskommentar zur VSB, Anmerkung zu Ziff. 15 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 03).

17 Personnes morales notoirement connues

Le ch. 17 CDB 08 exprime dorénavant de manière positive (sans modifier le contenu du ch. 17 jusqu'ici en vigueur) la manière dont l'identité d'une personne morale notoirement connue doit être vérifiée. Lorsqu'une personne morale est notoirement connue, la vérification de son identité peut être effectuée en documentant cette notoriété. Cette règle spéciale s'applique également lorsqu'il s'agit d'identifier la personne qui établit la relation d'affaires et de prendre connaissance des pouvoirs de représentation. Lorsque l'identité d'une personne morale est notoirement connue, le fait que son identité est notoirement connue peut être documenté en lieu et place de la procédure prévue aux ch. 12 à 14 CDB; aucune exigence de forme n'est posée à cet égard. Ainsi par exemple, une note peut être versée au dossier ou une page du site Internet de la Bourse sur laquelle la cocontractante est mentionnée comme société cotée peut être imprimée.

3. Cas particuliers

18 Compte ouvert pour un mineur, compte pour la garantie du loyer

La règle particulière du ch. 18, lit. c CDB 03 s'appliquait jusqu'ici lorsqu'un compte était ouvert pour la libération du capital lors de la fondation ou de l'augmentation du capital d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. Le GAFI a critiqué cette règle lors de son examen de la Suisse en 2005. Pour cette raison, la lit. c du ch. 18 CDB a été biffée et une nouvelle disposition introduite au ch. 15 CDB, selon laquelle l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires au nom de sociétés en constitution doit être vérifiée (cf. à ce sujet le commentaire du ch. 15 CDB). En cas d'augmentation de capital, la société dispose de sa propre personnalité juridique. Son identité doit donc être vérifiée selon les ch. 12 et 13 CDB.

Le ch. 18 lit. a CDB règle la procédure de vérification de l'identité d'un mineur qui établit lui-même une relation d'affaires. Les ch. 9 à 11 CDB doivent alors être appliqués. Le ch. 20 CDB est applicable lorsqu'un tel cocontractant ne dispose pas de pièce de légitimation.

19 Vérification de l'identité déjà effectuée au sein du groupe

Le ch. 19 CDB a été complété par la formulation «c'est-à-dire selon la diligence requise par la CDB». De cette façon, la jurisprudence existante qui se réfère à la notion d'«équivalence» s'agissant du standard de diligence requis par la CDB, est ainsi plus clairement reflétée par le texte de la CDB. Cette modification provient aussi du fait que cette disposition avait également fait l'objet de critiques de la part du GAFI dans le cadre du «Rapport d'évaluation mutuelle» de 2005.

Pour apprécier l'équivalence du standard de diligence appliqué, le moment de l'établissement de la relation d'affaires est déterminant. Lorsque l'identité du cocontractant a déjà été vérifiée au sein du groupe de façon équivalente, selon le standard de diligence requis par la CDB alors en vigueur (ou alternativement par la CDB 08), il n'est pas nécessaire de procéder à une nouvelle vérification de l'identité du cocontractant lorsqu'il établit une relation d'affaires avec une autre société du groupe. L'art. 6 s'applique également dans cette hypothèse. Lorsque des doutes surviennent au sens de cette disposition, la procédure de vérification de l'identité du cocontractant doit être répétée.

Le terme «au sein du groupe» inclut également les groupes bancaires organisés en fédérations (p.ex. Raiffeisen Suisse), etc. Les sièges, les succursales, les agences et les bureaux de représentation ainsi que les filiales sont considérés à cet égard comme faisant partie du groupe. Le ch. 19 CDB est par exemple applicable lorsqu'un cocontractant effectue un retrait d'espèces par le débit de son compte auprès d'une autre société du même groupe et que les données du client sont disponibles au sein du groupe.

La réserve contenue dans la dernière phrase du ch. 19 CDB se réfère en particulier, selon la jurisprudence, à la réglementation des pays concernés dans le domaine de la protection des données et du secret bancaire. Les copies des documents relatifs à la vérification de l'identité du cocontractant ne peuvent être transmises à une autre entité du groupe qu'avec l'accord du cocontractant. A défaut d'un tel accord, la vérification de l'identité du cocontractant doit être répétée.

20 Vérification de l'identité d'une autre manière

Cette disposition régit les cas particuliers dans lesquels la banque – faute de disposer des documents requis – ne peut pas vérifier l'identité du cocontractant selon la procédure prescrite. En pareil cas, la banque peut vérifier l'identité en se procurant d'autres documents probants qu'elle versera au dossier. Elle doit, se faisant, pouvoir disposer d'une marge d'appréciation suffisante car, si tel n'était pas le cas, cette disposition serait vidée de son sens et le principe de proportionnalité transgressé. La banque est par ailleurs tenue d'établir une note au dossier, justifiant d'un cas exceptionnel.

4. Prescriptions générales en matière de vérification de l'identité et surveillance

21 Délégation de la vérification de l'identité

Les al. 1 et 2 du ch. 21 CDB se réfèrent aux trois «curae» classiques. On requiert:

- un accord de délégation écrit ;
- la possibilité pour la banque qui délègue de contrôler si le délégataire effectue correctement les vérifications d'identité. Ce contrôle s'exerce en pratique lors de

la réception par la banque des documents établis par le délégataire. Des contrôles sur place ne sont pas impérativement exigés.

Le nouvel al. 4 du ch. 21 CDB stipule expressément que dans le cadre du groupe, la vérification de l'identité peut être déléguée sans accord écrit. D'une part, cette possibilité est justifiée par le fait que le groupe dans son ensemble fait l'objet d'une surveillance consolidée par l'autorité de surveillance et que des règles de diligence équivalentes doivent être appliquées au sein du groupe. D'autre part, un contrat de délégation n'est généralement pas prévu dans le secteur non bancaire lorsque la délégation est attribuée à un intermédiaire financier (cf. p. ex. art. 31 OBA-AdC). Il serait ainsi contradictoire d'exiger un tel contrat de délégation au sein d'un groupe.

La jurisprudence de la Commission de surveillance impose que la vérification d'identité de personnes physiques effectuée par délégation se fasse entre personnes présentes. Le délégataire ne peut procéder à la vérification d'identité de personnes physiques par correspondance. Cela ne s'applique pas aux personnes morales, ni aux sociétés de personnes.

Il n'y a délégation au sens du ch. 21 que dans la mesure où un tiers agit pour la partie cocontractante en tant que représentant mandaté contractuellement. En revanche, il n'y a pas de délégation au sens du ch. 21 CDB et, en conséquence pas d'obligation de conclure un contrat écrit, lorsque le représentant agit en tant qu'organe ou signataire autorisé de la partie cocontractante.

Une délégation au sens du ch. 21 CDB peut également être confiée à une personne physique, à une société de personnes ou à une personne morale ayant son domicile ou son siège à l'étranger.

22 Obligation de documentation

Certains pays n'utilisent pas les dates de naissances ou les adresses de domicile, de sorte que la banque n'est pas en mesure d'obtenir et de conserver ces données. Aussi, pour bien montrer qu'en pareils cas la CDB n'est nullement violée, la CDB relève la banque de l'obligation de conserver ces données.

Etant donné que pour les personnes physiques, une photocopie de la pièce de légitimation officielle doit être versée au dossier, le moyen utilisé résulte de cette photocopie et il n'y a pas lieu de conserver de document supplémentaire.

23 Dispositions obligatoires en matière de documentation («Sicherstellungspflicht»)

En date du 27 septembre 2006, la CFB a publié la circulaire intitulée «surveillance et contrôle interne» (Circ.- CFB 06/6 Surveillance et Contrôle interne). La terminologie utilisée au ch. 23 al. 1 CDB reprend les termes contenus dans cette circulaire.

