CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Adoption de la nouvelle Convention relative à l'obligation de diligence des banques

Par Pierre-André Bertholet le 13 mai 2008

La Commission fédérale des banques (CFB) et le Conseil d'administration de l'Association suisse des banquiers (ASB) ont adopté le 7 avril la nouvelle convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB-08) qui entrera en vigueur le 1er juillet 2008, en même temps que les modifications de l'OBA-CFB à laquelle elle est intimement liée . La version française du commentaire qui l'accompagne a été mise en ligne le 9 mai par le secrétariat de l'ASB. À son chiffre 4 nouveau, la CDB fait référence pour la pre-mière fois à ce commentaire comme texte facilitant son interprétation.
La prise en compte des remarques contenues dans le rapport d'évaluation mutuelle de la Suisse du 14 octobre 2005 du Groupe d'action financière (GAFI), une volonté de rendre la CDB plus pratique et une approche davantage tournée vers le risque – et donc moins formaliste – ont été les moteurs de cette importante révision dont seules les principales nouveautés sont présentées ici.
Concernant l'identification des cocontractants – terme désormais consacré en lieu et place de la notion de client – il n'est plus nécessaire de procéder à une nouvelle identification à chaque ouverture de relation lorsque cette dernière a été faite correctement selon les critères de la CDB en vigueur à ce moment là (art. 2 al. 3 nouveau). Par contre, la banque ne peut plus se dispenser de procéder à une identification correcte, et donc de conserver la documentation reçue, lorsqu'elle a finalement renoncé à entrer en matière. La convention ne fait plus de différence entre les ouvertures par correspondance et par internet. Dans ce cas, l'attestation d'authenticité de la copie du document d'identification peut être délivrée par une banque correspondante ou un intermédiaire « habilité » à cet effet par l'établissement nouant la relation, et non plus « désigné spécialement », ce qui permet au commentaire de préciser qu'une convention écrite n'est pas nécessaire.
La procédure d'identification des personnes morales, suisses ou étrangères, est maintenant unifiée. La vérification de l'identité peut se baser sur un extrait du registre du commerce ou de son équivalent étranger, mais aussi sur un extrait tiré d'une banque de données tenue par un organisme officiel, une autorité de surveillance ou une entreprise privée fiable. La CDB-08 (ch.14) introduit maintenant les obligations claires, d'une part d'identifier également la ou les personne(s) physique(s) ouvrant la relation pour le compte de la personne morale, et de l'autre de documenter les pouvoirs de représentation de cette dernière. La nouvelle mouture du chiffre 15 précise que, pour les sociétés simples, seules les personnes au bénéfice d'un pouvoir de signature bancaire doivent être identifiées et que pour les Trusts, la banque doit vérifier l'identité du ou des Trustees, ce(s) dernier(s) devant en outre confirmer être autorisé(s) à établir la relation. L'exception à l'obligation d'identifier le cocontractant d'un compte de consignation (nouveau ou augmentation de capital) a été supprimée en réponse à une

remarque du GAFI.
Les modifications sont aussi nombreuses et importantes en matière d'identification de l'ayant droit économique (ADE) et de sociétés de domicile. Non seulement la présomption que le cocontractant est aussi l'ADE est maintenue, mais l'utilisation du formulaire A – par ailleurs simplifié pour limiter les erreurs – est devenue moins formaliste puisque, premièrement la banque peut renoncer, à titre exceptionnel, à le compléter entièrement au profit d'une copie d'un document d'identité officiel, deuxièmement elle peut le compléter avec le numéro de compte postérieurement à sa signature et troisièmement elle peut utiliser un formulaire propre « équivalent » au modèle de la CDB, et non plus « contenant le texte intégral » de ce dernier. À la page 24, le commentaire précise aussi que « 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 », ce qui semble confirmer que le souhait des praticiens d'un approche moins formelle et davantage basée sur les risques et le bon sens a bien été entendu.
La banque n'a plus à se procurer la liste exhaustive des ADE d'un compte global détenu par une société opérationnelle sur lequel sont effectuées des prestations à titre professionnel telles que l'affacturage, le recouvrement de créances, l'administration d'immeubles, etc. et peut compléter son dossier par une simple note explicative. La règle qui voulait que toute personne détenant au moins 5 % d'un placement collectif ou d'une société de participation soit identifiée comme ADE est supprimée et seuls les détenteurs d'un fonds regroupant 20 investisseurs ou moins devront être identifiés, à moins que le fonds ne soit promu ou sponsorisé par un intermédiaire financier ou ne soit coté en bourse. Aucune déclaration relative aux ADE n'est dorénavant exigée des autorités suisses (fédérales, cantonales ou communales) ouvrant un compte.
Avec 2 nouveaux articles (ch. 38 al. 2 et ch. 39), la définition de la société de domicile a été revue pour laisser à la banque la possibilité de tenir compte des circonstances avant de la qualifier comme telle. Ces allègements sont particulièrement importants pour les holdings et les sociétés immobilières. La banque devra néanmoins documenter sa décision. Le chiffre 43 al. 2 introduit la nécessité de formaliser l'absence d'ayant droit économique déterminé pour les Trusts, les fondations et autres entités patrimoniales similaires via un formulaire T figurant en annexe à la CDB-08 ou un document équivalent établi par la banque.
En ce qui concerne l'identification des ADE de comptes ouverts par des avocats ou des notaires dans l'exercice de leur activité, l'article 5 de la CDB-08 ne restreint plus à des cas particuliers l'utilisation du formulaire R, par ailleurs simplifié.
L'obligation de documenter et ses exceptions (ch. 22 à 24 et 36) ont été simplifiées et clarifiées. Premièrement, les dispositions à prendre par la banque pour s'assurer que la procédure d'identification est correctement et suffisamment documentée (date de réception ou de disponibilité des informations dans le système) relève de son appréciation dans la mesure où elle peut être retracée. Deuxièmement, le délai de 30 jours autorisant exceptionnellement l'utilisation – sans retrait – d'un compte sans l'intégralité de la documentation est porté à 90 jours. L'exigence de fermeture après 90 jours en cas de non correction de la situation est remplacée par une nécessité de blocage passé le même délai, la banque gardant la liberté de clore la relation pour autant que les art. 9 et ss LBA ne s'y opposent pas.
La répétition de la procédure d'identification du cocontractant ou de l'ADE – à ne pas confondre avec les obligations de clarifications complémentaires prévues par l'OBA-CFB – n'est plus à faire lorsque la banque a des doutes, mais lorsque cette dernière n'arrive pas à lever ses doutes par ses propres moyens. L'obligation de rompre une relation lorsque « des opérations effectuées laissent soupçonner que la banque a été trompée » (CDB-03, art. 6 al. 3) est remplacée par une obligation de clôture lorsque la banque constate qu'elle a été trompée

que ce soit lors d’opérations, de déclaration ou remise de documents d’identification.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Pierre-André Bertholet, Adoption de la nouvelle Convention relative à l'obligation de diligence des banques, publié le 13 mai 2008 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/591/