

Communication du Secrétariat n° 36/2020

À l'attention des intermédiaires financiers affiliés à l'OAR/ASSL et des organes de contrôle IF

Zurich, le 3 juin 2020

Exception à l'obligation de vérification de l'identité – interprétation de la notion de „notoirement connu“ de la note marginale 22 RAR

Madame, Monsieur

La note marginale («N.») 22 du RAR permet à un intermédiaire financier („IF“) de renoncer à la vérification de l'identité d'une personne morale, d'une société de personnes ou d'une autorité en tant que cocontractante si celle-ci est „notoirement connue“. Selon la N. 22 du RAR, l'identité est notamment réputée notoirement connue lorsque le cocontractant est coté en bourse dans un Etat membre de l'OCDE ou lié directement ou indirectement à une personne morale cotée en bourse dans un Etat membre de l'OCDE.

Le champ d'application principal de la N. 22 RAR relève de la cotation en bourse. Toutefois, l'utilisation du terme „notamment“ dans le texte de la disposition signale que le champ d'application de la N. 22 du RAR ne se limite pas à la cotation en bourse, même si celle-ci en représente son champ d'application principal.

Selon la pratique actuelle, les IF souhaitant faire usage de l'exception de la N. 22 RAR doivent s'adresser préalablement au Secrétariat de l'OAR/ASSL qui se prononcera sur la question de savoir, si, dans le cas concret, le cocontractant peut être considéré comme „notoirement connu“.

Au cours du deuxième semestre 2019, les requêtes ont augmenté, tant au niveau de leur nombre qu'au niveau de leur complexité. Par conséquent, le Secrétariat a décidé de préciser la notion de „notoirement connu“. Dans le même temps, il s'agit de délimiter la renonciation à la vérification de l'identité du cocontractant en vertu de la N. 22 RAR et la renonciation à la détermination du détenteur de contrôle resp. de l'ayant droit économique selon les N. 28 et 31 RAR.

1 Exception à l'obligation de vérification de l'identité selon la N. 22 RAR

1.1 Interprétation de la clause d'exception

La vérification de l'identité du cocontractant constitue la base et la pierre angulaire de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Afin de pouvoir évaluer le risque de blanchiment de capitaux de manière fiable, un IF doit connaître non seulement chaque cocontractant

nommément, mais également avoir une idée rapports de propriété et de contrôle, en particulier en ce qui concerne les personnes morales.

La LBA elle-même ne prévoit pas d'exception à l'obligation de vérification de l'identité du cocontractant (cf. art. 3 LBA). A l'art. 53 OBA-FINMA, la FINMA permet par contre aux IF directement soumis à sa surveillance (prudentielle) de renoncer à la vérification de l'identité du cocontractant dans certains cas. L'art. 17 CDB 20 prévoit également une exception à l'obligation de vérification de l'identité pour les personnes morales, sociétés de personnes ou autorités notoirement connues. L'OAR/ASSL prévoit également une telle exception à la N. 22 RAR pour les IF lui étant affiliés.

En vertu des principes généraux du droit, une exception doit toujours être interprétée *restrictivement*. Une renonciation à la vérification de l'identité ne se justifie que lorsque le cocontractant lui-même est déjà soumis à des obligations légales de transparence, qui, en outre, doivent être suffisamment solides pour qu'une vérification d'identité supplémentaire ne soit pas considérée comme étant nécessaire. Ceci est notamment le cas, lorsque la transparence des rapports de propriété et de contrôle du cocontractant est garantie par le droit de la surveillance ou le droit administratif.

1.2 Lignes directrices de l'application de la clause d'exception

1.2.1 Cotation dans un Etat membre de l'OCDE

Selon le texte de la N. 22 RAR, sont d'ores et déjà couvertes par la clause d'exception les personnes morales ou sociétés de personnes cotées en bourse dans un Etat membre de l'OCDE ou «liées» directement ou indirectement à une personne morale cotée en bourse dans un Etat membre de l'OCDE.