Selon la pratique de la Commission de surveillance, l'obligation de permettre le contrôle du respect de la procédure de vérification de l'identité prévue au ch. 23 CDB 03 implique que le dossier doit indiquer à quel moment la banque a reçu les documents requis (Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005, SZW, 2005, p. 246, ch. 1.6). La Commission de surveillance a laissé ouverte la forme de l'accusé de réception des documents par la banque. Pour renforcer la sécurité juridique sur ce point, le ch. 23 CDB et son pendant le ch 36 CDB 08 ont été complétés par un al. 2. L'obligation précitée est notamment respectée lorsque le système d'archivage de la banque (par exemple dans le dossier physique ou dans les archives électroniques) permet de retracer à quelle date la documentation concernant la vérification de l'identité

était disponible. Cette exigence est remplie lorsque l'organe de révision interne et 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.

La CDB ne règle pas spécifiquement la forme sous laquelle les documents doivent être conservés. Les règles en la matière du Code des obligations sont applicables. Conformément à l'art. 957 CO, ces documents peuvent être conservés uniquement sous forme électronique, pour autant que les conditions applicables soient remplies.

24 Moment de l'exécution de l'obligation de documenter la vérification de l'identité du cocontractant

Le ch. 24 CDB s'est révélé être une source de malentendus et manquait de flexibilité. En particulier, l'existence de deux délais différents au ch. 24 suscitait des incertitudes. Par ailleurs, le délai de 30 jours pour réunir l'ensemble des documents manquants était trop court, notamment dans un contexte international, et qu'il n'était pas approprié de devoir mettre obligatoirement fin à la relation d'affaires si la documentation requise n'était pas parvenue à la banque dans les 90 jours. Pour cette raison, le ch. 24 CDB prévoit dorénavant un délai unique de 90 jours à l'échéance duquel, au plus tard, le compte devra être bloqué. La finalité du ch. 24 CDB est en effet d'assurer que certaines exigences de formes soient respectées. D'une part, le blocage obligatoire du compte pour l'ensemble des versements et des retraits après le délai de 90 jours incitera fortement la banque à obtenir rapidement l'ensemble des documents. D'autre part, ajoutée aux autres mesures applicables (p. ex. les obligations de surveillance contenues dans l'OBA-CFB), cette réglementation permettra de découvrir rapidement des indices de blanchiment d'argent et d'entreprendre les démarches appropriées en temps voulu.

Les mots «à titre exceptionnel» soulignent qu'un compte ne peut, en principe, être utilisé que lorsque les documents exigés par la CDB sont complets. De nombreuses banques font vérifier par un service central spécialisé si cette documentation est en ordre. Pour cette raison, il peut arriver que l'on ne se rende compte qu'après que le compte ait déjà été ouvert que la documentation n'est pas complète. Exiger que le compte ouvert demeure 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 le ch. 24 CDB permet, qu'à titre exceptionnel, un compte soit utilisé sans que la documentation ne soit complète. Cela suppose toutefois que la banque connaisse le nom et le prénom du cocontractant, respectivement de l'ayant droit économique. Si la documentation se révèle incomplète, les informations manquantes doivent être obtenues le plus rapidement possible. En ce qui concerne la formulation du ch. 24, il est possible qu'il manque non seulement certains renseignements, mais également des documents (cf. ch. 24). Il s'agit en l'occurrence d'une erreur de rédaction.

Lorsque les avoirs sont bloqués, les documents d'identification n'ayant pas été complétés dans le délai prescrit, la banque reste tenue de gérer ces avoirs (on procède d'une façon analogue qu'en cas de blocage pénal des avoirs suite à une communication de soupçon au sens de l'art. 9 LBA).

Pour les mandats de gestion de fortune sur des avoirs déposés auprès de tiers conformément à l'art. 2, al. 2, let. e, il faut, en lieu et place du blocage du compte, suspendre la gestion de fortune et/ou résilier le mandat de gestion de fortune si la documentation complète n'est pas fournie à la banque dans un délai de 90 jours. La banque informe en temps utile le client de ces conséquences.

Art. 3 Identification de l'ayant droit économique

L'art. 3 CDB a été reformulé sans que le contenu ait été modifié. D'une part, l'al. 1 du ch. 25 CDB 03 a été intégré à l'art. 3 (première phrase), de manière plus correcte d'un point de vue systématique. D'autre part, la deuxième phrase de l'art. 3 (auparavant première phrase) a été adaptée à la terminologie de la loi sur le blanchiment d'argent (cf. art. 4 al. 1, lit. a LBA). La notion «de manière appropriée» a été remplacée par «écrite» à l'art. 3 al. 3. Ceci découle de la jurisprudence selon laquelle la déclaration relative à l'ayant droit économique doit être documentée lors d'opérations de caisse, même s'il n'est pas nécessaire de recourir au formulaire A.

Un nouvel al. 4 a été introduit à l'art. 3. Selon cette disposition, on peut renoncer à obtenir une déclaration au sujet de l'ayant droit économique, lorsque l'ayant droit économique est une société simple ou une communauté qui n'est pas inscrite au registre du commerce et que les valeurs impliquées dans la relation d'affaires n'excèdent pas CHF 25'000.-. Cette disposition se fonde sur le projet d'art. 7a LBA. Selon cette disposition, les obligations de diligence spécifiques à la prévention du blanchiment d'argent n'ont en principe pas à être appliquées, si la relation d'affaires ne porte que sur des avoirs de faible valeur. Cela correspond à l'approche fondée sur le risque de cette problématique. Cette réglementation particulière prend également en considération les besoins de la pratique. Une mise à jour constante de la documentation concernant les ayants droits économiques serait particulièrement disproportionnée dans le cadre de relations d'affaires avec des caisses communes de «clubs» de jass (jeux de cartes), de classes scolaires ou de clubs de musique, tant qu'elles ne disposent pas de valeurs patrimoniales importantes. En effet, ces groupes, qui doivent être qualifiés de sociétés simples, ont un grand nombre de sociétaires qui changent souvent et qui sont dans ce cas de figure les ayants droit économiques des avoirs déposés.

25 Doute quant au fait que le cocontractant est aussi l'ayant droit économique

L'al. 1 du ch. 25 CDB a été biffé et placé au début de l'art. 3 CDB (cf. commentaire relatif à l'art. 3 CDB) et l'ancien al. 2 (nouvel al. 1) a été formulé de manière plus claire, sans que son contenu matériel ne soit modifié.

La Commission de surveillance, dans sa jurisprudence constante, a interprété le ch. 25 al. 2 premier tiret CDB 03 (nouvel alinéa 2 lit. a) en ce sens qu'il y a un doute, lorsqu'il n'y a pas de lien entre le cocontractant et le fondé de procuration. Le libellé de ce paragraphe a été adapté à cette jurisprudence. Il a également été précisé qu'il n'y a pas de constatation insolite au sens du ch. 25 CDB lorsqu'une procuration de gestion est octroyée, qui ne permet que des transactions dans le cadre de la relation d'affaires mais aucun retrait de valeurs ; en effet, outre le fait qu'il n'y a rien d'insolite à conférer à un tiers un mandat de gestion de fortune, seul le cocontractant peut disposer des valeurs patrimoniales dans cette situation.

On a intentionnellement renoncé à établir une liste exemplative d'autres constatations insolites au sens du ch. 25 al. 2 lit. c CDB. Une telle énumération générale et abstraite est impossible. En effet, c'est sur la base des circonstances concrètes du cas d'espèce qu'il y a lieu de déterminer si l'on est en présence d'une constatation insolite au sens du ch. 25 CDB. Une sentence arbitrale du 22 octobre 2004 concernant le ch. 25 CDB est également à la base de cette position. Ainsi, les transactions importantes en espèces ne constituent pas en elles-mêmes des constatations insolites au sens du ch. 25 al. 2 lit. c CDB. Il faut plutôt considérer au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce (en tenant

notamment compte du style de vie du cocontractant) si une transaction en espèces est insolite.

