

KYC – QUO VADIS ?

SYLVAIN MATTHEY
DIRECTEUR DES AFFAIRES JURIDIQUES
ET RÉGLEMENTAIRES
BANQUE LOMBARD ODIER ET CIE SA

JOURNÉE DE DROIT BANCAIRE ET
FINANCIER

GENÈVE, LE 8 OCTOBRE 2015

LOMBARD ODIER
LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH

KYC – QUO VADIS ?

1. Origine et buts du principe «know your customer»

- a) Le “Currency and Foreign Transactions Reporting Act” (**Bank Secrecy Act, BSA**) américain de **1970**, plusieurs fois amendé et complété :
- Oblige les établissements financiers américains à assister le Gouvernement US dans la lutte contre le blanchiment.
 - Currency Transaction Report (**CTR**; FinCEN Form 112) : annonce de tout dépôt, retrait, opération de change ou paiement > USD 10.000.- → Financial Crimes Enforcement Network ("FinCEN"). No de compte, nom, adresse et no de sécurité sociale.
 - Report of International Transportation of Currency or Monetary Instruments (**CMIR**; FinCEN Form 105) : transport physique de moyens de paiement > USD 10.000.- vers ou hors des USA → FinCEN.

KYC – QUO VADIS ?

- Suspicious Activity Report (**SAR**; Treasury Department Form): les banques doivent remplir un SAR pour toute transaction dont elles soupçonnent qu'elle enfreint une disposition légale ou réglementaire → FinCEN.
- **Designation of Exempt Person** (FinCEN Form 110) : formulaire à remplir par les banques pour chaque client exonéré du CTR , à renouveler tous les 2 ans.
- Report of Foreign Bank and Financial Accounts (**FBAR**; FinCEN Form 114 + Schedule B de la formule 1040 de la déclaration fiscale) : toute personne (y.c. une banque) possédant un intérêt, un pouvoir de signature ou un autre pouvoir **sur un compte à l'étranger** doit remplir un FBAR si la valeur du compte excède USD 10.000.- durant l'année.

KYC – QUO VADIS ?

- **“USA Patriot Act” (2001), Section 326 «Verification of identification» :**
Les établissements financiers régulés sont tenus de mettre en place un «customer identification programm» (**CIP**) leur permettant :
 - a) d’identifier toute personne qui ouvre un compte (nom, date de naissance, adresse et TIN);
 - b) De conserver l’information utilisée pour identifier le client; et
 - c) De vérifier si une personne ainsi identifiée figure sur une liste de terroristes ou d’organisations terroristes.
- Le client à identifier est la personne qui ouvre un compte ou établit une autre relation d’affaires avec une banque. Cette notion inclut les personnes physiques, les sociétés, les partnership, les trusts, etc.

KYC – QUO VADIS ?

- Toutefois :
 - Les règles d'identification ne s'appliquent pas aux comptes ouverts **avant le 1.10.2003**, si la banque peut raisonnablement penser («reasonable belief») qu'elle connaît l'identité véritable du client.
 - Lorsque le compte est ouvert au nom d'un **trust**, la notion de client s'applique au trustee, et non aux bénéficiaires.
 - En 2014 (!), le **FinCEN** a proposé une nouvelle réglementation visant à créer “*a new separate requirement to identify and verify the beneficial owners of legal entity customers, subject to certain exemptions.*” (Federal Register / Vol. 79, No. 149 / Monday, August 4, 2014 / Proposed Rules).

KYC – QUO VADIS ?

- La définition proposée est restrictive :

“(i) Each individual, if any, who owns, directly or indirectly, 25 percent or more of the equity interests of the legal entity customer (e.g., each natural person that owns 25 percent or more of the shares of a corporation);

and

(ii) An individual with significant responsibility for managing the legal entity customer (e.g., Chief Executive Officer, Chief Financial Officer, Chief Operating Officer, Managing Member, General Partner, President, Vice President or Treasurer).”

KYC – QUO VADIS ?

- Création d'un nouveau formulaire intitulé "Certification of beneficial owner(s)" (annexe) :
 - applicable seulement lorsque le compte est détenu **par une personne morale**. Les institutions charitables et les trusts ne sont pas concernés.
 - **Personne physique** détenant, directement ou indirectement, **≥ 25% du capital** de la société.
 - + Une des personnes exerçant **une responsabilité significative** dans la direction de la société (CEO, CFO, COO, President, Vice-President, etc.).
 - Nom, date de naissance, adresse et no de sécurité sociale ou de passeport.

KYC – QUO VADIS ?

- Cette proposition, qui se heurte à une vive résistance de la part des milieux bancaires américains (coûts, surcharge administrative), n'a pas encore été adoptée.
- En droit positif américain, il n'existe donc toujours pas d'obligation d'identifier le «beneficial owner» d'un compte.

KYC – QUO VADIS ?

b) **La Convention de diligence** des banques suisses (**CDB**) :

- «Convention relative à l'obligation de diligence lors de l'acceptation de fonds et à l'usage du secret bancaire».
- Créée **en 1977** à l'initiative de l'Association suisse des banquiers (ASB), suite à l'affaire Texon / Crédit Suisse («banque dans la banque»).
- Convention de droit privé, mais caractère obligatoire et semi-officiel (la BNS était partie à la CDB jusqu'en 1987, puis approbation par la CFB / la FINMA).

KYC – QUO VADIS ?

