

Les effets en droit privé de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique

Endrit Poda



TABLE DES MATIÈRES

Introduction	9-15
I. Problématique	9
II. Intérêt du sujet	13
III. Plan	14
PARTIE I	
IDENTIFICATION DE L'AYANT DROIT ÉCONOMIQUE	17-76
Chapitre 1	
Sources	19-45
I. Droit suisse	19
A. Art. 305ter al. 1 CP :	
défaut de vigilance en matière d'opérations financières	19
1. Contexte	19
2. Bien juridique protégé par l'art. 305 ^{ter} al. 1 CP	21
3. Auteur	22
4. Éléments constitutifs de l'infraction	24
5. Élément subjectif	25
B. LBA	26
1. Objectifs	26
2. Champ d'application	27
a. Intermédiaires financiers	27
b. Négociants	28
3. Surveillance	28
4. Obligations de diligence	29
5. Obligation d'identifier l'ayant droit économique	29
C. OBA-FINMA	31
D. CDB 20	32
1. Objectifs	32
2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique	33
E. Code des obligations	34
F. Art. 138 ch. 1 al. 2 CP :	
abus de confiance portant sur une valeur patrimoniale	35

II. Normes internationales	35
A. Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée	36
B. Convention des Nations Unies contre la corruption	36
C. Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (CBIFT)	37
D. Recommandations du GAFI	38
1. Création et fonctionnement du Groupe d'Action financière (GAFI)	38
2. Nature juridique des recommandations du GAFI	39
3. Recommandations 2012 du GAFI	39
a. Adoption et mise en œuvre	39
b. Devoirs de diligence incombant aux institutions financières	41
c. Devoir d'identifier le bénéficiaire effectif	41
E. 5 ^e directive contre le blanchiment d'argent	43
F. Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire	44
G. Principes du groupe "Wolfsberg"	45

Chapitre 2

Notion d'ayant droit économique 47-76

I. Définition	48
A. Origine de la notion	48
B. Interprétation littérale	49
C. Interprétation historique	50
D. Interprétation systématique	51
E. Interprétation téléologique	52
II. Concrétisation de la notion	56
A. Introduction	56
B. Fiducie	56
1. Notion	56
2. Ayant droit économique	57
C. Représentation indirecte	58
D. Prêt de consommation	59
1. Notion	59
2. Ayant droit économique	59
E. Sociétés de domicile	60
1. Notion	60

2. Sociétés	61
3. Trusts	62
a. Notion	62
b. Ayant droit économique	64
1) Trustee	66
2) Constituant (<i>settlor</i>)	66
3) Bénéficiaire	67
4) Protector	68
4. Fondations	69
a. Notion	69
b. Ayant droit économique	70
F. Personnes morales exerçant une activité opérationnelle	71
1. Notion	71
2. Détenteur d'au moins 25% des droits de vote ou du capital de la société	72
3. Contrôle d'une autre manière reconnaissable	74
4. Personne dirigeante	75
III. Synthèse	75

PARTIE II

EFFETS EN DROIT PRIVE

77-248

Chapitre 3**Droit de l'ayant droit économique****d'obtenir des renseignements bancaires**

79-118

I. Fondement contractuel	79
A. Contrat entre la banque et le titulaire du compte	79
B. Rapport contractuel distinct entre la banque et l'ayant droit économique	82
II. La procuration bancaire	84
A. Notion	84
B. Procuration par actes concluants	85
III. Demande de renseignements sur la base de la loi sur la protection des données	89
A. Traitement de données au sujet de l'ayant droit économique	91
1. Terminologie	91
a. Données personnelles	91
b. Profil de personnalité	92
c. Traitement	93