27 Données à recueillir

La CDB requiert que le formulaire A contienne la date de naissance – pour autant que celle-ci puisse être établie – et la nationalité de l'ayant droit économique. Le but est d'assurer une identification sans équivoque de l'ayant droit économique, surtout en présence de noms très répandus. L'expérience acquise dans le cadre de la lutte contre le terrorisme («listes Bush») a démontré que la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique ne peuvent être effectuées avec suffisamment de certitude que lorsque la banque dispose également des indications concernant la date de naissance et la nationalité. Lorsqu'une personne provient d'un pays dans lequel les dates de naissance ou les adresses de domicile ne sont pas utilisées, l'exigence de ces données ne s'applique pas (cf. ch. 22 CDB).

En pratique, le formulaire A est souvent accompagné de documents qui contiennent des indications qui devraient en fait figurer sur le formulaire A. Il paraîtrait exagérément formaliste d'exiger que des informations contenues dans des documents probants, comme par exemple des copies de passeport, doivent également être saisies sur le formulaire A. Pour cette raison, le ch. 27 a été complété par un nouvel al. 2. Selon celui-ci, un formulaire A est également considéré comme correctement rempli lorsque les données au sujet de l'ayant droit économique sont attestées au moyen de copies simples de pièces de légitimation au sens du ch. 9 CDB ou d'autres documents établis par une autorité et que le formulaire A signé contient au moins le nom et le prénom ou la raison sociale garantissant ainsi une attribution exacte. La banque n'a donc pas à compléter le formulaire A avec des indications supplémentaires.

La nouvelle formulation du ch. 27 al. 3 CDB précise en outre que la banque peut ajouter ultérieurement le numéro de compte sur un formulaire A déjà signé. Cette clarification tient compte du fait qu'en pratique, lors de l'établissement d'une relation d'affaires (et de la signature concomitante du formulaire A), le numéro de compte n'est pas encore connu. D'ailleurs, le numéro de compte/dépôt est un élément du formulaire A que détermine la banque et non le client lui-même.

Le formulaire A peut être préparé, respectivement rempli sur les indications du cocontractant, par un collaborateur de la banque ou une tierce personne; ainsi, il n'est pas nécessaire que le cocontractant remplisse lui-même le formulaire A. Comme le cocontractant doit confirmer par sa signature la véracité des indications figurant sur le formulaire A, cette procédure est conforme au but et à l'esprit de la CDB.

En pratique, outre les notions de numéro de compte ou de dépôt, d'autres désignations sont utilisées (p. ex. numéro de la relation d'affaires, numéro de client, numéro de partenaire, etc.). Par souci de clarté, le formulaire A modèle ne comporte pas de référence à ces notions alternatives. Chaque banque est néanmoins libre, en fonction de ses besoins pratiques, d'intégrer ses propres dénominations sur le formulaire A.

28 Signature du formulaire A

Il est aujourd'hui techniquement possible d'introduire simultanément une signature manuscrite dans un document électronique (p. ex. par le procédé appelé «signotec Pen-Pad»). Ce procédé se distingue sur des points importants de la reproduction mécanique d'une signature (p. ex. par le scanning d'une signature ou l'utilisation d'un tampon humide), car la personne concernée doit, à chaque fois que cela est nécessaire, apposer à

nouveau sa signature, ce qui rend tout abus impossible. Par ailleurs, cette signature électronique est enregistrée de manière codée dans le document avec les données biométriques du cocontractant, rendant impossible la dissociation de la signature et protégeant le document d'une manière sûre des manipulations. Une telle conversion électronique qui s'ajoute simultanément à la signature écrite physiquement, a la même valeur qu'une véritable signature manuscrite d'un document, de sorte qu'un formulaire A, R ou T peut être signé sans problème de cette manière et être considérée comme ayant la même valeur que la signature originale. Une expertise allemande a validé ce procédé.

Le formulaire A peut être signé par le cocontractant ou par un fondé de procuration. Dans ce cas, il peut s'agir d'un autre fondé de procuration que la personne qui établit la relation d'affaires au sens du ch. 14 CDB.

En ce qui concerne les personnes morales, le formulaire A peut être signé par un signataire autorisé ou un fondé de procuration, dont la procuration a été établie par des personnes disposant du pouvoir de signature. Dans ce cas, il peut s'agir d'un autre fondé de procuration que la personne qui a établi la relation d'affaires au sens du ch. 14 CDB.

30 Formulaire A modèle

Le formulaire A modèle a été simplifié afin d'en faciliter l'utilisation, d'éviter des malentendus et de limiter les sources d'erreurs. Les rubriques existantes (indication que le cocontractant est le seul ayant droit économique des valeurs patrimoniales respectivement que le(les) ayant(s) droit économique(s) est/sont le(les) suivant(s)) ont été réunies. Le cocontractant doit dorénavant déclarer que la/les personne(s), respectivement société(s) suivantes, est/sont elle(s)-même(s) le(s) ayant(s) droit économique(s) des valeurs patrimoniales déposées dans le cadre de la relation d'affaires correspondante. Lorsque le cocontractant est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, ses données personnelles doivent être retranscrites sur le formulaire A; jusqu'à présent il suffisait simplement, dans ce cas, de cocher la case correspondante du formulaire A. Conformément au but et à l'esprit du formulaire A (identification de l'ayant droit économique), le formulaire A doit être considéré comme correctement rempli lorsque le cocontractant ajoute au formulaire A signé, par exemple, les mots suivants : «moi-même» ou «titulaire du compte». Dans ces cas également, l'ayant droit économique a été identifié sans ambiguïté (cocontractant). Ce serait faire preuve de formalisme excessif que d'exiger que le formulaire A contienne toutes les données relatives au cocontractant, dès lors que ces données doivent être recueillies lors de la vérification de l'identité.

La référence à la menace de peine de l'art. 251 CP a été adaptée à la nouvelle formulation de cet article. Par ailleurs, le formulaire A modèle ne contient plus la désignation du lieu où il a été établi. La pratique a démontré que l'indication du lieu n'est pas un indice probant pour déterminer si la relation d'affaires a été conclue par correspondance ou lors de pourparlers engagés en personne. Si le domicile du cocontractant correspond par exemple au siège de la banque, l'indication du lieu de signature ne permet pas d'établir si la relation d'affaires a été engagée par correspondance ou lors de pourparlers directs. Lorsque la relation d'affaires a été établie, par exemple, non au siège de la banque mais dans un hôtel ou que le formulaire A n'a été signé que postérieurement (dans le cas d'une relation d'affaires préexistante), l'indication du lieu donnerait faussement à penser que la relation d'affaires a été établie par correspondance. Il résulte du ch. 27 CDB que les indications manquantes dans le formulaire A peuvent ressortir à d'autres pièces dont dispose la banque (voir le commentaire du ch. 27 CDB). Il n'est pas nécessaire que la banque complète le formulaire A avec des indications supplémentaires.

La date figurant sur le formulaire A doit permettre de vérifier que la banque a reçu le formulaire A en temps utile (préalablement à l'utilisation du compte, respectivement avant l'échéance du délai du ch. 24 CDB). Cette obligation de garantie («Sicherstellungspflicht») est désormais spécifiquement réglée au ch. 23 al. 2, respectivement 36 CDB. La date manquante sur le formulaire A peut donc être remplacée par le tampon de réception de la banque. Conformément au ch. 36 al. 2 CDB, un formulaire A non daté est considéré comme étant correctement rempli lorsque l'organe de révision interne et la société d'audit externe peuvent établir sa disponibilité dans le système de la banque.

Le modèle de formulaire A est aujourd'hui disponible sous forme électronique sur le site internet (<http://www.swissbanking.org>) dans les langues dans lesquelles la CDB est traduite (allemand, français, italien et anglais). Pour cette raison, la deuxième phrase du ch. 30 CDB 03 (ce formulaire peut être obtenu en version française, allemande, italienne, espagnole et anglaise au secrétariat de l'Association suisse des banquiers) a été supprimée. Les formulaires ne sont plus distribués physiquement.

