

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP



ACADEMY & FINANCE

par Dr. Marc HENZELIN

1 Introduction

Les exposés qui précèdent ont décrit de manière très complète la nouvelle problématique des « *politically exposed persons* » (les PEP) et les modes de récupération des fonds ainsi détournés de leur but légitime. Nous disposons dès lors des critères pour identifier une PEP au regard du droit suisse, d'un descriptif des procédures à suivre pour procéder à cette identification (*due diligence*), tout comme du mode d'emploi pour saisir les sommes ainsi concernées. Malgré certaines incohérences et contradictions du système qui ont été énoncées, le dispositif paraît efficace et bien suivi en Suisse. De fait, selon un rapport de la Banque mondiale de 2009¹, la place financière Suisse fait partie d'une minorité de 16% des juridictions jugées conformes ou largement conformes à la Recommandation 6 du GAFI² :

Les institutions financières devraient, s'agissant de personnes politiquement exposées, mettre en œuvre les mesures de vigilance normales, et en outre:

a) Disposer de systèmes de gestion des risques adéquats afin de déterminer si le client est une personne politiquement exposée.

b) Obtenir l'autorisation de la haute direction avant de nouer une relation d'affaires avec de tels clients.

c) Prendre toutes mesures raisonnables pour identifier l'origine du patrimoine et l'origine des fonds.

¹ <http://siteresources.worldbank.org/EXTSARI/Resources/5570284-1257172052492/PEPs-ful.pdf?resourceurlname=PEPs-ful.pdf>.

Ce rapport a été rédigé dans le cadre de l'initiative « Stolen Asset Recovery » (initiative StAR), une initiative de la Banque mondiale en collaboration avec l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC).

² In les 40 Recommendations du GAFI: Devoir de vigilance (« due diligence ») relatif à la clientèle et devoir de conservation des documents : http://www.fatf-gafi.org/document/34/0,3746.fr_32250379_32236920_44493090_1_1_1_1,00.html

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

d) Assurer une surveillance renforcée et continue de la relation d'affaires.

Néanmoins, les mécanismes de contrôle mis en place révèlent encore des zones d'ombre du fait de l'utilisation croissante de structures intermédiaires ou « véhicules » masquant les agissements criminels de PEP corrompus. Parmi ces véhicules, le trust occupe une place de choix du fait de l'opacité intrinsèque qui transcende tant sa création que son mode de fonctionnement.

Les intermédiaires financiers suisses sont ainsi confrontés à un double défi, *a priori* de nature inconciliable : permettre aux clients au-dessus de tout soupçon de continuer à utiliser ce mécanisme de gestion de patrimoine en toute discrétion, tout en se conformant aux exigences toujours plus strictes imposées aux intermédiaires financiers dans la lutte contre le blanchiment d'argent, les règles KYC et AML.³

Sur le plan international, des normes de bonne pratique ont été développées, invitant les intermédiaires financiers à une vigilance accrue lorsqu'une PEP procède à certaines opérations. Or il est, comme nous l'avons entendu précédemment, impossible de figer une définition précise de la PEP tout comme il paraît difficile d'élaborer une liste exhaustive d'opérations face à la créativité de ces « criminels » d'Etat disposant de moyens exorbitants pour camoufler leurs forfaits.

Il est ainsi permis de se demander si, dans cette optique, le trust constitue l'une de ces opérations « à drapeau rouge »⁴ présentant un risque accru de blanchiment d'argent et déclenchant ainsi, *de facto*, une vigilance plus forte des opérateurs financiers ? Le trust deviendrait-il ainsi, par nature, une opération suspecte contraignant les opérateurs à une vérification systématique approfondie au regard des règles KYC et AML ?

Les responsables *compliance* sont, par voie de conséquence, confrontés aux questions suivantes :

³ RFCE

⁴ GREENBERG, Politically Exposed Persons: Preventive Measures for the Banking Sector, p. 53 s.

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

- Doit-on considérer tous les trusts comme suspects *a priori*, ou peut-on procéder à une classification/exclusion de certains types de trusts ? En d'autres termes, est-il possible de limiter les obligations de vigilance des opérateurs financiers à certaines structures déterminées, et si oui, sur quels critères (critères *in abstracto*)?
- Parmi les types de trusts identifiés *in abstracto* comme suspects, quels critères concrets doivent être remplis pour que les opérateurs financiers sollicitent la levée du voile opaque qui entoure le trust (appréciation *in concreto*) ? Ainsi, il s'agira de déterminer notamment si le trust est un moyen pour les PEP de conserver leur anonymat, et donc d'échapper aux règles KYC et AML.
- Par ailleurs, dans le fonctionnement même du trust, que doit faire un *trustee* s'il découvre que le trust a été créé avec les fonds illicites d'une PEP ? Est-il autorisé à distribuer les fonds ? Doit-il les bloquer ? De quelles alternatives dispose-t-il ?

Pour tenter de répondre à ces questions, nous nous pencherons d'abord sur la notion de trust pour essayer de donner une typologie des trusts suspects (2) avant d'examiner comment les opérateurs peuvent concrètement lever l'anonymat des trusts et accéder aux fonds illicitement détenus (3).

