



## Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 – Case postale 3178 – 1211 Genève 3

Tél. 022 310 07 35 – Fax 022 310 07 39 – [www.arif.ch](http://www.arif.ch) - e-mail : [info@arif.ch](mailto:info@arif.ch)

CHE-101.192.434 TVA

### NOTE D'INTERPRETATION

Date : 15 juin 2018

Concerne : identification du cocontractant et de l'ayant-droit économique

Des divergences d'interprétation sont apparues de la part de certains intermédiaires financiers à propos de l'identification des cocontractants et des ayants-droits économiques. L'ARIF a donc décidé d'émettre la présente note d'interprétation afin de clarifier la situation. Elle est accompagnée d'un diagramme auquel il est fait référence dans le texte.

Deux approches s'opposent :

1. L'approche que l'on peut qualifier de « légale » :

a. le cocontractant

Le cocontractant est une notion purement juridique, qui désigne chaque personne physique ou morale titulaire des valeurs patrimoniales faisant l'objet de la relation d'affaires, avec laquelle l'intermédiaire financier est lié par une relation contractuelle, écrite ou orale, tacite ou exprès.

Un tel contrat peut exister non seulement dans la relation de base mais également à l'occasion de chacun des actes juridiques qui accompagne le déplacement de valeurs patrimoniales d'une personne à une autre. En effet, il n'est pas de transfert de propriété sans cause juridique légitime. De tels contrats existent également entre chacun des acteurs de la structure pour définir leur rôle, mandat d'administrateur, contrat de fiducie, etc..

À chaque contrat doit correspondre une déclaration d'ayant droit économique des valeurs patrimoniales impliquées, adressée par chaque cocontractant qui transfère, dépose, mandate, ou désigne, à celui qui reçoit, est mandaté ou désigné.

b. l'ayant droit économique

L'ayant droit économique est la personne obligatoirement physique qui possède le pouvoir de jouir ou de disposer, à son profit ou au profit de tiers qu'il désigne, des valeurs patrimoniales faisant l'objet de la relation d'affaires du cocontractant avec l'intermédiaire financier.

Ces deux qualités (ayant-droit économique et cocontractant) peuvent être réunies dans la même personne, lorsque celle-ci est physique. Ces qualités peuvent aussi être décomposées entre plusieurs personnes, et ce sera toujours le cas lorsque le cocontractant est une personne morale.

Il peut y avoir plusieurs cocontractants du même intermédiaire financier à propos des mêmes valeurs patrimoniales, et il peut également y avoir plusieurs ayant-droit économiques de ces mêmes valeurs.

Ce sera particulièrement le cas dans le cas de structures complexes, impliquant une ou plusieurs sociétés ou entités de domicile.

### c. Mise en application

L'intermédiaire financier administrateur d'une société de domicile, peut se trouver lié par un contrat de mandat fiduciaire vis-à-vis de la personne physique qui lui a demandé de créer la société de domicile, d'exécuter ses ordres relatifs à celle-ci, et souvent aussi de conserver en dépôt les instruments – certificats d'actions et autres titres - manifestant les droits du créateur de la structure sur celle-ci.

À cela s'ajoute un contrat de mandat d'administrateur ou de procurataire général de la société de domicile, conclu par l'intermédiaire financier avec la société de domicile elle-même, dont l'intermédiaire financier assume la gestion directe de droit ou de fait.

Il y aura donc deux cocontractants de l'intermédiaire financier, mais un seul ayant-droit économique, qui est souvent aussi le cocontractant personne physique.

Dans ses rapports avec ce cocontractant, l'intermédiaire financier exigera la signature d'une formule A indiquant que ce cocontractant est bien l'ayant-droit économique des valeurs patrimoniales faisant l'objet de la relation d'affaires. Si ce n'est pas le cas, le nom du tiers ayant-droit économique sera indiqué par le cocontractant (diagramme, lien contractuel 1).

En tant qu'administrateur ou procurataire général de la société, l'intermédiaire financier déclarera celle-ci comme cocontractant dans ses relations avec des tiers, par exemple la banque dépositaire, en indiquant le nom de l'ayant-droit économique de la société, selon les indications qui lui auront été fournies par le cocontractant qui lui a demandé de la créer et qui l'instruit à titre fiduciaire (diagramme, lien contractuel 2).

Par ailleurs, le cocontractant de l'intermédiaire financier est aussi celui de la société de domicile créée pour son compte, à laquelle les valeurs patrimoniales vont être apportées.

Même si les praticiens l'ignorent parfois, l'apport des valeurs patrimoniales à la société de domicile relève lui-même d'un acte juridique contractuel distinct, car il ne peut être fait « sans cause légitime ». Même s'il n'est souvent jamais exprimé, ce rapport contractuel relève généralement de la fiducie, parfois camouflée sous forme de prêt ou d'apport d'associé, tous actes qui constituent bel et bien des contrats, destinés au transfert des valeurs patrimoniales. On ne saurait assez recommander aux praticiens de documenter la cause juridique de chacun de ces déplacements, par un contrat distinct.

Considérant que la société de domicile est elle-même en relation contractuelle avec l'apporteur des valeurs patrimoniales, il conviendrait en principe qu'elle fasse signer à celui-ci un formulaire A désignant l'ayant-droit économique des valeurs apportées (diagramme, lien contractuel 3).

Cependant, comme, dans la pratique, ce cocontractant est souvent le même que celui de l'intermédiaire financier qui est lui-même l'administrateur ou le procurataire de la société, on peut se contenter de faire signer par le cocontractant un seul formulaire A, qui vaut aussi bien pour l'intermédiaire financier que pour la société de domicile, et adressé aux deux, et qui désigne l'ayant droit économique dans les deux cas (diagramme, jonction des liens contractuels 1 et 3).