La banque peut rajouter sur un formulaire A déjà signé le numéro de compte ou de dépôt (voir aussi les explications qui précèdent au sujet du ch. 27 CDB). Dans certains types d'affaires (p. ex. lors d'opérations de caisse), un numéro de compte ne peut pas être attribué au moment de l'établissement du formulaire A. En conséquence, dans de tels cas, le formulaire A doit être considéré comme correctement rempli même sans indication de numéro de compte ou de dépôt. Dans la pratique, d'autres dénominations que numéro de compte ou numéro de dépôt sont également utilisées (tels que numéro de la relation d'affaires, numéro du client, numéro du partenaire, etc.). Par souci de clarté, le formulaire A modèle n'inclut pas ces expressions alternatives. Chaque banque est néanmoins libre, en fonction de ses besoins pratiques, d'utiliser ses propres dénominations sur le formulaire A.

Les formulaires A existants peuvent continuer à être utilisés (voir l'art. 15 CDB, dispositions transitoires).

31 Formulaire A analogue au formulaire modèle

La deuxième phrase modifiée du ch. 31 CDB établit que chaque banque a le droit de créer ses propres formulaires correspondant à ses besoins particuliers pour l'identification de l'ayant droit économique.

Lorsqu'une banque utilise ses propres formulaires, leur formulation peut s'écarter de celle du formulaire A modèle, à condition que leur contenu soit équivalent à celui du formulaire modèle de l'ASB. Le contenu est équivalent notamment lorsque le formulaire A modèle de la CDB 03 est utilisé ou que d'autres désignations sont utilisées en lieu et place du numéro de compte ou de dépôt (voir le commentaire du ch. 30 CDB).

32 Comptes globaux et dépôts globaux

Le nouveau ch. 32 al. 2 CDB permet aux banques de renoncer à l'identification de l'ayant droit économique des comptes et dépôts globaux lorsque le cocontractant est une société opérationnelle. Cette disposition est par exemple applicable aux activités des sociétés de recouvrement des médecins, des gérances de logements locatifs ou des maisons de vente aux enchères. L'application du ch. 32 al. 2 CDB doit être documentée, sans qu'il y ait pour cela une exigence de forme. Cette exigence de documentation est remplie notamment lorsqu'il ressort (de l'extrait du Registre du commerce qui se trouve dans le dossier du client) ou d'autres documents (p. ex. l'impression d'une page du site

Internet de la cocontractante) que la cocontractante est active dans le domaine de l'encaissement, de la gérance d'immeubles, du factoring, etc. La banque décide dans chaque cas particulier si et dans quelle mesure cette règle s'applique, selon une approche fondée sur le risque.

Il est également à noter que le ch. 32 al. 2 contient une liste exemplative et non exhaustive. L'application de cette disposition à d'autres situations est envisageable lorsqu'un nombre important d'ayants droit économiques profitent d'un service, que les valeurs patrimoniales sont détenues à titre fiduciaires dans le cadre de la prestation de ce service et qu'il n'existe pas de danger significatif d'abus sous l'angle de la prévention du blanchiment d'argent (p. ex. la gestion de plans de prévoyance pour collaborateurs d'une entreprise, etc.).

Les fanfares, caisses de classe, etc., sans forme juridique particulière doivent être traitées comme des sociétés simples. La règle du ch. 15 CDB s'applique donc à la vérification de leur identité. Ainsi, les comptes ouverts par ce type de sociétés ne sont pas, sous l'angle de l'identification de l'ayant droit économique, à considérer comme des comptes globaux ou des dépôts globaux au sens du ch. 32 CDB 03 (voir à ce sujet le commentaire de l'art. 3 al. 4 CDB).

33 Formes de placement collectif et sociétés de participations

Le ch. 33 CDB s'applique notamment aux "Special Purpose Vehicles" (SPV) utilisés pour l'émission de titres. Les investisseurs ne doivent pas être identifiés lorsque les titres émis par ces SPV sont cotés en bourse.

La règle du ch. 33 CDB 03 qui prévoyait l'identification comme ayants droit économiques des investisseurs détenant au moins 5% d'un fonds de placement collectif ou d'une société de participations s'est révélée difficilement applicable. En particulier, il n'était souvent pas possible d'obtenir ces informations de la part des investisseurs étrangers, en raison des réglementations qui leur sont applicables. Pour cette raison, le critère lié au seuil a été abrogé au ch. 33 CDB 08. De même, la deuxième phrase du ch. 33 a été reformulé sans que le contenu en soit modifié (ch. 33 al. 1 nouveau). Pour les formes de placement collectif et les sociétés de participations qui regroupent 20 investisseurs ou moins, une déclaration relative à l'ayant droit économique doit être obtenue. En revanche, lorsque le nombre d'investisseurs est supérieur à 20, on admet que les parts sont largement répandues et que l'on peut renoncer à l'identification de l'ayant droit économique.

La dernière phrase du ch. 33 CDB 03 a été intégrée et complétée dans le nouvel alinéa 2. Cet alinéa dispose, d'une part, qu'il n'y a pas d'obligation d'identifier l'ayant droit économique lorsque le fonds de placement collectif ou la société de participations est coté en bourse, étant donné la publicité qui découle automatiquement d'une telle cotation. D'autre part, cet alinéa établit (en application du ch. 34 CDB) que la banque peut renoncer à l'identification de l'ayant droit économique, indépendamment du nombre d'investisseurs, lorsque le promoteur ou le sponsor du fonds ou de la société de participations est un intermédiaire financier au sens du ch. 34 CDB qui démontre être assujéti à des règles appropriées en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Si un intermédiaire financier au sens du ch. 34 CDB intervient lui-même comme investisseur dans un fonds de placement collectif ou une société d'investissement, il n'est pas nécessaire d'exiger une déclaration relative aux ayants droit économiques qui se trouvent derrière cet intermédiaire financier.

34 Banques et autres intermédiaires financiers ainsi qu'autorités suisses en qualité de cocontractants

Les négociants en valeurs mobilières sont dorénavant inclus au ch. 34 al. 1 CDB étant donné qu'ils sont soumis à la même surveillance que les banques (cf. également ch. 1 CDB).

Aucune déclaration relative à l'ayant droit économique n'est en principe exigée des banques et des négociants en valeurs mobilières dont le domicile ou le siège est en Suisse ou à l'étranger. La CDB prévoit toutefois une exception : les banques et les négociants en valeurs mobilières étrangers, qui ne sont pas assujettis à une surveillance et à une réglementation appropriées en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (la surveillance prudentielle n'entre pas en considération ici) et qui ouvrent des sous-comptes pour des clients non spécifiés, doivent indiquer l'identité de ces clients comme ayants droit économiques desdits comptes (al. 1). Sont a priori réputés appliquer une surveillance et une réglementation appropriées en matière de blanchiment d'argent, l'ensemble des pays membres du GAFI ainsi que la Principauté du Liechtenstein.

Chaque banque peut également reconnaître comme étant «assujettis à une surveillance appropriée ainsi qu'à une réglementation appropriée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent» au sens du ch. 34 al. 2 et 3 CDB des banques, des négociants en valeurs mobilières ou des intermédiaires financiers d'autres pays, pour autant qu'elle se fonde sur des connaissances particulières et qu'elle documente ce fait de manière appropriée.

Le ch. 34 al. 2 CDB révisé précise qu'un intermédiaire financier étranger est en principe également assujetti à une surveillance appropriée ainsi qu'à une réglementation appropriée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent lorsqu'il fait partie d'un groupe soumis à une surveillance consolidée dont la société mère a son siège dans un pays qui dispose d'une surveillance appropriée ainsi que d'une réglementation appropriée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, ce quand bien même la surveillance et la réglementation au siège de la filiale en question ne satisfait pas à ces exigences.

