

Devoir de due diligence des intermédiaires financiers en Suisse : "know your customer" et structures offshore

Autor(en): **Barro, Cécile**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **61 (2003)**

Heft 3: **Lutte contre la criminalité économique : prévenir, détecter, réprimer**

PDF erstellt am: **26.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-141367>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

DEVOIR DE DUE DILIGENCE DES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS EN SUISSE : « KNOW YOUR CUSTOMER » ET STRUCTURES OFFSHORE

Cécile BARRO
Avocate au barreau de Genève
Auditeur ISAS
Etude BARRO, Genève
cecile.barro@barro-law.com

1. Introduction

Trois facteurs déterminent la portée du présent article :

La complexité de la matière, les possibilités casuistiques exponentielles, et *last but not least* les limites typographiques.

La modélisation de la réflexion en la matière s'apparente à un raisonnement de type « arborescence multi-niveaux », pour reprendre la terminologie empruntée au domaine de la modélisation conceptuelle. En effet, la navigation dans « l'arbre » de la compliance, n'est pas seulement systématique mais également interprétative, dépendant du lieu, de l'espace, du temps et de la qualification d'une situation compte tenu du « chemin parcouru ». Le chemin parcouru à l'intérieur de l'arborescence, ce sont par exemple les informations en possession de l'intermédiaire financier et le contexte de l'environnement concret en un temps X. Ces facteurs variables et en interconnexion interprétative ont une influence déterminante sur le choix de la décision à prendre afin de respecter toutes les obligations légales pertinentes.

En termes plus concrets, voici la problématique de l'intermédiaire financier en Suisse : compte tenu de ce que je connais du client X, de la transaction Y, du montant Z, des opérations passées A, B, et C, des informations dont je dispose sur le client et l'arrière-plan économique de la relation, et des exigences légales et best practices, que dois-je faire aujourd'hui pour respecter mes obligations face à une transaction présentant un indice de blanchiment ? Et comment détecter cet indice qui dépend nécessairement de la plausibilité¹ de la transaction face à un contexte de faits et d'informations existant ?

Connaissant ces limites, nous évoquerons quelques développements juridiques loin d'être

exhaustifs, mais révélateurs de certaines évolutions actuelles. Nous axerons quelques réflexions sur le principe Know Your Customer, recueil d'informations et outil d'aide à la décision stratégique en matière de compliance. Nous exposerons enfin un cas pratique de combinaison de structures offshore avec hypothèse de transactions sur un compte bancaire afin d'illustrer le processus évolutif du devoir de due diligence des intermédiaires financiers.

Face au domaine quasi-illimité de la matière, l'idée est d'effectuer une approche partielle par découpage, comparable à l'approche phénoménologique de Merleau-Ponty, qui d'objet limité en objet limité, tend vers l'infini.

2. Principe KYC

2.1 Objectif qualité, marketing et commercial

Le KYC principe, ou « know your customer principle », est un concept initialement envisagé sous un angle positif, expansif et créatif, destiné à offrir le meilleur service possible au client.

Dans le domaine de la qualité², la « voix du client » est, avec la voix du marché, des parties prenantes, etc., une voix fondamentale à prendre en compte dans le cadre de la maîtrise des activités et des risques d'un organisme, et de l'application du principe d'amélioration continue (Principe de la Roue de Deming)³.

L'écoute du client (connaissance des besoins, indices de satisfaction, etc.) est un concept qui est usuellement dénommé le principe KYC (KNOW YOUR CUSTOMER).

La connaissance de son client est un présupposé indispensable à une prestation de services adaptée aux besoins spécifiques du client, car, qui dit besoin dit analyse de besoin préalable. Et cette analyse de besoin se base sur les spécificités du client, donc sur une connaissance approfondie des éléments pouvant servir de base à une sélection de critères destinés à évaluer les besoins.

2.2. Aspects financiers et juridiques

Cet objectif initial de qualité, de marketing et d'adéquation aux offres de produits effectués par un organisme donné, est également utilisé en matière bancaire et financière.

A plusieurs titres. Dans le « Private banking » en particulier, axé sur un service très personnalisé, ce principe est poussé plus avant encore, en raison d'un service qui ambitionne d'être en parfaite adéquation avec les besoins réels du client.