Selon la pratique constante de l'OAR/ASSL, une personne morale ou une société de personnes est considérée comme étant «liée» à une personne morale cotée dans un Etat membre de l'OCDE, lorsque cette entreprise est détenue à 50% au moins par une ou plusieurs personne(s) morale(s) cotée(s) dans un Etat membre de l'OCDE. En cas de doute, l'IF doit se procurer les informations nécessaires. **En cas de modification ultérieure des circonstances, dès lors que la ou les parts d'une ou de plusieurs personnes morales cotées en bourses dans un Etat de l'OCDE tombe en-dessous de 50%, l'IF doit vérifier l'identité du cocontractant. Toutefois, cette obligation ne s'applique que si l'IF a connaissance de cette modification, que ce soit par information spontanée de la part du cocontractant, sur la base de ses propres clarifications ou dans le cadre d'une éventuelle future obligation de mise à jour régulière des données des clients. Actuellement, l'IF n'est pas sensé contrôler, p.ex. une fois par an, si les parts sont toujours égales ou supérieures à 50%.**

1.2.2 Autorités

Une autorité est «notoirement connue» dès lors que son organisation et ses dirigeants peuvent être facilement identifiés, p.ex. au moyen d'un organigramme publié sur Internet. Il convient de préciser que les «autorités» ne constituent des personnes morales distinctes qu'exceptionnellement. Dans la plupart des cas, il s'agit d'organes de collectivités, qui, dans le cadre de leurs fonctions, ont le pouvoir de représenter la collectivité à laquelle ils appartiennent.

Les entités suivantes notamment peuvent donc être considérées comme «autorités notoirement connues»:

- la Confédération, les cantons et les communes en tant que collectivités (personnes morales de droit public autonomes)
- les corporations de droit public autonomes (p.ex. EPFL/ETH, universités)
- les unités administratives de la Confédération (départements), des cantons et de grandes communes/villes (p.ex. directions), même s'il ne s'agit pas de personnes morales distinctes
- les autorités de poursuite pénale et les tribunaux à tous les échelons
- les organisations internationales dont le siège suisse est reconnu par le droit international
- les Hautes Ecoles Spécialisées
- les sociétés anonymes réglées par une loi spéciale selon l'art. 763 CO (CFF, Poste, Banques Cantonales¹)

Délimitation: Les sociétés anonymes selon l'art. 762 CO ne sont pas considérées comme sociétés anonymes réglées par une loi spéciale, car, bien que fondées et/ou détenues par une autorité et parfois même se basant sur un acte législatif distinct, celles-ci sont soumises aux dispositions du Code des Obligations sur la société anonyme en ce qui concerne leur activité commerciale (exemple: BE-DAG Informatique SA dans le canton de Berne). La vérification de l'identité de telles sociétés doit ainsi toujours être effectuée. Par ailleurs, leur détenteur de contrôle / ayant droit économique doit être déterminé, du fait que les N. 28 lit. h et N. 31 al. 1 lit. f ne sont pas applicables non plus.

1.2.3 Autres personnes morales et sociétés de personnes

Au vu de ce qui précède, il ne peut être renoncé à la vérification de l'identité d'une société qui n'est ni cotée dans un Etat membre de l'OCDE ni détenue majoritairement par une telle société que dans des cas absolument exceptionnels. La notion de «notoirement connu» doit donc se tenir aux critères décrits (cf. ci-dessus ch. 1.1).

En pratique, on peut renoncer à la vérification de l'identité de coopératives ouvertes au public, notamment:

- la Fédération des coopératives Migros
- le Groupe Coop Société Coopérative
- la Coopérative Raiffeisen Suisse

¹ Cf. la Loi sur la poste (RS 783.0) et la Loi sur les CFF (RS 742.31) ainsi que p.ex. la Loi sur la banque cantonale/ZH, LS 951.1 (ZKB).

- la Coopérative Mobilière Suisse

y compris l'ensemble des coopératives affiliées ainsi que p.ex. les filiales détenues à 100%.

L'appréciation subjective de l'IF n'est en principe pas pertinente; la clause d'exception de la vérification de l'identité ne peut donc s'appliquer uniquement du fait que le client a lui-même un statut d'IF, qu'il opère éventuellement dans le secteur du leasing et qu'il est connu dans les milieux concernés.² De plus, la notoriété d'une marque (p.ex. «Rolex») ne peut pas être transposée sans autre à la société détenant la marque.

1.3 Conséquence de l'exception

1.3.1 Pas de vérification de l'identité du cocontractant et de ses représentants

Dès lors que l'identité du cocontractant ne doit pas être vérifiée (ch. 1.2.1-1.2.3), ses représentants ne doivent pas non plus être identifiés.