- **Vérification formelle de l'identité du cocontractant** au moyen d'une pièce d'identité officielle, dont une copie doit être conservée.
- **Identification de l'ayant droit économique (ADE)** en cas de doute (procuration sans lien de proximité apparent, société de domicile, ouverture par correspondance, etc.) → formule A.
- Pas de définition de la notion d'ADE, mais son identification est obligatoire dans tous les cas où il n'y pas adéquation avec le cocontractant. *
- CDB renouvelée en 1982, 1987, 1992, 1997, 2002, 2008 et 2016.
- Reprise des principes de la CDB par la LF sur le blanchiment d'argent (**LBA**, R.S 955.0) et par l'**OBA-FINMA** (R.S 955.033.0)

* Art. 3 CDB 77 : « Les Banques s'engagent à n'ouvrir des comptes et des dépôts de titres, à n'effectuer des placements fiduciaires et à ne louer des safes que lorsqu'elles ont vérifié, avec le soin approprié aux circonstances, l'identité du véritable ayant droit des fonds à bonifier ou à placer ou du véritable locataire du safe. »

KYC – QUO VADIS ?

- Dès l'origine, les règles «KYC» ont pour but d'assister les autorités dans leur lutte contre la criminalité économique et le blanchiment d'argent.
- Création par les banques de bases de données relatives à la clientèle, destinées à renseigner les autorités de poursuite pénale.
- Dimension éthique et préventive.
- Divergences et convergences des approches US et suisse :
 - Dispositions légales et administratives vs autoréglementation privée.
 - Formulaire transactionnels à notifier à l'administration vs documents d'identification à conserver par la banque.
 - Identification de l'ADE.

KYC – QUO VADIS ?

2. Les développements au plan international

- Création du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (**GAFI**) en 1989, sous l'égide de l'OCDE.
- Etats membres du G-7, Commission européenne et huit autres pays, dont la Suisse.
- 40 recommandations du GAFI adoptées en **1990**.
- En **2001**, extension à **la lutte contre le financement du terrorisme** → 9 recommandations spéciales.
- En **2008**, extension du mandat du GAFI à **la lutte contre le financement de la prolifération des armes de destruction massive**.

KYC – QUO VADIS ?

- En **2012**, révision des recommandations du GAFI :
 - Extension de la liste des «*catégories désignées d'infractions*» du «*Glossaire général*» annexé aux recommandations aux «*infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects)*».
 - Transparence accrue des personnes morales et constructions juridiques :
 - obligation d'identifier **les bénéficiaires effectifs**, y.c. **les détenteurs du contrôle** des sociétés opérationnelles;
 - obligation d'être inscrit **dans un registre public** (y compris trusts, fondations et organismes à but non lucratif).

KYC – QUO VADIS ?

- Transposition en droit suisse par la « *Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012* » (entrée en vigueur : 1.7.2015 / 1.1.2016) :
 - Transparence des **actions au porteur** (acquéreur et ayant droit économique) et rôle des intermédiaires financiers (art. 697k nouveau CO).
 - Extension de la notion d'ADE aux «**détenteurs du contrôle**» par l'art. 2a, al. 3 LBA .
 - Nouvelles infractions préalables au blanchiment en matière fiscale (**art. 305bis, ch. 1 bis CPS et 14, al. 4 DPA**).

KYC – QUO VADIS ?

- Evolution récente : les données «KYC» en possession des banques intéressent aussi **les administrations fiscales**, nationales et étrangères.
- Le passage du préambule de la CDB 08 aux termes duquel la convention :
« ... ne modifie en rien l'obligation d'observer le secret bancaire. Elle ne peut et ne veut pas (...) étendre au territoire suisse le champ d'application de la législation étrangère en matière économique, fiscale et de change, et déclarer qu'elle doit être observée par les banques suisses (dans la mesure où les traités internationaux en vigueur et la législation suisse ne le prévoient pas déjà). »
a disparu dans la CDB 16.

KYC – QUO VADIS ?

- La « **Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers** » de l'OCDE renvoie expressément aux procédures et aux documents visant à identifier les clients et à lutter contre le blanchiment, selon les règles nationales en vigueur.
- **L'Accord FATCA Suisse-USA** renvoie expressément aux règles de diligence et d'identification applicables en Suisse :
« Par «procédures AML/KYC» (AML = anti-money laundering: lutte contre le blanchiment d'argent; KYC = know your customer: connaissance du client), on entend les obligations de diligence que l'établissement financier suisse rapporteur est tenu d'observer lors de la vérification de l'identité du client, en application des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent et autres prescriptions similaires auxquelles il est soumis en Suisse. ».
- Il en va de même des **Directives de l'AFC relatives à la fiscalité de l'épargne de l'UE**, du 1^{er} décembre 2014, ch. 35 : *« Pour établir l'identité et déterminer le lieu de résidence (domicile) du bénéficiaire effectif d'intérêts, l'agent payeur suisse enregistre ses nom, prénom et adresse de domicile, conformément aux dispositions légales suisses en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Loi sur le blanchiment d'argent du 10 octobre 1997). »*

KYC – QUO VADIS ?

3. Les personnes dont l'identité doit être documentée (en droit suisse)

- **Le cocontractant («client» au sens étroit) :**
 - «*Customer, in relation to a bank, means a person in whose name an account is opened or intended to be opened, or for whom the bank undertakes or intends to undertake any transaction without an account being opened*» (notice 626 du MAS de Singapour, ch. 2.1).
 - Exception lorsque l'identité a déjà été dûment vérifiée dans le cadre d'une relation d'affaires préexistante.

KYC – QUO VADIS ?

- **«cocontractant» = «titulaire du compte» ?**
 - L'obligation formelle de vérifier l'identité du partenaire contractuel de la banque s'applique à tout type de relation contractuelle, durable ou ponctuelle : compte, mandat de gestion ou de conseil, exécution d'ordre, opération de caisse, location de safe, etc. Cf. art. 4, al. 1 et 2 CDB 16.