En second lieu, vu la nature financière des services offerts, un critère essentiel du KYC est de connaître la situation patrimoniale et le profil de risque d'un client donné.

En 1997, l'introduction de la LBVM, imposant un devoir d'information particulier relatif aux risques liés aux opérations financières proposées au client, s'inscrit également en relation avec le degré de connaissance que le client a des produits financiers⁴.

Par ailleurs, plusieurs critères d'interprétation de la validité de clauses contractuelles (notamment la jurisprudence relative aux conditions générales) utilisent comme critère d'appréciation le degré de connaissance et de professionnalisme du client en matière financière. L'on conçoit donc aisément l'impact que peut avoir une bonne, respectivement une mauvaise gestion du principe KYC.

Sur le plan du devoir de due diligence des Banques, la Convention de diligence des Banques, norme d'autorégulation, entre autres normes, contient des dispositions spécifiques relatives au principe KYC (identification du cocontractant et de l'ayant droit économique).

Enfin, les questions relatives au problème de la protection des données, du secret bancaire, etc. liées au principe KYC, nécessiteraient un développement spécifique qui dépasse le cadre du présent article.

2.3. Risk management et droit pénal

Le glissement de la notion de KYC vers la maîtrise des risques criminels est un phénomène patent et croissant.

Sur le plan international, l'US Patriot Act en est un exemple révélateur⁵.

Dans la même mouvance, au plan pénal suisse, le principe KYC est sous-jacent au respect de l'art. 305ter du Code Pénal Suisse. L'art. 305ter CP⁶ prévoit que l'intermédiaire financier doit déterminer l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances.

La Loi sur le blanchiment d'argent (LBA) contient également des dispositions relatives au KYC⁷.

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Ordonnance de la Commission fédérale des Banques en juillet 2003⁸, la nécessité d'une approche en matière d'analyse de risques⁹ est clairement stipulée et exigée¹⁰. Et pour ce qui concerne les structures offshore, une analyse préalable spéciale doit être effectuée en fonction de divers critères¹¹.

Le principe KYC est également en filigrane de l'article 305 bis CPS qui réprime le blanchiment d'argent. Sur le plan volitif, l'infraction doit être intentionnelle, l'intention comprenant le dol éventuel. Le dol éventuel trouve son application dans le cas où la personne considérée savait ou devait savoir qu'il y avait un risque de commission d'une infraction, sans en avoir la certitude, mais a pris le risque malgré cette incertitude tout en s'accommodant -même sans le souhaiter- de l'éventualité de la réalisation dudit risque.

A la lumière de la notion de dol éventuel, l'on saisit immédiatement l'impact d'une bonne maîtrise de risques et de la mise en place d'une bonne organisation interne afin d'éviter la qualification de dol éventuel avec les conséquences pénales qui s'en suivent. En effet, *si un organisme sait ou doit savoir* que son système de contrôle interne, que ces procédures, ces processus, son système d'information, etc. ne sont pas performants, contiennent des lacunes, et partant sont inefficients et non aptes à détecter un client susceptible de commettre un acte criminel, *alors il sait que le risque existe* qu'un acte criminel non détecté voie le jour et soit commis par l'organisme ou par l'entremise de l'organisme. En *acceptant de prendre ce risque*, l'organisme se rend coupable de dol éventuel et l'infraction pénale est consommée.

A l'heure actuelle, l'on ne peut punir pénalement l'organisme lui-même, mais seulement des individus. Compte tenu du problème de la dilution des responsabilités¹², des difficultés inhérentes à la transmission d'informations¹³, la punissabilité devient extrêmement difficile en cas de dol éventuel. Le principe « in dubio pro reo »¹⁴ rend cette pénalisation plus aléatoire encore.

Mais, *last but not least*, dès le 1er janvier 2004, de nouvelles dispositions pénales relatives à la punissabilité de l'entreprise¹⁵ vont entrer en vigueur et auront un impact considérable sur le sujet. En effet, la carence organisationnelle au sein d'un organisme sera à certaines conditions pénalement sanctionnable¹⁶.

2.4. Notion de KYC dans le cadre d'une structure offshore :

La notion de KYC présuppose par postulat que la notion de « client » soit clarifiée.