1.3.2 Pas de détermination du détenteur de contrôle / de l'ayant droit économique

Dès lors que l'exception de l'obligation de vérification de l'identité selon la N. 22 RAR s'applique, l'IF peut renoncer à la détermination du détenteur de contrôle / de l'ayant droit économique sans vérifier le respect des N. 28 et 31 RAR (N. 28 lit. i RAR).

1.3.3 Autres obligations de diligence à respecter à tout moment

L'IF doit respecter les autres devoirs de diligence même lorsqu'il invoque être dispensé de l'obligation d'identification et de vérification. L'exception concernant l'identification des PPE telle que mentionnée au ch. 3 de la Communication du Secrétariat n° 26/2016 continue en principe de s'appliquer. La Commission OAR/ASSL recommande toutefois de ne pas faire usage de cette exception et par conséquent de clarifier, dans la mesure du possible, le statut de PPE des représentants du cocontractant. A cet égard, nous renvoyons au ch. 2 de la **Circulaire n° 28/2020 de la Commission OAR/ASSL du 25 mai 2020**.

2 Délimitation: (uniquement) renonciation à la détermination du détenteur de contrôle / de l'ayant droit économique

Lorsque des autorités ne sont pas considérées comme «notoirement connues» (cf. ch. 1.2.2), il est malgré tout possible de renoncer à la détermination du détenteur de contrôle resp. de l'ayant droit économique.

Pour ce qui est des sociétés qui ne sont pas «notoirement connues» (cf. ch. 1.2.1 et 1.2.3) mais qui sont soumises à une surveillance prudentielle en Suisse ou à l'étranger, il est possible de renoncer à

² Cf. ci-dessous ch. 2, une renonciation à la détermination du détenteur de contrôle/de l'ayant droit économique est év. possible.

la détermination du détenteur de contrôle / de l'ayant droit économique en vertu de la N. 28 lit. e et f ainsi que de la N. 31 al. 1 lit. c et d RAR. Il s'agit en l'occurrence des sociétés mentionnées à l'art. 2 al. 2 LBA, donc en particulier des banques et des assurances soumises à une surveillance prudentielle. Dans la mesure où elles ont leur siège à l'étranger, l'IF doit s'être assuré préalablement qu'elles sont assujetties à une réglementation et à une surveillance équivalentes à celles de la Suisse.

D'autres cas d'exception existent lorsque, par exemple, il s'agit d'une société simple ou d'une institution de prévoyance professionnelle exemptée d'impôts, ou lorsque le cocontractant est une société opérative ou une société de domicile, à condition que cette société soit cotée en bourse, ainsi que lorsqu'il s'agit de filiales détenues majoritairement pas ces sociétés.

3 Obligation de consigner une note au dossier

Dans la mesure où un IF fait usage des clauses d'exception des N. 22 (vérification de l'identité du cocontractant), N. 28 (détermination du détenteur de contrôle) ou N. 31 (déclaration concernant l'ayant droit économique), il est tenu de consigner cet état de fait par une note au dossier. Dès lors qu'une société cotée est concernée, l'IF doit par ailleurs déposer une confirmation de cotation (p.ex. une impression de la page Web en question) au dossier. Ceci découle de l'obligation générale de documentation selon l'art. 7 LBA resp. N. 50 et N. 51 RAR.

4 Dispositions transitoires

Dans la mesure où le Secrétariat OAR/ASSL a accordé dans le passé une exception en vertu de la N. 22 RAR à un IF particulier dans un cas concret, cette exception reste valable pour cet IF jusqu'à la fin de la relation d'affaires concernée.

Par la présente communication, le Secrétariat estime avoir concrétisé le champ d'application de la N. 22 RAR. Les IF pourront ainsi décider de renoncer ou non à la vérification de l'identité du cocontractant de manière autonome et sans consulter le Secrétariat OAR/ASSL, pour autant que les conditions soient remplies. Dans des cas limites, les IF restent priés de s'adresser préalablement (avant de renoncer à la vérification de l'identité) au Secrétariat OAR/ASSL.

Inversement, tout IF est libre de procéder aux vérifications d'identité et aux déterminations examinées ici malgré la possibilité d'y renoncer (p.ex. lorsqu'un client coté à une bourse prévoyant des obligations de transparence inférieures à celles des sociétés cotées en comparaison internationale).

Cordiales salutations

sig. Lea Ruckstuhl, MLaw, avocate
Responsable Secrétariat OAR/ASSL