Il est déterminant, pour l'application du ch. 34 al. 2 CDB aux intermédiaires financiers étrangers, qu'il existe une réglementation appropriée en matière de lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme. La CDB, à dessein, ne fixe pas d'exigences particulières relatives à la mise en œuvre des obligations y relatives et à leur surveillance, qui incombent au régulateur du domicile du cocontractant.

Les autres intermédiaires financiers au sens du ch. 34 al. 2 CDB sont définis au ch. 34 al. 3 CDB. Cette notion se réfère traditionnellement aux compagnies d'assurances sur la vie et aux intermédiaires financiers surveillés en vertu de lois spéciales, qui étaient jusqu'ici énumérés exhaustivement (voir la formulation du ch. 34 al. 3 CDB 03). La CDB 08 les définit dorénavant de manière générale, par renvoi aux dispositions de la LBA (art. 2 al. 2, voir la disposition analogue de l'art. 21 OBA-AdC).

La définition des autres intermédiaires financiers étrangers n'englobe plus seulement les directions de fonds de placement, les compagnies d'assurances sur la vie, et les institutions de prévoyance professionnelles exemptées d'impôt (les négociants en valeurs mobilières sont dorénavant inclus à l'al. 1), mais aussi tous les autres intermédiaires financiers comparables qui, conformément à la législation spécifique de leur pays de domicile, sont soumis à une surveillance prudentielle également en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

Les dispositions du ch. 34 CDB s'appliquent aussi aux cocontractants qui ne fournissent leurs services qu'aux intermédiaires financiers (par exemple SEGA Interstetle, Euroclear, Clearstream, Fastnet, etc.).

Le nouvel al. 5 du ch. 34 CDB précise qu'il n'y a pas lieu d'identifier l'ayant droit économique dans le cadre de relations d'affaires avec une autorité suisse (fédérale, cantonale, communale).

35 Délégation de l'identification de l'ayant droit économique et moment de l'exécution de l'obligation de documenter l'identification

Le ch. 35 al. 1 CDB prévoit que l'identification de l'ayant droit économique peut être déléguée, tout comme la vérification de l'identité du cocontractant. Les dispositions du ch. 21 CDB sont applicables par analogie (voir le commentaire du ch. 21 CDB).

Exceptionnellement, un compte peut être utilisé avant que le formulaire A ne soit obtenu ou avant que celui-ci n'ait été dûment rempli et signé. Le ch. 24 CDB s'applique par analogie. Les règles concernant la vérification de l'identité du cocontractant sont également applicables par analogie à l'identification de l'ayant droit économique (voir le commentaire du ch. 24 CDB).

36 Dispositions obligatoires en matière de documentation ("Sicherstellungspflicht")

Voir le commentaire du ch. 23 CDB qui est également applicable au ch. 36 CDB.

Art. 4 Procédure relative aux sociétés de domicile

L'art. 4 al. 1 CDB a été formulé de manière plus claire sans que le contenu matériel n'en soit modifié. L'exception contenue jusqu'à présent au ch. 39 CDB 03 concernant les cocontractants qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens, ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, d'intérêt général, de récréation ou des buts analogues, a été, pour des raisons systématiques, intégrée à l'art. 4 al. 2 CDB. La notion de «bénéficiaires» a été ajoutée à cet alinéa. Il est ainsi clairement exprimé que l'exception s'applique tant aux associations, sociétés, etc., qu'aux fondations ou aux trusts, etc. Les fondations de familles sont soumises aux mêmes règles que les autres fondations.

Les communautés de copropriétaires par étages et les communautés de copropriétaires inscrites au Registre du commerce doivent être traitées comme les sociétés ayant pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres collectivement au sens de l'art. 4 al. 2 CDB. Elles ne doivent donc pas être considérées comme des sociétés de domicile. En ce qui concerne la vérification de l'identité du cocontractant, voir le commentaire du ch. 13 CDB.

L'art. 4 al. 3 lit b CDB, par renvoi au ch. 31 CDB, dispose que les banques ont la possibilité d'utiliser leurs propres documents pour identifier l'ayant droit économique, également dans le cadre de relations d'affaires avec des sociétés de domicile.

Le ch. 33 al. 2 CDB est également applicable aux sociétés de domicile (cf. commentaire du ch. 33 al. 2 CDB).

38 Notion de société de domicile

La notion de société de domicile telle que définie par le ch. 38 CDB 03 s'est souvent révélée en pratique comme étant trop étroite et en contradiction avec l'esprit et le but de l'article 4. Cette définition avait notamment pour conséquence que des sociétés opérationnelles pouvaient être considérées comme des sociétés de domicile. Pour cette raison, le nouveau ch. 38 CDB, en utilisant le terme d'«indice», dispose clairement qu'il convient de déterminer en fonction des circonstances du cas d'espèce si l'on est bien en présence d'une société de domicile. Si la cocontractante dispose p. ex. de ses propres locaux malgré l'indication d'une adresse « c/o », elle ne doit plus nécessairement être qualifiée de société de domicile. La décision de la Commission de surveillance concernant la présence d'un indice (voir le Rapport d'activité 2005 p. 36 et 37), rendue sur la base de l'ancienne version (plus restrictive) de la CDB, n'est, suite à l'entrée en vigueur de la CDB 08, plus à considérer comme un «Leading Case».

La partie de phrase «personnel propre, travaillant exclusivement pour elles» du ch. 38 lit. b CDB 03 a été biffée, étant donné qu'en pratique, les cocontractants disposent certes fréquemment de leur personnel propre, mais que celui-ci est également affecté à d'autres sociétés du groupe. En outre, dans les sociétés de personnes, le personnel n'est souvent employé qu'à temps partiel et effectue par ailleurs d'autres tâches (p. ex. dans les petites et moyennes entreprises).

Lorsque, malgré la présence d'indices mentionnés au ch. 38 CDB (p. ex. lorsque le cocontractant exerce une activité opérationnelle ou qu'il fait partie d'un groupe de sociétés opérationnelles), la banque parvient à la conclusion qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une société de domicile, elle doit en documenter les motifs (cf. ch. 38 al. 2 CDB). Il n'y a pas d'exigence de forme à cet égard. On peut p.ex. établir une note au dossier ou y déposer une copie des pièces qui démontrent l'activité opérationnelle.

39 Sociétés holding, sociétés immobilières, etc.

Un important cas d'application du ch. 38 al. 2 CDB, selon lequel le cocontractant n'a pas à être qualifié de société de domicile même en présence des indices mentionnés au ch. 30 al. 1 CDB est explicité au ch. 39 CDB (sociétés holding). Il s'agit de sociétés faisant partie d'un groupe dont les membres (en Suisse ou à l'étranger) exercent une activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale. En pratique, les sociétés holding ne disposent généralement pas de leur personnel ou de leurs locaux commerciaux propres, en particulier lorsqu'elles sont domiciliées auprès d'une société commercialement active du groupe, dont les employés travaillent également pour la société holding. Dans le même temps, la société holding constitue un élément important de l'administration du groupe. Par définition, elle n'exerce elle-même aucune activité commerciale au sens de l'art. 4 CDB. L'identification de l'ayant droit économique d'une telle société (suite à sa qualification de société de domicile) n'apparaît pas judicieuse et serait pratiquement, selon la structure du groupe, difficilement réalisable. Il convient donc de traiter ces sociétés holding d'une façon analogue aux sociétés commerciales qui exercent une activité de commerce ou de fabrication, ou une autre activité exploitée en la forme commerciale. Cette appréciation doit être faite sur la base des éléments concrets du cas particulier. Il sied en particulier de prendre en considération les critères suivants pour l'application des ch. 39 et 40 CDB : l'organisation du groupe, le rôle et la fonction de la société holding, la nécessité d'une société holding pour le groupe ainsi que l'existence d'une consolidation. Le résultat de cette analyse doit être documenté, sans qu'il y ait d'exigence de forme à cet égard. On peut par exemple

établir une note au dossier ou y déposer une copie des pièces qui établissent que la cocontractante fait partie d'un groupe commercialement actif.