Un exemple : une société offshore ouvre un compte dans une banque : Qui est le client ? la société offshore ou l'ayant droit économique de ladite société ?

A l'évidence, ici la réponse est claire : la société offshore n'est pas une réalité économique mais un écran juridique, et l'on conçoit aisément que la substance du client ne peut pas être une coquille vide, mais un individu ou une société commerciale qui détient effectivement le pouvoir patrimonial sur les valeurs déposées.

Par ailleurs, le client n'est pas nécessairement l'interlocuteur de la banque : en effet, le client peut être représenté par un mandataire, un fondé de pouvoirs, un avocat par exemple, et ce représentant ne saurait manifestement être considéré comme le « client » de la Banque.

Ce qui ne doit pas empêcher l'intermédiaire financier de considérer, dans certains cas fondés, qu'un fondé de procuration puisse être le client réel de la banque, alors même qu'il n'a pas été indiqué comme ayant droit économique par le co-contractant de la Banque¹⁷.

L'ayant droit économique n'est pas toujours aisément déterminable, loin s'en faut. En matière de structure offshore, il s'agit parfois d'un véritable casse-tête chinois.

Plusieurs types de structures offshore existent : notamment les sociétés offshore (IBC, LTD, etc.), les trusts, les fondations, et les assurances-vie. Ces structures peuvent être de nature contractuelle ou relever du droit des sociétés au sens strict. Chaque structure considérée dispose d'un mécanisme juridique propre, variable en fonction de la loi applicable au « pays d'incorporation » de ladite structure. Définir ces structures et leur mécanisme juridique et *compliance* est une tâche qui dépasse le cadre du présent article. Pour de plus amples informations, nous renvoyons le lecteur aux nombreux ouvrages dédiés à la question¹⁸. Relevons néanmoins, de façon très synthétique, que l'intérêt majeur de ces structures est de modifier l'apparence (ou la réalité) juridique d'un rapport de propriété donné, avec comme corollaire la possibilité que l'ADE ne soit pas aisément déterminable.

La Convention de diligence des Banques contient des règles spéciales applicables aux sociétés de domicile, assimilables aux structures offshore¹⁹. L'on constate qu'il convient d'opérer une distinction entre l'ayant droit juridique (ADJ – le cocontractant) et l'ayant droit économique (ADE), par analogie avec le concept anglo-saxon de la distinction en matière de titularité de propriété (*legal/equity ownership*). Les règles relatives à la fiducie peuvent trouver également application suivant la structure offshore considérée et le montage particulier opéré.