2. <i>In casu</i>	93
a. Données objectives	93
b. Compte bancaire	94
c. Autres données	95
d. Personnes politiquement exposées	97
B. Obligation de la banque d'informer l'ayant droit économique	98
1. Principe de reconnaissabilité (art. 4 al. 4 LPD)	98
a. Portée	98
b. <i>In casu</i>	99
2. Droit d'accès (art. 8 LPD)	102
a. Généralités	102
b. Portée	102
c. Restriction du droit d'accès	105
1) Loi au sens formel (art. 9 al. 1 let. a LPD)	106
a) Art. 47 LB	106
b) Art. 10a al. 1 et 34 al. 3 LBA	108
2) Intérêts prépondérants d'un tiers (art. 9 al. 1 let. b LPD)	108
3) Intérêts prépondérants du maître du fichier (art. 9 al. 4 LPD)	109
3. Devoir d'information lors de la collecte de données sensibles et de profils de la personnalité (art. 14 LPD)	110
a. Généralités	110
b. Portée	111
c. Restrictions	112
IV. Loi sur les services financiers	114
A. Objet et but	114
B. Obligations des banques	114
C. Ayant droit économique	115
V. Synthèse	117

Chapitre 4

Responsabilité de la banque

à l'égard de l'ayant droit économique

119-196

I. États de fait	120
A. Faux ami d'enfance	120
B. Gérant spéculatif à double casquette	121
II. Responsabilité contractuelle	122
A. Principe: Contrat entre la banque et le titulaire du compte	122

B.	Existence d'un rapport de mandat préalable avec l'ayant droit économique	123
1.	Étendue du mandat	123
2.	Violation du mandat ?	124
C.	Stipulation pour autrui	126
III.	Contrat avec effet protecteur de tiers (<i>Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</i>)	127
A.	But et fondement	128
B.	Réception en Suisse	129
C.	Conditions d'application	132
1.	Proximité avec la prestation (<i>Leistungsnähe</i>)	132
2.	Proximité avec le créancier (<i>Gläubignähe</i>)	132
3.	Reconnaissabilité (<i>Erkennbarkeit</i>)	132
4.	Nécessité de protection (<i>Schutzbedürfnis</i>)	133
5.	Autres conditions	133
D.	Invocabilité par l'ayant droit économique	134
1.	Proximité avec le créancier	134
2.	Reconnaissabilité	135
3.	Nécessité de protection	135
4.	<i>Leistungsnähe</i>	136
a.	La banque ne noue aucun contact avec l'ayant droit économique	136
1)	Affaire Axel Springer	137
2)	Compte de fiducie pour l'investisseur	138
b.	La banque noue des contacts avec l'ayant droit économique	140
5.	Autres conditions	141
IV.	Responsabilité fondée sur la confiance	142
A.	Notion	142
B.	Conditions	143
1.	Relation particulière (<i>Sonderverbindung</i>)	143
2.	Confiance légitime	144
3.	Comportement contraire aux règles de la bonne foi	145
4.	Autres conditions	145
C.	Invocabilité par l'ayant droit économique	146
V.	Responsabilité extracontractuelle	148
A.	Dommage	148
B.	Acte illicite	149
1.	Complicité à des infractions contre le patrimoine	150

a.	Abus de confiance	151
1)	Valeur patrimoniale confiée	151
2)	Emploi sans droit	152
3)	Éléments subjectifs	152
b.	Gestion déloyale	153
1)	Devoir de gestion ou de sauvegarde	153
2)	Violation de ce devoir	154
3)	Un dommage et un rapport de causalité	155
4)	Élément subjectif	155
5)	Délimitation et concours	156
c.	Complicité intentionnelle	157
1)	Éléments constitutifs de la complicité	159
2)	Agissement du collaborateur	159
2.	Art. 305 ^{bis} CP	165
a.	Intérêt protégé	165
1)	Interprétation littérale	167
2)	Interprétation historique	169
3)	Interprétation systématique	169
4)	Interprétation téléologique	170
b.	Éléments constitutifs de l'art. 305 ^{bis} CP	171
1)	Valeurs patrimoniales	171
2)	Provenance d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié	172
3)	Acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation	173
4)	Blanchiment par omission	173
5)	Élément subjectif	174
3.	Art. 305 ^{ter} al. 1 CP	175
a.	Interprétation littérale	176
b.	Interprétation historique	176
c.	Interprétation systématique	177
d.	Interprétation téléologique	178
4.	La LBA	179
a.	Analyse de droit comparé	180
1)	Droit français	180
2)	Droit allemand	180
3)	Droit autrichien	181
b.	Prise de position	182
1)	Interprétation littérale	183
2)	Interprétation historique	183