Il faut distinguer de ces dernières les sociétés holding destinées à l'usage personnel d'un cercle restreint de personnes, (p. ex. les membres d'une même famille), qui servent à regrouper les différents éléments de leur patrimoine (papiers-valeurs, immobilier, entreprise) ou à permettre le versement de dividendes aux actionnaires. En règle générale, ces sociétés doivent être traitées comme des sociétés de domicile.

Les dispositions concernant les sociétés holding sont applicables par analogie aux sociétés qui détiennent ou qui administrent des immeubles (sociétés immobilières). En pratique, ces dernières présentent souvent les mêmes caractéristiques que les sociétés holding (en particulier l'absence de locaux commerciaux et de personnel propres). Ces sociétés sont à distinguer des sociétés immobilières utilisées par un nombre restreint de personnes (p. ex. les membres d'une même famille) pour gérer leurs propres biens immobiliers. En règle générale, ces sociétés doivent être traitées comme des sociétés de domicile (voir par analogie les commentaires relatifs aux sociétés holding).

Le ch. 42 CDB s'applique aux sociétés holding ou immobilières cotées en bourse.

43 Valeurs patrimoniales sans ayant droit économique déterminé

Le ch. 43 CDB règle la procédure à suivre par la banque lorsqu'il n'existe pas d'ayant droit économique déterminé. Pour la déclaration selon le ch. 43 CDB, un nouveau formulaire modèle a été créé (formulaire T), pour le cas où il n'existe pas d'ayant droit économique déterminé. Chaque banque a la possibilité d'établir ses propres formulaires adaptés à ses besoins spécifiques. Ces formulaires doit avoir un contenu équivalent à celui du formulaire modèle. Le contenu est notamment équivalent lorsqu'une désignation différente est utilisée pour le numéro de compte ou de dépôt (cf. commentaire du ch. 30 CDB).

En ce qui concerne la signature du formulaire T, le commentaire du ch. 28 CDB s'applique par analogie. Le formulaire T peut également être signé par les mandataires du conseil de fondation ou du conseil d'administration d'une underlying company, d'un Trust, d'une fondation, etc.

Certaines formes de Trusts anglo-saxons et de fondations ne permettent pas de considérer que les bénéficiaires sont les ayants droit économiques («beneficiaries», mais non «beneficial owners»). Ces structures peuvent être considérées comme des trusts, respectivement des fondations pour lesquelles il n'est pas possible d'identifier des personnes déterminées comme ayants droit économiques. Cet état de fait peut être constaté au moyen du formulaire T.

Lorsqu'une société de domicile («underlying company»²), déclare qu'un Trust est l'ayant droit économique, c'est elle qui doit être identifiée comme cocontractante (cf. commentaire du ch. 14 CDB). L'identification de l'ayant droit économique s'effectue dans ce cas au moyen d'un formulaire A et/ou T ou du formulaire interne de la banque (voir les commentaires relatifs à l'al. 1 ci-dessus). Le formulaire correspondant doit être signé par les organes de la société de domicile (en tant que cocontractante). Dans le cas d'un Trust mixte (combinaison de Trusts discrétionnaire et non discrétionnaire), tous les ayants droits économiques doivent être enregistrés, les personnes déterminées

² Il s'agit de sociétés dont les actions sont détenues par un Trust/fondation et qui établissent une relation d'affaires avec la banque pour la fortune du Trust, respectivement de la fondation.

nommément et les personnes simplement déterminables au moyen des critères de détermination (p. ex. descendant de la famille X).

Le partenaire contractuel doit fournir des renseignements concernant le ou les protecteurs, curateurs et/ou tiers uniquement lorsque ceux-ci peuvent désigner des bénéficiaires ou décider de l'utilisation des avoirs de manière contraignante pour les représentants (trustee, membres du conseil de fondation, etc.). Il n'est donc pas nécessaire d'enregistrer les gérants de fortune, conseillers, etc.

44 Constructions révocables

En pratique, le fondateur peut se réserver le droit de révoquer un Trust par exemple. D'autres constellations sont également concevables. Pour ces raisons, le ch. 44 CDB a été amendé dans le sens que pour les Trusts révocables et les constructions analogues, les personnes habilitées à révoquer la structure doivent en règle générale être indiquées comme ayants droit économiques. Pour cette identification, il y a lieu d'utiliser le formulaire A ou le formulaire propre de la banque.

45 Modification des signatures autorisées

La formulation "lorsque survient un doute au sens de l'art. 6 al. 1 CDB" a été ajoutée au ch. 45 CDB. Cette modification signifie qu'il n'y a pas lieu de procéder automatiquement à une nouvelle identification de l'ayant droit économique lorsque des changements interviennent au niveau des signatures autorisées de la société de domicile. Un renouvellement de cette procédure n'est nécessaire que lorsqu'il y a un doute au sens de l'art. 6 al. 1 CDB (p. ex., lorsqu'il y a doute sur la validité de la déclaration au sujet de l'ayant droit économique).

Art. 5 Personnes tenues à un secret professionnel

En raison de la protection du secret professionnel (voir l'art. 321 CP), la banque n'est pas en mesure de vérifier si les indications au sens de l'art. 5 sont remplies. La banque n'assume ainsi aucune obligation de surveillance à cet égard. Cela est du ressort des autorités compétentes.

46 Formulaire R modèle

L'art. 5 et le formulaire R modèle ont été redéfinis en fonction des besoins de la pratique, en ce sens que le cocontractant doit confirmer qu'il est soumis au secret professionnel selon l'art. 321 CP et que le compte/dépôt sera utilisé exclusivement dans le cadre de son activité d'avocat, respectivement de notaire. Il n'est plus nécessaire de spécifier le type d'activité soumise au secret professionnel pour laquelle le compte/dépôt concerné est utilisé, cette indication n'étant pas vérifiable en pratique. Les dispositions transitoires (voir l'art. 15 CDB) précisent qu'un formulaire R existant peut encore être utilisé pour l'ensemble des activités d'un avocat ou d'un notaire soumises au secret professionnel. Il n'est ainsi pas nécessaire de remplacer les formulaires R existants par de nouveaux formulaires.

Le formulaire R modèle a été complété en fonction de l'évolution de la pratique, en ce sens qu'il peut aussi être utilisé lorsque le cocontractant est organisé sous la forme d'une société (p. ex. une société d'avocats). Conformément au champ d'application matériel de l'art. 321 CP, le formulaire R doit être signé par un avocat ou un notaire tenu au secret professionnel. Si l'étude est organisée sous forme d'une société (p. ex. une société

anonyme ou une société simple), le formulaire R doit être signé par au moins une personne tenue au secret professionnel ayant le pouvoir de représenter la société.

Les modifications du formulaire R sont exclusivement de nature formelle. Son champ d'application matériel n'a pas été modifié. Le formulaire R peut continuer à être utilisé pour l'ensemble des activités d'un avocat ou d'un notaire soumises au secret professionnel (en particulier aussi les services d'escrow, voir la formulation dans l'ancien formulaire R modèle). Le terme «suisse» (avocat/notaire suisse, étude d'avocats/de notaires suisse organisée en la forme d'une société) se réfère à la surveillance des cocontractants (c'est-à-dire à l'exigence d'être soumis à la législation cantonale et fédérale en la matière).

Le formulaire R modèle est disponible sur le site Internet <http://www.swissbanking.org/> dans les langues dans lesquelles la CDB est traduite (allemand, français, italien et anglais). Pour cette raison, la référence au fait que le formulaire R est disponible au Secrétariat de l'Association suisse des banquiers a été biffée. Les formulaires modèles ne sont plus mis physiquement à disposition.