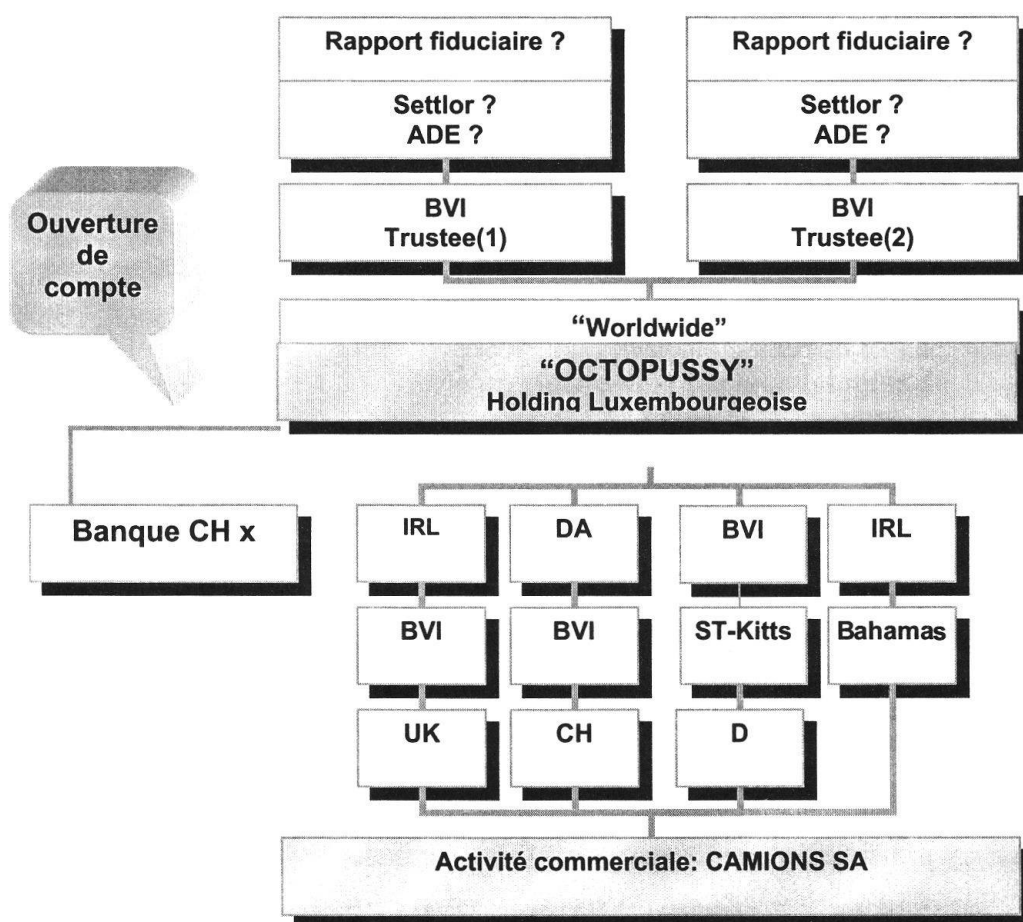
Ensuite, dans la panoplie des protagonistes ayant un lien direct ou indirect avec la banque, interlocuteurs, mandataires, sociétés, bénéficiaires, etc., la détermination de l'ayant droit économique, partant, du client, doit se faire selon des critères solides tenant compte de la réalité économique derrière les apparences juridiques. La connaissance des mécanismes juridiques de chaque structure et des typologies possibles (trust discrétionnaire, trust révocable, etc.), est une condition préalable à une détermination adéquate de l'ADE réel de la structure. C'est ainsi que la notion d'« *arrière-plan économique* » (« APE »), est un critère utilisé tant pour la compréhension de l'origine des fonds, de la réalité patrimoniale du client et de son potentiel, que pour la détermination de l'ayant droit économique des valeurs déposées.

Cependant, lorsque l'organisme financier effectue son devoir de due diligence, comme ces derniers ne sont pas nécessairement identiques à ses devoirs contractuels, des conflits normatifs peuvent surgir. Par exemple, l'organisme qui conserve, pour des objectifs de due diligence et de connaissance de l'ADE, des documents relatifs à un trust, peut se voir reprocher dans certaines conditions, en cas de « *breach of trust* » par le trustee, de ne pas avoir exercé un *monitoring* sur la base des documents dont il avait connaissance et qui limitaient les pouvoirs du trustee²⁰.

Par conséquent, il importe de clairement identifier les critères applicables aux obligations contractuelles de la banque par rapport à ses obligations de due diligence, et de faire un choix, en cas de conflit de normes, en connaissance de cause et après une analyse de risques identifiée et validée.

3. Exemple pratique : Cas OCTOPUSSY

Des combinaisons de structures offshore sont possibles, et l'on peut par exemple imaginer un trust dont le *settlor* est une société offshore créée par un homme de paille en relation de fiducie avec l'ADE ultime, le trust détenant une société holding de droit luxembourgeois, laquelle détient des participations dans diverses sociétés offshore, lesquelles détiennent les parts de la société exerçant l'activité commerciale du client. Une image valant mille mots, un schéma représente cette hypothèse, « cas-école » appelé OCTOPUSSY²¹. Le cas Octopussy est un exemple typique de combinaison de structures offshore en cascade.



Ci-joint quelques commentaires succincts:

Au moment de l'entrée en relations, la Banque est confrontée à la société OCTOPUSSY, Holding Luxembourgeoise, qui agit par le biais de ses représentants autorisés.

C'est OCTOPUSSY Holding, Luxembourg, qui ouvre le compte auprès de la Banque. La Société Holding Luxembourgeoise est donc l'ADJ de la relation.

Le processus de détermination de l'ADE permet d'arriver à l'ADE final/ultime (« *ultimate beneficial owner* »), situé tout en haut du schéma.