On peut ainsi compléter le formulaire A de déclaration d'ayant droit signé par le client initial (celui pour les besoins duquel l'intermédiaire financier a constitué la structure) par la mention :

*Le cocontractant .... déclare que le(s) ayant(s) droit économique(s) des valeurs patrimoniales impliquées dans sa(leur) relation avec l'intermédiaire financier (nom de l'IF : ....), respectivement avec la(les) société(s) (nom de la (des) société(s) : .....) administrée(s) par l'intermédiaire financier pour le compte ou selon les ordres du cocontractant, est / sont : .....*

Ceci ne vaut cependant que si cet ayant-droit est effectivement le même dans les deux cas (constitution de la structure/respectivement apport de valeurs patrimoniales), ce qui n'est pas obligatoire, particulièrement lorsqu'il existe plusieurs ayants-droits économique des mêmes valeurs patrimoniales ou d'une même structure, ou lorsque la structure est constituée par l'intermédiaire financier à la demande d'un mandataire de l'ayant droit économique.

Dans le cas des trusts établis de manière conventionnelle, la situation se décompose en deux phases temporelles : l'intermédiaire financier lie tout d'abord un rapport contractuel avec le fondateur, destiné à la création du trust, et à la mise en place éventuelle de son infrastructure.

Si les valeurs patrimoniales sont données en trust au trustee dès la fondation, le trustee exigera du fondateur qu'il remplisse un formulaire A avant ou simultanément à la création du trust, aux fins d'établir qui est l'ayant-droit économique de ces valeurs.

Si les valeurs patrimoniales sont apportées au trust après la mise en place de celui-ci, chaque apporteur de telles valeurs patrimoniales doit être considéré par le trustee comme un donateur. L'acceptation de l'apport entre vifs constitue en effet l'acceptation d'une donation en trust, qui est un contrat. Dans ce cas, le trustee doit obtenir la déclaration A de la part du donateur qui est son cocontractant (et n'est pas toujours le fondateur).

Parallèlement, dès le trust constitué, l'intermédiaire financier trustee établit un formulaire T, qui rassemble les informations pertinentes sur tous les acteurs vis-à-vis desquels le trustee est titulaire de droits ou d'obligations, à savoir le fondateur, le bénéficiaire, les éventuels tiers protecteurs, etc.. Il en est de même en cas de trust non conventionnel, par exemple lorsque le trustee est nommé par un acte à cause de mort, ou en cas de constructive trust.

Considérant que dans la structure de trust désormais constituée, aucune de ces personnes n'est à considérer comme cocontractant par le trustee, le formulaire T n'est pas signé par ces personnes mais par le trustee lui-même.

Ce sont ces informations que le trustee retransmettra à d'éventuels tiers cocontractants avec lesquels il contracterait, par exemple la banque dépositaire.

Enfin, le trustee prendra soin de répliquer le formulaire T dans les dossiers de chacune des infrastructures créées par lui pour détenir les avoirs du trust.

## 2. L'approche pragmatique

L'approche dite pragmatique s'est développée dans les débuts de la LBA par souci de simplicité ou incompréhension des intermédiaires financiers. Elle consiste à considérer comme cocontractant exclusivement le « client » au sens commercial du terme, à savoir la personne qui a généralement la charge effective de payer les services de l'intermédiaire financier, et le pouvoir ultime et/ou effectif de le démettre unilatéralement de ses fonctions, ou de vider la structure de ses actifs.

Dans cette approche pragmatique, il est fait abstraction des structures, qu'il s'agisse de superstructures ou d'infrastructures, toutes considérées comme de simples outils de travail sans personnalité juridique réelle, au titre de la théorie de la transparence.

Dans cette approche, la notion de cocontractant se confond avec celle de « client » ou de « relation d'affaire ».

Cette approche a l'avantage de la simplicité.

Elle a cependant divers inconvénients.

D'abord de n'être pas conforme à la systématique légale.

Aussi d'être souvent factuellement et juridiquement fautive, une même relation d'affaire pouvant comporter plusieurs clients, et plusieurs cocontractants, qui ne sont pas forcément les ayants droits économiques, ni même les « clients » au sens commercial du terme.

Ensuite de conduire à certains comportements aberrants, ainsi lorsque l'intermédiaire financier fait signer par l'ayant-droit économique la déclaration d'ayant-droit économique émise par la société de domicile en tant que cocontractant de l'intermédiaire financier ou de tiers, alors que c'est l'intermédiaire financier lui-même, en tant qu'administrateur ou procurataire de cette société, qui devrait signer cette déclaration en indiquant aux tiers qui est l'ayant-droit économique.

L'approche pragmatique a aussi certains effets pervers, spécialement à l'égard des trusts, dès lors qu'elle manifeste clairement que le trust n'est qu'une fiducie déguisée, un « sham trust ».

L'approche pragmatique peut également poser certaines difficultés en cas d'évolution de la situation ou de la structure, notamment en cas de décès du « client » ou de changement des bénéficiaires ou de scission des ayant-droits économiques.

C'est particulièrement gênant chez les intermédiaires financiers gérant de nombreuses relations d'affaires, sur une longue période, avec un personnel important susceptible d'évoluer dans le temps.

Pour ces raisons, il convient d'uniformiser la pratique selon l'approche légale, même si elle aboutit à brasser plus de papier, et bâtir et compléter le Registre LBA en conséquence.

## Cocontractant et ADE

### Cas de la société de domicile avec mandat d'administrateur (par un employé de l'IF ou par l'IF lui-même en tant que société)