3) Interprétation téléologique	184
4) Interprétation systématique	185
C. Faute	186
D. Lien de causalité	189
1. Complicité à l'abus de confiance	189
2. Blanchiment d'argent	190
3. Facteur interruptif du lien de causalité	190
E. Solidarité	191
F. Art. 55 CO	192
1. Conditions générales	192
2. Employeur et auxiliaire	193
3. Acte illicite de l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail	193
4. Absence de preuves libératoires	193
VI. Synthèse	194

Chapitre 5

Impact de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique dans l'appréciation de la bonne foi de la banque

197-248

I. Introduction de la problématique	197
II. Bonne foi subjective (art. 3 CC)	199
A. Notion	200
B. Renversement de la présomption	201
C. Attention commandée par les circonstances (art. 3 al. 2 CC)	201
III. Imputation des connaissances aux personnes morales (<i>Wissenszurechnung</i>)	204
A. En général	204
1. Imputation selon la doctrine traditionnelle	204
2. Imputation selon une approche dite fonctionnelle	205
B. Imputation des connaissances acquises en vertu des obligations de diligence	206
1. Obligation d'établir et de conserver des documents (art. 7 LBA)	206
2. Mesures organisationnelles (art. 8 LBA)	207
3. Restrictions	208
IV. Nantissement d'une chose mobilière (art. 884 al. 2 CC)	209
A. Conditions de la protection de l'acquéreur de bonne foi d'un nantissement	210
1. Respect des autres conditions de la constitution d'un nantissement	210

2. Absence du pouvoir de disposition du constituant	211
3. Délais	212
4. Bonne foi	213
B. Prince riche	213
1. État de fait	213
2. Position du Tribunal fédéral	215
C. Effets en droit privé?	216
1. Identification du cocontractant	219
2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique	221
3. Obligation de clarifications complémentaires en cas de risques accrus	222
V. Acquisition de bonne foi d'un chèque	225
A. Conditions d'application	226
1. Dépossession	226
2. Acquisition de mauvaise foi ou par faute lourde	226
B. Un administrateur délégué trop ambitieux	227
1. État de fait	227
2. Position du Tribunal fédéral	228
C. Effets en droit privé	229
1. Application du dispositif anti-blanchiment d'argent	231
2. Obligation d'identifier le cocontractant	232
3. Obligation d'identifier l'ayant droit économique	234
4. Obligation de clarifications complémentaires en cas de risques accrus	235
VI. Abus de pouvoir de représentation	236
A. Diplomate peu scrupuleux	237
1. État de fait	237
2. Position du Tribunal fédéral	238
B. Effets en droit privé	239
1. Obligation d'identifier l'ayant droit économique	239
2. Obligation de clarifications complémentaires en cas de risques accrus	240
VII. Acquisition de bonne foi des titres intermédiés	241
A. Conditions d'application	242
1. Acquisition conformément aux art. 24, 25 ou 26 LTI	242
2. L'aliénateur n'a pas le pouvoir de disposition ou la bonification a été extournée	242
3. Acquisition à titre onéreux	243
4. Bonne foi	244

B. Effets sur l'appréciation de la bonne foi du dispositif anti-blanchiment	244
1. Principe	244
2. <i>Convention avec le dépositaire</i>	246
VIII. Synthèse	247
Conclusion	249-254
Les cas où il n'y a pas d'effets en droit privé	250
Les cas où le droit privé dispose de ses propres instruments	251
Les cas où l'obligation d'identifier l'ayant droit économique déploie des effets directs en droit privé	252
Table des abréviations	255-259
Bibliographie	261-287