L'examen de l'APE s'inscrit :

- dans l'organigramme sous-jacent des sociétés détenues par la Holding et de l'activité commerciale réelle de CAMIONS SA,
- dans la situation patrimoniale de l'ADE,
- ainsi que dans l'analyse des transactions qui seront effectuées sur le compte, du but et de l'objectif du compte, des bénéficiaires actuels ou potentiels du trust, de la cohérence fiscale, de la plausibilité entre les diverses informations, etc.

Imaginons maintenant un exemple de « vie du compte », i.e. de transactions intervenant sur le compte bancaire après l'ouverture du compte. Le devoir de due diligence doit s'exercer de manière continue à chaque opération sur le compte, et l'examen du KYC est évolutif, non statique. Au besoin, le renouvellement de la signature du Formulaire A peut s'avérer nécessaire²². Des faits insolites constatés doivent mener à une clarification particulière avec devoir de documentation associée²³. En cas de soupçon fondé de blanchiment d'argent, l'organisme financier doit communiquer ses soupçons au Bureau de communication²⁴.

Dans les hypothèses qui vont suivre, de nombreux indices de blanchiment vont s'égrener, et l'intermédiaire financier doit être en mesure de les distinguer efficacement afin de les traiter judicieusement. Pour cela, une procédure interne adéquate de détection de red flags et de gestion des processus internes est d'importance cruciale. De même, une approche dynamique lors de l'entrée en relations et évolutive en cours de relations est d'importance fondamentale.

• Enoncé des faits:

- 20 septembre 2002: ouverture du compte ;
- 3 octobre 2002: crédit d'un montant de CHF 50 mios; moyen: par ordre de transfert bancaire; provenance: grande banque suisse ;

QUID ?

- 5 octobre 2002: le client signe un mandat de gestion en faveur de la Banque: gestion conservatrice souhaitée ;
- Compte inactif pendant plusieurs mois: pas de nouvelles du client ;

QUID ?

- 25 mars 2003: réception par la Banque d'un ordre de transfert de 15 mios, en faveur d'un compte:
- Hypothèse No 1: ouvert au Vanuatu
- Hypothèse No 2: ouvert en France: siège de la société Camions SA

QUID ?

- 14 avril 2003: un montant de 14,5 mios CHF arrive au crédit du compte : origine Bahamas ;

QUID ?

- 20 avril 2003: ordre de transfert de CHF 10 mios en faveur d'un compte situé au Liechtenstein, sans mention du bénéficiaire.

QUID ?

Ce florilège de questions révèle quelques processus et problématiques à résoudre par l'intermédiaire financier afin de respecter ses devoirs de due diligence.

La réponse à ces questions, nécessitant d'importants développements, ne peut entrer dans les impératifs typographiques de cet article ...

4. La méthodologie du Management matriciel et les technologies de l'information au service des devoirs de due diligence des intermédiaires financiers

Va-t-on vers de nouvelles exigences qualité au regard du devoir de due diligence des intermédiaires financiers ? Indiscutablement.

Les développements qui précèdent nous amènent à tirer un certain nombre de conclusions :

- Premièrement, l'on distingue une augmentation et une complexification des exigences en matière de devoir de due diligence des intermédiaires financiers ;
- Deuxièmement, les véhicules offshore, par leur opacité accrue, accroissent la difficulté de déterminer qui est réellement l'ADE;
- Troisièmement; les nouvelles exigences de l'OBA CFB en matière d'organisation interne entraînent l'obligation pour les banques de mettre en place une organisation interne apte à remplir les nouvelles exigences susmentionnées;
- Quatrièmement, la punissabilité des personnes morales va entraîner un accroissement substantiel des risques légaux pour les intermédiaires financiers.

Face à cette évolution, nous assistons à l'émergence de nouvelles méthodologies aptes à assister les intermédiaires financiers dans leurs efforts de respect de leurs devoirs de due diligence.

Le Management matriciel²⁵ est une méthode permettant une prise de décision de type arborescence qui induit l'amélioration continue de l'organisme. Grâce à cette méthode, l'organisme est en mesure de savoir comment il maîtrise son système de navigation dans l'arbre, (Matrice conceptuelle), et également comment il maîtrise concrètement son système (Matrice d'implémentation). L'utilisation de référentiels d'audit associés aux standards de qualité visés permet d'accéder à un outil d'amélioration continue²⁶. L'impact des technologies de l'information est relevant, et l'intégration de cette méthode dans un logiciel permet un contrôle global facilité.