- **L'ayant droit économique ou «bénéficiaire effectif» :**
 - **Pas de définition générale et abstraite dans la législation suisse**, bien que cette notion y soit abondamment utilisée (LBA, OBA-FINMA, art. 305 ter CPS, nouveaux art. 697i ss et 790 a ss CO, etc.), ni dans la CDB.
 - Message du Conseil fédéral relatif à l'art. 305 ter CPS : *« Les termes d' « ayant droit économique » et de « cocontractant effectif » n'appartiennent ni l'un ni l'autre au droit civil. Ils doivent au contraire permettre de découvrir, au-delà des simples pouvoirs de disposition apparents et formels, la réelle appartenance économique des fonds. »* (FF 1989 II 961, p. 989).

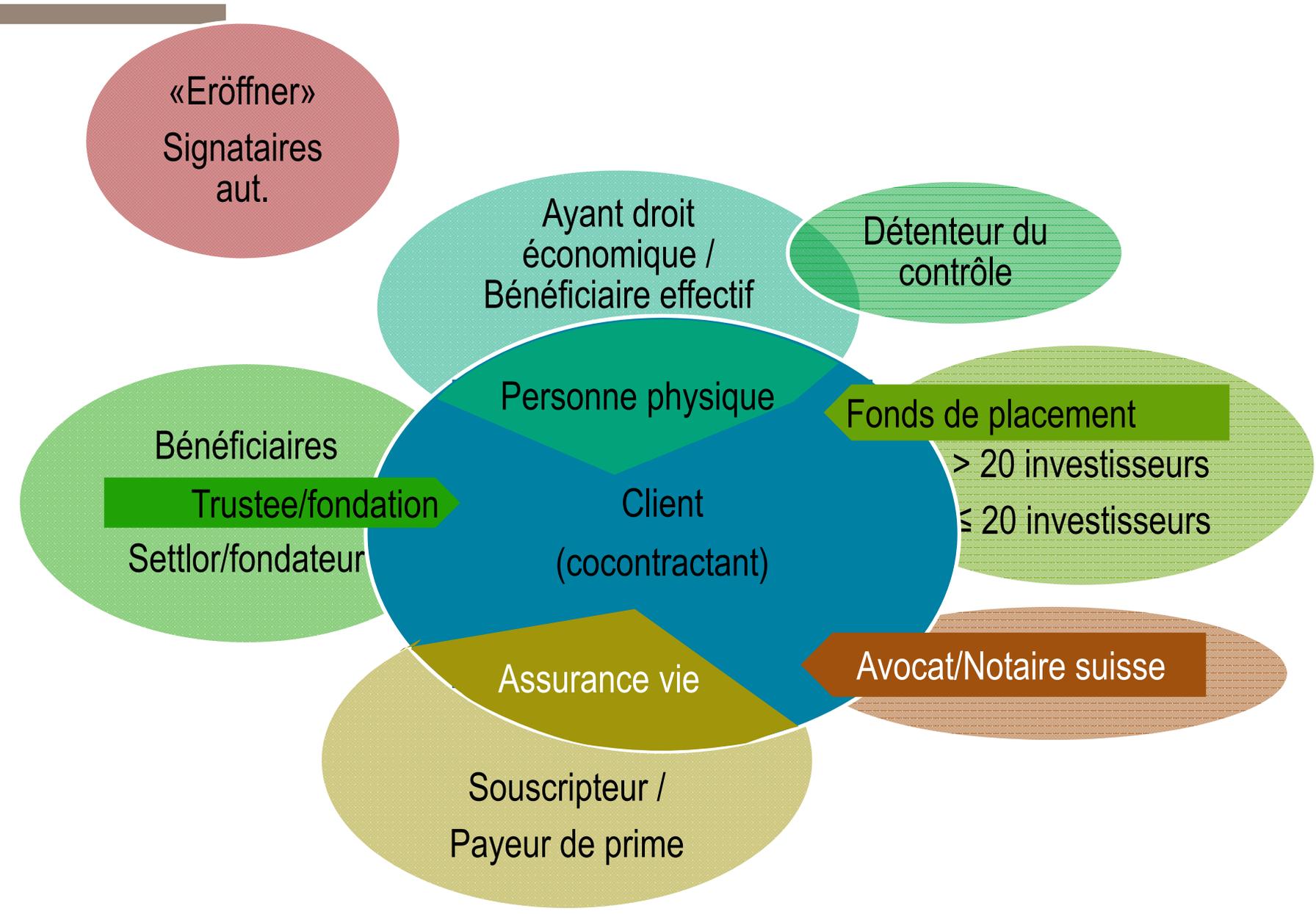
KYC – QUO VADIS ?

- Glossaire général annexé aux Recommandations du GAFI :
« *L'expression **bénéficiaire effectif** désigne la ou les personnes physiques qui en dernier lieu possèdent ou contrôlent un client et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une opération est effectuée. Sont également comprises les personnes qui exercent en dernier lieu **un contrôle effectif** sur une personne morale ou une construction juridique.* ».
- Définitions similaires du bénéficiaire effectif par le Projet de 4ème directive UE contre le blanchiment et par l'art. L. 561-2-2 du Code monétaire et financier français, notamment.

KYC – QUO VADIS ?

- **Autres personnes physiques à identifier :**
 - Le **settlor** / le **fondateur** effectif, le **trustee** / la **fondation**, le **protecteur** et les **bénéficiaires** d'un trust ou d'une fondation (1992) → formule T ou S.
 - La personne qui établit la relation d'affaires pour une personne morale («**Eröffner**», 1998).
 - **Le souscripteur** et le **payeur de prime effectif** d'une police d'assurance-vie (2011) → formule I.
 - Le **détenteur du contrôle** d'une société opérationnelle (2016) → formule K.
- **Bénéficiaire effectif = ayant droit économique** au sens large, depuis l'extension de la notion d'ADE aux détenteurs du contrôle d'une société opérationnelle (art. 2a, al. 3 nouveau LBA). *

* Dans le même sens, cf. Directives de l'AFC relatives à la fiscalité de l'épargne de l'UE, ch. 57 : « *En pratique, s'agissant de personnes physiques, les notions d'«ayant droit économique» au sens de la législation sur le blanchiment d'argent et de «bénéficiaire effectif» au sens de l'accord devraient se recouper largement.* ».