2 La typologie des trusts suspects

2.1 Les trusts et leurs risques au regard des obligations AML

2.1.1 Définitions

Le trust est né historiquement en Angleterre de la jurisprudence des tribunaux d'*equity*.⁵ C'est une opération qui, en principe, met en relation trois personnes: le *settlor* (constituant du trust), le *trustee* et le bénéficiaire. Le *settlor* déclare « sa volonté d'affecter certains biens aux intérêts d'un ou plusieurs bénéficiaires, ou à un but déterminé, en transférant la propriété de ces biens au *trustee* ». ⁶ Le rôle du *settlor* est limité au fait de remettre les biens au *trustee* et

⁵ THEVENOZ, Trusts en Suisse : Adhésion à la Convention de la Haye sur les trusts et codification de la fiducie, p. 20.

⁶ RFCE

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

de lui donner des instructions. Toutefois, il peut également se désigner lui-même comme bénéficiaire. Le *trustee* gère les biens au profit du bénéficiaire.⁷

Formellement, le *trustee* est propriétaire. Il ne s'agit cependant pas d'une propriété au sens du droit civil. En effet, son droit de propriété n'est pas absolu mais cette propriété n'est transférée que pour qu'il puisse accomplir son devoir de gestion. Les biens n'entrent d'ailleurs pas dans le patrimoine du *trustee*, mais forment un patrimoine distinct. Toutefois, il gère les biens comme un propriétaire car il agit sans pouvoir de représentation, bien qu'il doive se conformer strictement aux conditions et aux charges stipulées dans l'acte constitutif.⁸

A l'origine, il s'agit d'un mécanisme triangulaire simple, ayant *a priori* essentiellement des effets *inter partes*, bien que le *trustee* apparaisse *ultra partes* comme propriétaire des biens ainsi affectés.

Son développement ultérieur en Angleterre, et de par le monde, rompt avec cette simplicité : son usage et ses applications sont si diverses que le trust est devenu un outil de choix dans la gestion internationale de patrimoine pour qui souhaite conserver une grande discrétion vis-à-vis des tiers de la réalité de sa fortune. De là, à s'en servir pour des usages de blanchiment de capitaux, le pas est aisé à franchir et difficilement détectable par ceux chargés de veiller au respect des règles KYC et AML particulièrement pour les institutions financières de pays ne connaissant pas le trust dans leur ordre juridique.

La nature juridique du trust anglo-saxon paraît indéfinissable au regard des qualifications juridiques civilistes car un trust n'est ni une personne morale, et n'a pas donc la personnalité juridique⁹, ni même un contrat au sens civiliste du terme. En effet, l'opération de trust repose sur deux engagements unilatéraux : celui du constituant, le *settlor*, qui transfère au *trustee* son droit réel en *common law* ; et celui du *trustee* qui accepte la mission qui lui est ainsi confiée.¹⁰

⁷ CASHIN RITAINE E., Rapport introductif : panorama comparé du droit matériel du trust, in, *Le trust en droit international privé : perspectives suisses et étrangères*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé 2005, p. 19.

⁸ CASHIN RITAINE, p. 20.

⁹ Idem, p. 20.

¹⁰ CASHIN RITAINE E., Rapport introductif : panorama comparé du droit matériel du trust, in, *Le trust en droit international privé : perspectives suisses et étrangères*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé 2005, p. 19.

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

Dès lors, faute de consistance contractuelle ou sociétaire, faute de publication de son acte constitutif, le trust reste un instrument juridique opaque pour les tiers.

La Suisse a ratifié la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.¹¹ Cette Convention s'est attachée à rendre le concept de trust « compatible » avec des systèmes juridiques qui ne connaissaient pas ce mécanisme de gestion de patrimoine. Pour ce faire, la Convention a notamment identifié les caractéristiques intrinsèques de cette institution qui engendrent l'application de la Convention.

L'article 2 de la Convention prévoit ainsi trois caractéristiques obligatoires au trust :

- les biens objets du trust ne doivent pas faire partie du patrimoine du *trustee*,
- le titre relatif aux biens doit être établi au nom du *trustee*, et,
- la gestion des biens doit être faite conformément aux termes du trust ou aux règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

La Convention précise toutefois que le trust doit être constitué volontairement et son acte de constitution doit être consigné par écrit (Article 3). Dès l'instant où une opération juridique revêt ces caractéristiques, elle entre dans le champ d'application de la Convention. La Suisse reconnaît les trusts constitués conformément à ces critères permettant ainsi leur accès à son marché financier et bancaire sous réserve du respect des règles KYC et AML. Or, il y a un risque avéré de non-respect de règles KYC et AML par les trusts.