Le ch. 46 CDB révisé précise dorénavant que les banques sont libres d'utiliser leurs propres formulaires pour la déclaration selon l'art. 5, adaptés à leurs besoins particuliers. Ces formulaires peuvent contenir des formulations qui diffèrent du formulaire modèle, à condition que leur contenu soit équivalent à celui du formulaire modèle. Le contenu est notamment équivalent lorsque le formulaire modèle de la CDB 03 est utilisé ou lorsqu'une autre dénomination est utilisée pour le numéro de compte ou de dépôt (cf. par analogie le commentaire du ch. 30 CDB).

En ce qui concerne la signature, voir également le commentaire du ch. 28 CDB.

Art. 6 Répétition de la procédure de vérification de l'identité du cocontractant ou de la procédure d'identification de l'ayant droit économique (art. 2-5 CDB)

L'art. 6 CDB veut assurer que l'identité du cocontractant a été correctement vérifiée et que l'ayant droit économique a été bien identifié. Il convient d'établir une nette distinction avec l'OBA-CFB, qui impose d'autres obligations (p. ex. des devoirs de surveillance ou l'obligation de clarifier l'arrière-plan économique des transactions inhabituelles). Une violation de l'OBA-CFB n'implique pas automatiquement une violation de la CDB. L'art. 6 CDB révisé distingue clairement les champs d'application respectifs de la CDB et de l'OBA-CFB et les compétences des chargés d'enquête et de la Commission de surveillance, d'une part, de celles de la CFB, d'autre part. Les obligations de clarifications en présence de circonstances inhabituelles et de risques particuliers sont régies par l'OBA-CFB et seule la CFB et les sociétés d'audit qui lui rapportent sont compétentes pour vérifier si elles ont été remplies. Dans le cadre de la révision, d'une part, le titre de l'art. 6 CDB a été reformulé pour tenir compte de la terminologie de la loi sur le blanchiment d'argent (voir l'art. 5 LBA). D'autre part, le deuxième tiret de l'art. 6 al. 1 CDB a été biffé (lorsqu'existent des indices de modifications survenus a posteriori) et remplacé par la formulation «ce doute n'ayant pas pu être levé par des éclaircissements éventuels». Il est ainsi clairement exprimé qu'un nouveau formulaire A ne doit pas automatiquement être obtenu en cas de doute au sens de l'art. 6 CDB. Si ces doutes peuvent être levés par des recherches de la banque sur la question de savoir si les informations relatives au cocontractant et à l'ayant droit économique sont correctes, il n'est pas nécessaire d'obtenir un (nouveau) formulaire A. Les termes «éclaircissements éventuels» mettent en évidence que la CDB ne stipule pas d'obligation de procéder à des

éclaircissements qui ne portent pas sur la vérification de l'identité du cocontractant, respectivement de l'ayant droit économique. Les banques sont libres de répéter soit la procédure prévue aux ch. 9 à 24, respectivement 25 à 45. En outre, l'art. 12 CDB établit que les organes chargés de l'enquête ne sont pas compétents pour déterminer à titre préjudiciel si des dispositions de l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent ont été violées. Ces investigations sont du ressort de la CFB, respectivement des sociétés d'audit mandatées.

Ni les chargés d'enquête, ni la Commission de surveillance n'ont donc à s'assurer que 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. Ces obligations sont réglées par l'OBA-CFB (cf. ch. 3); c'est la CFB qui est compétente en la matière. Une enquête sur une éventuelle violation de l'art. 6 ne peut être menée que s'il existe des éléments concrets indiquant qu'une personne pourrait avoir été faussement indiquée comme ayant droit économique. Les "fishing expeditions", qui consistent par exemple à passer systématiquement au crible tous les relevés de comptes et de dépôts ainsi que les justificatifs de transactions pour en tirer, le cas échéant, un indice tendant à prouver que la personne mentionnée sur le formulaire A n'est pas l'ayant droit économique, ne sont pas admises.

47 Rupture des relations d'affaires

Conformément à la jurisprudence de la Commission de surveillance, l'art. 6 CDB (et le ch. 47 CDB) exige la rupture de toutes les relations d'affaires, et pas seulement de celles à propos desquelles il y a des doutes (Rapport d'activité 2001 – 2005, 4.13).

B Interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux

Art. 7 Fuite de capitaux

L'art. 7 et les ch. 48 – 52 CDB demeurent inchangés.

C Interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues

Art. 8 Soustraction fiscale et actes analogues

L'art. 8 et les chiffres 53 – 56 CDB demeurent inchangés.

D Autres dispositions

Art. 9 Comptes numérotés

L'art. 9 et le chiffre 57 CDB demeurent inchangés.

Art. 10 Contrôle par la société d'audit

A la demande de la Chambre fiduciaire, l'art. 10 précise dorénavant la mission des sociétés d'audit en matière de vérification du respect de la CDB. D'une part, il renvoie directement à la circulaire y relative de la CFB (Circ.-CFB 05/1 « Audit »). D'autre part, la CDB dispose expressément qu'il convient d'opter pour une approche fondée sur les risques, tant dans l'étendue du contrôle par sondage que pour le déroulement du contrôle. Des exemples de critères sont mentionnés dans cet article; il convient d'en tenir compte pour l'application de l'approche fondée sur le risque (type d'activité, nombre et importance des nouvelles relations d'affaires établies depuis le dernier contrôle). La limite supérieure de 75 contrôles par sondage fixée par la Chambre fiduciaire est toujours valable. Ce plafond s'applique à l'ensemble du groupe Raiffeisen, étant donné sa structure particulière (et non à chaque banque Raiffeisen séparément).

La CDB fixe maintenant elle-même les délais dans lesquels les violations doivent être annoncées. Dans les cas bénins, la société d'audit peut dorénavant impartir elle-même un délai à la banque pour remédier aux défauts constatés (par analogie avec l'art. 21 al. 3 LB, qui prévoit que les réviseurs invitent la banque à régulariser sa situation dans un délai approprié lorsqu'ils décèlent des infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités).

Art. 11 Violation de la Convention, sanctions

Conformément à l'art. 11 al. 1, il est dûment tenu compte, entre autres, du degré de culpabilité lors de la fixation de l'amende conventionnelle. Il faut en outre prendre en considération la nature de la relation d'affaires concernée. Un degré de diligence élevé est ainsi exigé lorsqu'il s'agit, par exemple, de relations d'affaires de private banking portant sur des valeurs patrimoniales importantes. Dans d'autres relations d'affaires (p. ex. dans le domaine du «retail banking»), les procédures sont largement automatisées (en particulier pour des raisons de coûts). En cas de violation de dispositions de la CDB dans le cadre de telles relations d'affaires, on doit ainsi considérer a priori qu'une faute plus légère a été commise.

Dans le cadre de l'art. 11 al. 1, la Commission de surveillance est tenue de prendre en compte, au moment de fixer la sanction, les mesures imposées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. Selon la dernière phrase de l'al. 1, le montant de l'amende conventionnelle est d'abord affecté à la couverture des frais de fonctionnement de la CDB.

L'art. 11 CDB donne désormais une définition générale du cas bénin. Un cas est bénin lorsque le but spécifique de la CDB lié au blanchiment d'argent est atteint, à savoir la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique, même si toutes les obligations de la CDB n'ont pas été parfaitement remplies. L'art. 11 CDB énumère quelques exemples de cas bénins. Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive.

L'art. 11 al. 3 CDB prévoit dorénavant que les violations des art. 6 à 8 ne seront poursuivies que si elles sont intentionnelles ; selon les termes des art. 6 à 8 CDB en effet, une sanction n'a de sens qu'en cas violation intentionnelle. D'ailleurs, en pratique, il est extrêmement difficile dans de tels cas de distinguer la négligence grave de la négligence moyenne ou légère.