KYC – QUO VADIS ?

4. Des cousins d'Amérique

- «**Titulaire de compte**» et «**bénéficiaire effectif**» : ces notions ont une acception différente sous l'empire de FATCA.
 - Art. 2, ch. 1, § 24 de l'Accord FATCA Suisse- USA (R.S. 0.672.933.63) :
« Le terme «titulaire de compte» désigne la personne qui est inscrite ou a été identifiée comme titulaire du compte par l'établissement financier gérant le compte. Si un compte est détenu au profit ou pour le compte d'un tiers par une personne autre qu'un établissement financier, en qualité de représentant, administrateur, prête-nom, signataire, conseiller en placements ou intermédiaire, ce n'est pas cette personne mais le tiers qui est réputé titulaire au sens du présent accord. ».
 - La notion de « **bénéficiaire effectif** » est également utilisée par l'Accord FATCA, mais seulement en relation avec celle de titulaire de compte ou de « bénéficiaire effectif exempté » au sens des dispositions d'exécution du Trésor américain. Elle n'est pas définie pour elle-même.

KYC – QUO VADIS ?

- «**US Person**» / «personne américaine» (art. 2, par. 1, ch. 26 de l'accord FATCA Suisse-USA) :
 - « un ressortissant américain ou une *personne physique résidant aux Etats-Unis* * ,
 - une société de personnes ou une *société constituée aux Etats-Unis ou selon le droit américain ou le droit d'un des Etats américains,*
 - un *trust* si (i) un tribunal des Etats-Unis a la compétence, selon le droit applicable, de prononcer des décisions ou de rendre des jugements concernant, en substance, toutes les questions liées à la gestion de ce trust, et si (ii) une ou plusieurs personnes américaines ont la compétence de prononcer toutes les décisions essentielles concernant ce trust, ou
 - *la succession d'un défunt qui était citoyen américain ou résidant aux Etats-Unis. »*

* Titulaire d'une **green card** ou "*Substantial presence test : being physically present in the United States on at least: 31 days during the current year, and 183 days during the 3-year period that includes the current year and the 2 years immediately before that.*" www.irs.gov

KYC – QUO VADIS ?

- Autres « **US indicia** » / « indices de connexion US » :
 - Résidence ou **adresse postale aux USA** (y compris case postale ou c/o).
 - **Lieu de naissance aux USA.**
 - **Numéro de téléphone aux USA.**
 - Instruction permanente de **virement de fonds sur un compte aux USA.**
 - **Procuration** ou droit de signature à une personne ayant une adresse aux USA.
- Ces exigences s'ajoutent à celles de la CDB. *

*Sur les relations parfois conflictuelles entre les règles suisses de diligence et les normes étrangères et internationales de nature fiscale, voir Natacha Polli : «*Client, ayant droit économique, bénéficiaire effectif : la CDB 2015 peut-elle concilier lutte contre le blanchiment et conformité fiscale ?*», RSDA 2 / 2014, p. 175 ss.

KYC – QUO VADIS ?

5. Les données à recueillir

- **Nom et prénom**
- **Date** (et lieu ?) **de naissance** (et de décès ?)
- **Nationalité(s) :**
 - Problématique liée aux nationalités multiples.
 - Nationalité américaine :
 - Personne née aux USA;
 - Personne naturalisée;
 - Personne née d'un ou de deux parents américains.
- Numéro d'identification fiscale (**TIN**) ou de sécurité sociale.

KYC – QUO VADIS ?

■ Adresse de domicile

« *Je ne sais plus où j'habite !* »

- Le domicile au sens du droit suisse :
 - **Art. 23, al. 1 et 2 CCS** (R.S. 210) : «*Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir ; le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile. Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles.* ».
 - **Art. 24, al. 1 CCS** : «*Toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau.* »
 - «*Le domicile d'une personne est l'endroit où se situe le centre de ses intérêts personnels, là où vit sa famille qu'elle va retrouver aussi souvent que son activité professionnelle le lui permet.* » (ATF 88 III 135 – JT 1963 II 2).

KYC – QUO VADIS ?

- **Art. 3, al. 2 LIFD** (R.S. 642.11) : « *Une personne a son domicile en Suisse au regard du droit fiscal lorsqu'elle y réside avec l'intention de s'y établir durablement ou lorsqu'elle y a un domicile légal spécial en vertu du droit fédéral.* ». Voir aussi les art. 3, al. 1 et 2 LHID (R.S. 642.14).
- **La notion de domicile est en principe la même en droit civil et en droit fiscal** (ATF de la 2^{ème} Cour de droit public du 19 janvier 2015, 2C.335/2014, spécialement cons. 5.1 : « *Par domicile fiscal, on entend en principe le domicile civil.* »).
- Sur le plan international, on utilise alternativement la notion de « **résidence fiscale** ». La section I, lit. A., ch. 1 de la « Norme commune en matière de déclaration et de diligence raisonnable concernant les renseignements relatifs aux comptes financiers » de l'OCDE mentionne « **l'adresse et la juridiction de résidence** ».
- L'art. 4 de la Convention modèle de l'OCDE concernant le revenu et la fortune renvoie **au droit interne** de chaque Etat pour définir le rattachement personnel à l'impôt à raison du lieu de domicile.