Enfin, les analyses statistiques de datawarehousing offrent une vision de la validité et de la réalité des données contenues dans les systèmes d'information. La méthode Qualiflowcheck²⁷ est une illustration de cette innovation intervenue dans le cadre des informations statistiques aptes à déterminer la validité des informations.

5. Conclusion

Force est de constater que la compliance, processus axé originellement sur une base audito-juridique et casuistique, matérialisée et conceptualisée par technique inductive dans des lois et normes spéciales et des best practices, se dirige inexorablement vers une approche plus qualitative, technique et scientifique, empruntée aux mondes de l'industrie et des technologies de l'information. L'évolution tend vers une modélisation des processus et des raisonnements. Cette évolution permettra une meilleure sécurité juridique et un contrôle accru de tout le processus de compliance.

Toutefois, l'on ne remplacera jamais le rôle du facteur humain et du bon sens dans le cadre de l'évaluation et de l'interprétation d'une situation sensible. L'un n'exclut pas l'autre et leur développement synergique est hautement souhaitable.

Autre évolution fondamentale, les juges d'instruction devraient pouvoir, grâce aux nouveaux articles du Code Pénal sur la punissabilité de l'entreprise, résoudre plus aisément le problème de la preuve du manquement au devoir de due diligence grâce à la sanction liée au manquement aux devoirs d'organisation interne. L'avenir nous dira si le processus de répression s'en trouvera renforcé ou si les intermédiaires financiers traverseront ce cap avec brio...

NOTES

- 1 La plausibilité des informations est un critère essentiel en matière de devoir de due diligence : terme mentionné expressément ou de manière implicite à de multiples reprises : voir OBA CFB, art. 18 al. 3 ; art. 19 al. 4, Annexe OBA CFB: A2, A3, A4, A5, A6, A7, A20, A21, A28, A31.
- 2 Normes ISO 9001-2000 et 9004-2000
- 3 CHARDONNET A., THIBAUDON D., « Le Guide du PDCA de Deming », Editions d'organisation, 2003
- 4 LBVM art.11 al.2
- 5 Site internet : www.fdic.gov
- 6 CP Art.305 ter al.1 : « Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende. »
- 7 LBA art. 3 ss
- 8 Site internet : www.ebk.admin.ch
- 9 « risk based approach »
- 10 OBA CFB art. 6
- 11 OBA CFB , not. art.6 al.2 let.b
- 12 Article Banque assurance, juillet/août 2003, p.20 ss
- 13 Cas Abacha, site internet de la Commission fédérale des Banques: www.ebk.admin.ch
- 14 Expression latine signifiant « dans le doute, en faveur de l'accusé », principe de présomption d'innocence
- 15 CPS art. 202 et 202a
- 16 Séminaire AGDA. « La punissabilité de l'entreprise » 2002, ; Revue de l'Expert Comptable Suisse, ECS no 7, juin-juillet 2003; Article du Prof. R. ROTH, publié in Semaine judiciaire, 2003.
- 17 CDB 03, art.4, ch.25
- 18 Par exemple, sur les trusts, cf. Prof. Luc THEVENOZ, « Trusts en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie - Trusts in Switzerland : Ratification of The Hague Convention on Trusts and Codification of Fiduciary Transfers », Zurich, Ed. Schulthess, 2001.
- 19 CDB 03 art.4
- 20 AGDA, Association genevoise de droit des affaires, Séminaire « Trusts étrangers et ordre juridique suisse », sous la direction du Prof. Luc THEVENOZ, Genève, 1999.
- 21 Cf. cours de l'auteur du présent article : Cours ILCE (Institut de lutte contre la criminalité économique), « Les structures offshore », HEG Neuchâtel, 2002-2003 ; Cycle Compliance « L'ayant droit économique des structures offshore », Academy & Finance, Genève, 2003.
- 22 CDB 03, art.6
- 23 OBA CFB 24 et ss
- 24 not. LBA art.9
- 25 Logiman et Cie, www.logi-managment.com
- 26 Selon l'Annexe à la norme ISO 9004-2000
- 27 Qualiflowcheck, www.qualiflowcheck.com