L'art. 11 a été complété par un nouvel alinéa 5. Ainsi, la CDB règle désormais directement la manière de traiter les violations des versions antérieures de la CDB, qui ressortait auparavant de la déclaration d'adhésion.

Art. 12 Commission de surveillance, chargés d'enquêtes

L'industrie financière évolue d'une façon de plus de plus rapide (p. ex. dans le domaine des systèmes bancaires). Afin d'assurer un niveau approprié de connaissances actuelles et d'expérience au sein de la Commission de surveillance, la CDB prévoit désormais que des représentants actifs de la branche bancaire puissent également être nommés au sein de cette Commission. Ainsi, selon l'art. 12 al. 1 CDB, seule la majorité - et non plus la totalité - des membres de la Commission de surveillance doivent être indépendants. Une personne n'est pas considérée comme indépendante au sens de cette disposition si elle travaille comme employé ou mandataire pour une banque ou un négociant en valeur mobilière suisse, ou exerce la fonction d'organe. Un membre de la Commission de surveillance qui ne remplit pas cette exigence d'indépendance doit se récuser, lorsque la Commission de surveillance traite le cas d'un établissement financier avec lequel il est lié dans le sens précité. Les détails seront réglés dans le règlement de la Commission de surveillance. L'art. 12 al. 12 CDB introduit une limite d'âge à l'éligibilité afin de garantir le rajeunissement périodique de l'organe de surveillance.

Les art. 12 al. 2 et suivants CDB règlent dorénavant la procédure d'enquête de manière plus détaillée. Par exemple, la CDB précise maintenant dans quels cas le chargé d'enquête peut lui-même suspendre une procédure d'enquête. Une réglementation analogue se trouve à l'art. 6 du Règlement d'enquête entré en vigueur suite à l'adoption de l'art. 12 CDB le 1^{er} juillet 2003. En outre, la CDB dispose clairement que les organes chargés d'enquête ne sont pas compétents pour déterminer à titre préjudiciel si des dispositions de l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent ont été violées. Les violations de l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent sont de la compétence de la CFB ou des sociétés d'audit mandatées. Cette distinction entre les champs d'application respectifs de la CDB et de l'OBA-CFB est primordiale, en particulier dans l'application de l'art. 6 CDB (cf. commentaire de l'art. 6).

59 Interprétation de la CDB

Le ch. 59 CDB demeure inchangé. Ce chiffre prévoit que la Commission de surveillance peut - d'entente avec le Conseil d'administration de l'Association suisse des banquiers - donner une interprétation officielle de la CDB. Il ne saurait s'agir de prendre position sur un cas d'application de la CDB à l'égard d'une banque qui en ferait la demande, comme le font les autorités américaines avec leur "no action-letter", mais bien d'interpréter la CDB, par exemple en se prononçant sur son application à un état de fait qui n'existait pas encore au moment de son entrée en vigueur (évolution continue de la CDB). La dernière phrase précise que les demandes de cet ordre doivent être adressées à l'ASB et non à la Commission de surveillance.

Art. 13 Procédure arbitrale

L'art. 13 CDB demeure inchangé.

Art. 14 Entrée en vigueur

La CDB 08 révisée entre en vigueur, selon le rythme périodique, le 1^{er} juillet 2008 et ce pour une période usuelle de 5 ans, soit jusqu'au 30 juin 2013.

Le contenu des al. 1 et 2 demeure inchangé. L'al. 3 est le fruit d'un compromis entre le droit indiscutable de la CFB d'édicter, en sa qualité d'autorité de surveillance, des dispositions complémentaires (art. 16 LBA) et l'intérêt des banques de disposer d'une CDB au contenu fixe durant une période de 5 ans, afin de ne pas devoir procéder à des modifications. Car si indiscutable que soit sa compétence de réglementation, la CFB ne saurait édicter de nouvelles règles relevant du système de sanctions de la CDB.

Art. 15 Disposition transitoire

Le nouvel art. 15 al. 1 CDB précise que les formulaires A utilisés jusqu'ici peuvent continuer à être utilisés. Les banques sont néanmoins libres de les remplacer par un nouveau formulaire A ou, le cas échéant, par un formulaire T (cf. art. 15 ainsi que le chiffre 43 CDB 08). Il est également possible d'utiliser le formulaire modèle de la CDB 03 lors de l'établissement de nouvelles relations d'affaires (cf. commentaire du ch. 31 CDB).

L'art. 15 al. 2 CDB demeure inchangé. Il consacre le principe éprouvé selon lequel les dispositions révisées de la CDB 08 n'ont pas d'effet rétroactif. Elles ne s'appliquent en effet qu'aux relations d'affaires établies après le 30 juin 2008, ainsi qu'à celles dans lesquelles, après cette date, la procédure de vérification de l'identité du cocontractant ou d'identification de l'ayant droit économique doit être répétée conformément à l'art. 6. Lorsque les nouvelles dispositions sont plus favorables que les anciennes (principe de la *lex mitior*), elles s'appliquent également aux relations d'affaires déjà existantes, comme l'illustre un exemple tiré de la jurisprudence de la Commission de surveillance de la CDB en date du 19.08.03 :

«Il ne peut être reproché à la banque que le formulaire A a été signé par une personne qui était uniquement au bénéfice d'une procuration valable et qui n'avait pas la qualité d'organe de la cocontractante. Le ch. 28 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 03 prévoit expressément que des fondés de procuration peuvent signer le formulaire A. Cette disposition est également applicable comme *lex mitior* (ch. 15 al. 2 CDB 03) au cas d'espèce».

L'art. 15 al. 3 CDB contient une disposition analogue à l'art. 15 al. 1 CDB et dispose que des formulaires R modèles existants peuvent continuer à être utilisés. De même, les banques sont libres de les remplacer par un nouveau formulaire R. En outre, il est également possible, lors de l'établissement de nouvelles relations d'affaires, d'utiliser le formulaire modèle de la CDB 03 (cf. commentaire du ch. 46 CDB).

Conformément à l'art. 15 al. 4 CDB, le chiffre 14 CDB n'entre en vigueur que le 1^{er} juillet 2009. Ce délai transitoire doit permettre de tenir compte du fait que la base légale correspondante n'entrera en vigueur qu'en même temps que la LBA révisée (cf. projet d'art. 3 al. 1 LBA). D'autre part, les banques disposent ainsi de suffisamment de temps

pour adapter leurs systèmes. La nouvelle disposition de l'art. 15 al. 2 CDB entre également en vigueur le 1^{er} juillet 2009 (procédure à suivre lors de l'ouverture de comptes de consignation du capital).

Afin d'assurer le rajeunissement périodique des organes de surveillance, l'art. 12 al. 1 CDB introduit une limite d'âge à l'éligibilité. Pour garantir la passation du know-how, l'art. 15 al. 5 CDB prévoit cependant aussi que les nouvelles conditions d'éligibilité ne s'appliquent pas, pour la prochaine période de fonction, aux membres actuels.

Formulaire A

Cf. commentaire des chiffres 27 et ss CDB.

Formulaire R

Cf. commentaire des chiffres 46 et 28 CDB.

Table des abréviations

ASB	Association suisse des banquiers
CC	Code Civil Suisse, RS 210
GAFI	Groupe d'action financière (GAFI) (lien Internet : http://www.fatf-gafi.org)
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB)
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0).
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (Loi sur les placements collectifs, LPCC ; RS 951.31)
Message	Message du 15 juin 2007 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (GAFI)
OBA-AdC	Ordonnance du 10 octobre 2003 de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis (Ordonnance de l'AdC sur le blanchiment d'argent, OBA AdC; RS 955.16).
OBA-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques du 18 décembre 2002 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent, OBA-CFB; RS 955.022).
OR	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations ; RS 220)
Projet LBA	Projet de loi fédérale du 16 juin 2007 sur la mise en œuvre des recommandations révisées du Groupe d'action financière (Projet)
RS	Recueil systématique du droit fédéral (lien Internet : http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html)

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