KYC – QUO VADIS ?

- Art. 4, al. 2 CM OCDE («Tie breaker rules») : « Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne physique est un *résident des deux États contractants*, sa situation est réglée de la manière suivante :
 - a) cette personne est considérée comme un résident seulement de l'État où elle dispose d'un *foyer d'habitation permanent* ; si elle dispose d'un foyer d'habitation permanent dans les deux États, elle est considérée comme un résident seulement de l'État avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits (*centre des intérêts vitaux*) *;
 - b) si l'État où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux ne peut pas être déterminé, ou si elle ne dispose d'un foyer d'habitation permanent dans aucun des États, elle est considérée comme un résident *seulement de l'État où elle séjourne de façon habituelle* ;

* Dans le même sens, ATF 2C.335/2014 déjà cité, cons. 5.2 : « En droit fiscal international , les intérêts professionnels ne peuvent être pris en compte dans la fixation du domicile fiscal que s'ils représentent une part prépondérante des intérêts globaux du contribuable . »

KYC – QUO VADIS ?

- c) *si cette personne séjourne de façon habituelle dans les deux États ou si elle ne séjourne de façon habituelle dans aucun d'eux, elle est considérée comme un résident seulement de l'État dont elle possède la nationalité ;*
 - d) *si cette personne possède la nationalité des deux États ou si elle ne possède la nationalité d'aucun d'eux, les autorités compétentes des États contractants tranchent la question d'un commun accord. ».*
- Cas particulier des CDI entre la Suisse et la France (art. 4, par. 6, lit. b : imposition forfaitaire déterminée d'après la valeur locative) et entre la Suisse et les USA (art. 4, par. 1, lit. a : « green card » et « substantial presence test »).
 - Voir aussi l'art. 3, al. 5 LIFD, pour les personnes physiques domiciliées à l'étranger qui y sont exonérées totalement ou partiellement des impôts sur le revenu en raison de leur activité pour le compte de la Confédération.

KYC – QUO VADIS ?

- La CDB 16 mentionne désormais «*l'adresse effective du domicile*» du cocontractant, respectivement de l'ADE et des autres personnes à identifier, mais la notion n'a pas changé.
- Le domicile est le seul élément de l'identité dont **la CDB** n'exige pas qu'il soit corroboré systématiquement au moyen d'un document officiel.
- Mais d'autres normes l'imposent :
 - **Fiscalité de l'épargne UE**, lorsqu'un compte est ouvert après le 1.1.2004 par un ressortissant d'un Etat de l'UE domicilié en dehors de l'UE (cf. Directives de l'AFC sur la fiscalité de l'épargne UE, ch. 40ss.).
 - liste KPMG des “certificats de résidence fiscale” (www.kpmg.com).
 - Autres cas de doute (domicile prétendu dans un pays à fiscalité peu élevée, lorsque le client n'en possède pas la nationalité, p.ex.) : application par analogie des règles sur la fiscalité de l'épargne de l'UE.

KYC – QUO VADIS ?

6. Nature et forme des documents requis

« *Client, vos papiers !* »

a) Documents corroboratifs :

- Pièce d'identité officielle avec photographie (passeport, carte d'identité, permis de conduire...).
- Documents sociaux (registre du commerce, bases de données internet, annuaires privés).
- Autres documents («utility bill», certificat de résidence fiscale, p.ex.)
- Attestation d'authenticité et délégation de l'identification.

KYC – QUO VADIS ?

b) Formules préétablies :

- Documents standardisés et intangibles.
- Caractère officiel ou semi-officiel.
- Identification médiate.
- Titre au sens de l'art. 251CPS.
- Prolifération des formules.

c) Autocertification et levée du secret bancaire :

- Implication accrue du client (FATCA, CRS).
- Confirmation du domicile fiscal, de la nationalité, de la date de naissance, etc.
- Déclaration de conformité fiscale des avoirs.
- «Best market practice» : interdiction d'assister le client dans le complètement des documents (W-8 et Selfcertification FATCA, p.ex.).
- Levée du secret bancaire («waiver»).

KYC – QUO VADIS ?

7. Origine et utilisation des fonds – Du KYC formel au devoir de curiosité

- La diligence matérielle selon la LBA et l'OBA-FINMA :
 - **Relations d'affaires interdites** (organisations criminelles, financement du terrorisme, banques fictives).
 - **Relations d'affaires à risque accru :**
 - Activité dans un secteur exposé;
 - Complexité des structures de détention (sociétés de domicile);
 - Poursuite pénale contre le client, en Suisse ou à l'étranger;
 - Etc.
 - **Transactions à risque accru :**
 - Divergences par rapport à l'activité habituelle;
 - Apports et retraits en espèces;
 - Etc.

KYC – QUO VADIS ?

- Obligation de procéder à des “**clarifications complémentaires**” :
 - Consultation de bases de données;
 - Renseignements fournis par des tiers.
- **Diligence continue** durant la relation d'affaires :
 - Tenue à jour des données (déménagement, statut fiscal, etc.);
 - **KYT**: surveillance des transactions (opérations d'initiés, manipulations de cours, abus de marché, seuils de participation, opérations du management, etc.);
 - Monitoring informatique des transactions;
 - **PEP, REP, TEP** («politically, reputationally, transactionally exposed person»);
 - Listes de sanctions suisses, étrangères (OFAC) et internationales.
 - Renouvellement de l'identification (art. 5 LBA et art. 46 CDB 16).
- Obligation de **documentation** et de **conservation** des documents (10 ans après la fin de la relation).

KYC – QUO VADIS ?

8. Connaître son client en matière d'investissements et de produits financiers

- Directives MiFid 1 et 2 : «suitability» et «appropriateness».
- Art. 11 LBVM (R.S. 954.1) de 1995 : devoirs d'information, de diligence et de loyauté des négociants en valeurs mobilières.
- Règles de conduite de l'ASB pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres (1997).

KYC – QUO VADIS ?

- **Projet de loi fédérale sur les services financiers (LSFin / Fidleg) :**
- **Adéquation des services financiers** (gestion de fortune et conseil en placement):
 - Situation financière du client;
 - Objectifs de placement du client;
 - Connaissances et expérience des instruments / services financiers proposés.

AVANT recommandation

KYC – QUO VADIS ?

- **Caractère approprié** des services financiers («execution only»):
 - Connaissances et expérience du client;
 - Caractère approprié.

AVANT de les fournir.

Inadéquation ou caractère inapproprié des services ou instruments proposés:

- Avertissement du client **AVANT** l'exécution.

Obligation de documenter par écrit :

- Les prestations convenues avec le client «et les informations collectées» à son sujet;
- Les informations et avertissements transmis au client;
- Copie au client.

KYC – QUO VADIS ?

10. Diligence en matière fiscale

- Politique de conformité fiscale initiée par le Conseil fédéral à partir du 13 mars 2009.
- Objectif : n'accepter et ne conserver que des avoirs en conformité fiscale.
- Caractère inapproprié de la «Weissgeldstrategie» :
 - Contraire au principe de la bonne foi en affaires (art. 2 et 3 CCS).
 - Impossibilité pour l'intermédiaire financier de connaître la situation fiscale globale du client et la législation fiscale à laquelle il est soumis.
 - Effet rétroactif (clients existants).
 - Aspects concurrentiels.

KYC – QUO VADIS ?

- Caractère obsolète des chapitres 6 et 7 CDB 16 (interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux et à la soustraction fiscale), dont le contenu est inchangé depuis 1977.
- Recommandations de l'ASB, le 29 novembre 2013, → vigilance lors de l'acceptation de nouveaux clients (notamment européens) et de nouveaux fonds, y compris lorsque ceux-ci proviennent d'une autre banque suisse. <http://www.swissbanking.org/fr/medienmitteilung-20131129.htm> .
- Absence (regrettable) d'autoréglementation de l'ASB en matière de diligence fiscale adaptée au contexte actuel.

KYC – QUO VADIS ?

- Nombreuses difficultés et incertitudes liées aux **nouvelles infractions préalables au blanchiment en matière fiscale** (art. 305 bis, ch. 1 bis CPS et 14, al. 4 DPA) :
 - Notion d'« origine criminelle » problématique en matière fiscale : les fonds sont généralement d'origine licite et ne sont «contaminés» qu'*a posteriori*, après avoir été soustraits astucieusement à la taxation. Les avoirs sont l'objet de l'infraction, et non le produit de celle-ci.
 - Non rétroactivité des normes pénales (art. 2, al. 1 CPS) : pas si simple en l'espèce.
 - Obligation pour l'intermédiaire financier suisse de s'informer du statut fiscal du client et des modalités de la législation fiscale à laquelle il est soumis (types d'impôts, assiette, taux, etc.).
 - Seule une approche fondée sur des indices reconnaissables par l'intermédiaire financier est concevable.

KYC – QUO VADIS ?

11. Divulgation des données relatives au client

- **Droit** (art. 305 ter, al. 2 CPS) et **devoir de communication** (art. 9 LBA) : blanchiment, organisation criminelle, financement du terrorisme.
- **Assistance administrative en matière fiscale** :
 - **Sur demande** d'un Etat étranger et visant un contribuable déterminé, qui peut aussi être identifié «*autrement que par la simple indication du nom et de l'adresse* » (art. 6, al. 2, lit. a LAAF, R.S. 651.1) : no IBAN, carte de crédit, p.ex.
 - **Demande groupée** :
 - depuis le 1.2.2013;
 - identification fondée sur un «*modèle de comportement*» (art. 6, al. 2 bis, 14 a LAAF; OAAF, R.S. 651.11);
 - Responsabilité de la banque détentrice des informations pour identifier et informer les clients concernés.
 - **Publication dans la Feuille fédérale.**

KYC – QUO VADIS ?

- **Echange automatique** en 2017/2018 :
- Projet de Loi fédérale sur l'échange automatique de renseignements (**LEAR**), adopté par le Conseil national (première Chambre) en septembre 2015 :
 - “*Obligations de déclaration et de diligence raisonnable*” des banques pour identifier les comptes et les clients concernés.
 - Obligation d'informer les personnes devant faire l'objet d'une déclaration, directement ou par l'intermédiaire de leur partie contractante.
 - Obligation de transmettre chaque année à l'AFC, par voie électronique, les renseignements prévus par la convention applicable.
 - Contrôles par l'AFC.
 - Amende jusqu'à CHF 250 000.- en cas de manquement à ces obligations.

KYC – QUO VADIS ?

■ Avoirs en déshérence :

- Nouveaux art. 37 l - 37 m de la Loi sur les banques (LB, R.S. 952.0) et 49-59 de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur les banques (OB, R.S. 952.02), entrés en vigueur le 1.1.2015 :

→ **obligation pour les banques de publier**, dans un délai d'un an, dans la FOSC ou sur une plateforme électronique gérée par SIX SAG, «*le nom, la date de naissance et la nationalité, ou la raison sociale, de l'ayant droit, ainsi que son dernier domicile ou siège social connu; (...) le numéro de compte ou de livret si les indications disponibles semblent insuffisantes pour permettre l'identification de l'ayant droit.* » lorsque les avoirs (supérieurs à CHF 500.-) sont en déshérence depuis 50 ans (délai commençant à courir après 10 ans sans contact avec le client).

→ **exception** lorsqu'un « *intérêt manifeste de l'ayant droit* » s'oppose à la publication (art. 49, al. 3 OB), p.ex. s'il s'agit de «*personnalités de premier plan*» ou de «*personnes politiquement exposées*» (Directives de l'ASB relatives au traitement des avoirs sans contact et en déshérence auprès de banques suisses, ch. 86).

KYC – QUO VADIS ?

- **Enquêtes de la FINMA en matière boursière :**
 - Fondées **sur le droit suisse** (art. 29 LFINMA, R.S. 956.1; art. 6, al. 2 LBVM) ou sur une demande **d'assistance administrative internationale** (art. 38 LBVM).
 - Détails des **transactions** effectuées durant une certaine période (prix, quantité, date et heure, achat / vente, marché, etc.).
 - Nom, adresse et **profession** des clients pour le compte desquels les transactions ont été effectuées et, le cas échéant, identité des **ayants droit économiques**.
 - Nom, adresse et profession du ou des **donneurs d'ordre** des transactions visées. Mandat de gestion → identité du ou des **gérants internes ou externes** ayant décidé la transaction.
 - *« Motivations précises ayant conduit à la réalisation de ces transactions ».*

KYC – QUO VADIS ?

- **Indication du donneur d'ordre sur les ordres de virement :**
 - Recommandation antiterroriste VIII du GAFI.
 - Art. 10, al. 1 OBA-FINMA (de lege lata) : « *le nom, le numéro de compte et l'adresse du cocontractant donneur d'ordre (donneur d'ordre).* »
 - FAQ de la FINMA : « *Que se passe-t-il lorsque l'ordre de paiement n'émane pas du titulaire du compte, mais d'un fondé de procuration (...) ? Seul le cocontractant doit être indiqué (à l'exclusion d'éventuels fondés de procuration), c'est-à-dire le nom du titulaire du compte.* ».
 - Nouvelle teneur de l'art. 10, al. 1 OBA-FINMA (entrée en vigueur le 1.1.2016) :
« *Pour les ordres de paiement, l'intermédiaire financier (...) indique le nom, le numéro de compte et l'adresse du donneur d'ordre ainsi que le nom et le numéro de compte du bénéficiaire.* ».

KYC – QUO VADIS ?

12. KYC et protection de la sphère privée – des règles antinomiques ?

- **Législation sur la protection des données :**
 - Art. 4 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD, R.S. 235.1) :
 - « *Tout traitement de données doit être licite.* » (al. 1).
 - Traitement conforme aux principes de la **bonne foi** et de la **proportionnalité** (al. 2).
 - « *Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.* » (al. 3).

KYC – QUO VADIS ?

- « *La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée.* » (al. 4).
- Art. 5, al. 1 et 2 LPD :
 - « *Celui qui traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes. (...)*
Toute personne concernée peut requérir la rectification des données inexactes. »
→ droit d'accès au fichier (art. 8 LPD).
- Art. 34 et 35 LPD : **sanctions pénales.**

KYC – QUO VADIS ?

- **Responsabilité de la banque :**
 - Application de **notions subjectives** (« *vigilance requise par les circonstances* », « *clarifications complémentaires dans une mesure proportionnée aux circonstances* », critères de « *risque accru* », qualification de « *PEP* » et de « *proche de PEP* », connaissances et expérience en matière financière, etc.).
 - Obtention de renseignements **auprès de tiers**.
 - **Informations relatives à des tiers** (ADE, bénéficiaire d'un virement, fondé de procuration, etc.).
 - Informations ne relevant pas directement **des relations contractuelles** avec le client (origine et utilisation des fonds, statut et obligations fiscales, p.ex.).

KYC – QUO VADIS ?

■ **Secret bancaire :**

- Malgré les nombreuses restrictions dont il fait l'objet, le principe du secret bancaire demeure ancré à l'art. 47 LB.
- La divulgation indue à des tiers d'informations confidentielles dont le banquier a eu connaissance à l'occasion des relations d'affaires demeure passible de **sanctions pénales**.
- Lorsque l'auteur d'une violation du secret bancaire « *obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire* », il s'agit d'un **crime**, passible de 5 ans de privation de liberté (Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur l'extension de la punissabilité en matière de violation du secret professionnel, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2015).
- Mais, parallèlement, le Conseil fédéral propose de réviser à nouveau la LAAF pour pouvoir accorder, sous certaines conditions, l'assistance administrative fiscale à un Etat étranger lorsque la demande se fonde **sur des données volées**.

KYC – QUO VADIS ?

13. Conclusions

- Les buts du «KYC» se sont diversifiés et étendus.
- Le cercle des personnes que la banque doit identifier ou au sujet desquels elle doit obtenir et fournir des informations ne cesse de s'agrandir.
- La banque est amenée à identifier des catégories de clients sur d'autres bases que leur nom (demandes groupées, demandes de la FINMA, p.ex.)
→ surcroît de travail administratif, responsabilité, risques d'erreurs.
- Au-delà de l'identification formelle, les obligations de diligence portent désormais sur **les motivations et les intentions du client** ; elles outrepassent le cadre des relations contractuelles qui lient le client à sa banque.

KYC – QUO VADIS ?

- L'utilisation croissante de formules d'identification préétablies est source de confusion pour la clientèle et risque d'émousser le bon sens et l'esprit critique des praticiens.
- Les banques sont confrontées à des exigences en partie contradictoires de la part du législateur.
- Les banques, auxiliaires bénévoles des autorités suisses et étrangères : une tendance irréversible ?
 - Limites techniques, juridiques et pratiques à l'accomplissement des devoirs de diligence.
 - Et si la réaction venait des clients ?

KYC – QUO VADIS ?



Du portait-robot à l'IRM ?

CDB 2016 – PERSONNES DONT L'IDENTITÉ DOIT ÊTRE DOCUMENTÉE AU MOYEN D'UN FORMULAIRE

Cocontractant	Autre(s) personne(s) dont l'identité doit être documentée	Formulaire CDB	Exception / cas particulier	Art. CDB 2016
Personne physique	Ayant droit économique (ADE)	Formule A	Présomption : cocontractant = ADE	27, al. 1 et 29
Société opérationnelle non cotée en bourse	Détenteur(s) du contrôle : <ul style="list-style-type: none"> ➤ 25% droits de vote ou capital ➤ contrôle d'une autre manière reconnaissable ➤ personne dirigeante 	Formule K	Présomption : détenteur du contrôle = ADE. Exception : art. 30	20
Sociétés cotées en bourse, autorités, banques et intermédiaires financiers régulés, caisses de pension, société simple, PPE, entités à but idéal	Néant	Aucun	Intermédiaires financiers étrangers non assujettis à une surveillance et à une réglementation anti-blanchiment appropriées : formule A	31-35
Avocat ou notaire suisse ou étude suisse	Néant, si mandat d'avocat ou de notaire couvert par le secret professionnel	Formule R + «Compte fiduciaire selon FATCA»	Autres cas : formule A	36
Fonds de placement ou société de participations	Néant, si plus de 20 investisseurs et siège non situé dans un Etat à haut risque ou non coopératif (GAFI)	Aucun	Si 20 investisseurs ou moins, liste des ADE sur formule A	38
Société de domicile	Ayant droit économique (ADE)	Formule A	Underlying company : Formule T/S	39
Fondation non charitable	Fondateur effectif Bénéficiaire(s) déterminé(s) Membre(s) du conseil de fondation	Formule S	Refondation ou fusion de fondations : le fondateur initial doit être mentionné.	40
Trustee	Settlor effectif Bénéficiaire(s) déterminé(s) ou catégories Protecteur ou personne ayant le pouvoir de révoquer le trust	Formule T	Préciser : discrétionnaire / non discrétionnaire et révocable/irrévocable. Re-settlement ou fusion de trusts : le settlor initial doit être mentionné.	41
Assurance-vie	Preneur d'assurance ou payeur de prime effectif (si différent)	Formule I	Cf. Communication Finma 18/2010	42

FATCA DOCUMENTATION REQUIREMENTS

Individual Accounts

Non-US clients:

- Valid non-US Passport
- Facta Self-Certification or W-8BEN
- If US Indicia -> W-8BEN & Official documentation / written explanation

- US Clients (not US resident) with
 - W-9;
 - Banking Secrecy Waiver

Entity Accounts

Obtain documentation at opening (new) or before June 2016 (pre existing)

- Non-US Clients with:
 - W-8BEN-E or W-8IMY
 - Full underlying documentation, when needed

FATCA DOCUMENTATION REQUIREMENTS

If the Entity holding the account is a ...	W-8 Form* that should be provided	And if FATCA Status* is following additional forms are required.
Corporation, Complex Trust	W-8 BEN-E + if...	... FFI participating / Reporting	None
		... Non Reporting IGA FFI	None or confirmation from sponsoring entity
		... Sponsored FFI	Confirmation from sponsoring entity
		... Owner Documented FFI	Owner Documented forms & Status must be pre-approved
		... Active NFFE	NFFE Certification and documents evidencing the status
		... Passive NFFE	NFFE Certification and W9 if any US Controlling Persons
Simple / Grantor Trust; Partnership	W-8 IMY + Withholding statement + FATCA self Certification + ID from BO + if...	... FFI participating / Reporting	None
		... Non Reporting IGA FFI	None or confirmation from sponsoring entity
		... Sponsored FFI	Confirmation from sponsoring entity
		... Owner Documented FFI	Owner Documented forms & Status must be pre-approved
		... Active NFFE	NFFE Certification and documents evidencing the status
		... Passive NFFE	NFFE Certification and W9 if any US Controlling Persons

*please contact your professional tax advisor for any questions relating to your entity's QI and FATCA status or the completion of the tax documents
This document does not constitute tax advice.

II. CERTIFICATION OF BENEFICIAL OWNER(S)

Persons opening an account on behalf of a legal entity must provide the following information:

a. *Name of Person Opening Account:*

b. *Name of Legal Entity for Which the Account is Being Opened:*

c. *The following information for each individual, if any, who, directly or indirectly, through any contract, arrangement, understanding, relationship or otherwise, owns 25 percent or more of the equity interests of the legal entity listed above:*

(If no individual meets this definition, please write "Not Applicable.")

Name	Date of Birth	Address	<i>For U.S. Persons: Social Security Number</i>	<i>For Foreign Persons: Passport Number and Country of Issuance, or other similar identification number¹</i>

d. *The following information for one individual with significant responsibility for managing the legal entity listed above, such as:*

- *An executive officer or senior manager (e.g., Chief Executive Officer, Chief Financial Officer, Chief Operating Officer, Managing Member, General Partner, President, Vice President, Treasurer); or*
- *Any other individual who regularly performs similar functions.*

(If appropriate, an individual listed under section (c) above may also be listed in this section (d)).

Name	Date of Birth	Address	<i>For U.S. Persons: Social Security Number</i>	<i>For Foreign Persons: Passport Number and Country of Issuance, or other similar identification number¹</i>

I, _____ (name of person opening account), hereby certify, to the best of my knowledge, that the information provided above is complete and correct.

Signature: _____ Date: _____

¹In lieu of a passport number, foreign persons may also provide an alien identification card number, or number and country of issuance of any other government-issued document evidencing nationality or residence and bearing a photograph or similar safeguard.