2.1.2 Les risques accrus de blanchiment d'argent au moyen de trusts

Les problèmes particuliers posés par les trusts en matière de blanchiment d'argent ont été identifiés par un rapport du GAFI en octobre 2010 : « *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* ». ¹² Ce rapport a relevé que plusieurs juridictions n'appliquaient que faiblement les obligations de *due diligence* à l'égard des clients fragilisant ainsi la fiabilité des informations obtenues sur les clients et les bénéficiaires¹³. Le rapport signale également la formation parfois inadéquate ou insuffisante des employés de *Trust and*

¹¹ RS 0.221.371, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007. - Le texte de la Convention avec l'état des ratifications se trouve sur www.hcch.net

¹² RFCE

¹³ FATF Report, Money Laundering Using Trust and Company Service Providers, p. 23.

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

Company Service Providers (TCSP)¹⁴ notamment au regard des obligations découlant de la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent¹⁵. En ligne de mire du rapport, la capacité des TCSP de recueillir des informations fiables sur les bénéficiaires de trust, a été mise en doute, laissant ainsi la porte ouverte à un abus de cet instrument par des criminels.¹⁶ Le caractère transnational des opérations a également été identifié comme un facteur aggravant, notamment dans le cas de l'implication de plusieurs juridictions n'ayant pas les mêmes standards en matière de blanchiment d'argent. Ce que ne précise pas le rapport, c'est que selon la nature du trust, les risques sont différents. L'identification d'une typologie de trusts suspects, par nature, serait donc la bienvenue.

2.2 Une « liste noire » des trusts suspects

La panoplie des usages du trust est large, car chaque trust obéit à un objectif particulier, tenant compte des besoins spécifiques du constituant. Actuellement, pas moins de 23 fonctionnalités et autant de sortes de trusts sont concevables,¹⁷ tous avec leurs caractéristiques propres. Parmi cette liste impressionnante de sortes de trusts, au moins cinq peuvent d'ores et déjà être identifiées comme suspectes, dans la mesure où leur structure et/ou leur fonctionnement permettent de contourner sans difficulté les règles relatives au blanchiment d'argent.

Soulignons que nous excluons, de prime abord, tous les trusts qui ne sont pas volontaires (*express trusts*) ou qui répondent à des impératifs de protection du bénéficiaire ou du constituant tels les *constructive trusts*,¹⁸ *implied trusts*,¹⁹ *personal injury trusts*,²⁰ *public*

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Idem, p. 24.

¹⁷ *Constructive trust, Dynasty trust, Express trust, Fixed trust, Hybrid trust, Implied trust, Incentive trust, Inter vivos trust (or living trust), Irrevocable trust, Offshore trust, Personal injury trust, Private and public trusts, Protective trust, Purpose trust, Resulting trust, Revocable trust, Secret trust, Simple trust, Special trust, Spendthrift trust, Standby Trust or Pourover Trust, Testamentary trust or Will Trust, Unit trust.*

¹⁸ De manière simplifiée, il s'agit de trusts constitué judiciairement à titre de réparation d'un préjudice au profit de la victime.

¹⁹ Il s'agit de présumer l'existence d'un trust lorsque certaines conditions sont réunies, notamment lorsque les conditions légales d'un trust ne sont pas remplies alors même que les parties avaient clairement l'intention de créer un trust.

²⁰ A personal injury trust is any form of trust where funds are held by trustees for the benefit of a person who has suffered an injury and funded exclusively by funds derived from payments made in consequence of that injury.

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

trusts,²¹ *spendthrift trust*,²² *incentive trust*,²³ et les *standby trust or pourover trusts*.²⁴ Nous avons également exclu les trusts à vocation purement successorale, appelés à prendre effet *post mortem* à une date non encore définie, à condition toutefois que la constitution du trust soit irrévocable : *testamentary trust or will trust*,²⁵ *secret trust*,²⁶ et *dynasty trust*,²⁷ bien qu'il ne soit pas impossible qu'une PEP détourne de l'argent au profit de sa descendance.

Peuvent, en revanche, être considérés comme suspects *in abstracto* les trusts qui laissent une grande flexibilité de fonctionnement à l'un quelconque des protagonistes (*settlor*, *trustee* ou *beneficiary*). En effet, c'est cette flexibilité qui permet au constituant ou au trustee de contourner les règles AML pour bénéficier rapidement et sans contrainte majeure des sommes déposées dans le trust, sans que leur provenance soit discutée. Une vigilance accrue doit également être observée par rapport aux trusts dont le *settlor* est également le bénéficiaire.

Dans cette perspective et sans prétendre à une quelconque exhaustivité quant aux trusts suspects par nature (*in abstracto*), nous pouvons citer principalement les trusts suivants : *Offshore trust*, *revocable trust*, *unit trust*, *discretionary trust* et *resulting trust*. En effet, tant leur mode de constitution en toute discrétion que leur fonctionnement peuvent laisser craindre une violation des règles AML.

Prenons tout d'abord les *offshore trusts*. Ce type de trust se caractérise *stricto sensu* par le fait que le constituant se trouve dans un autre pays que le pays où le trust est localisé. Plus généralement, de tels trusts sont le plus souvent localisés dans des paradis fiscaux, démontrant

²¹ A public trust (also called a charitable trust) has some charitable end as its beneficiary. In order to qualify as a charitable trust, the trust must have as its object certain purposes such as alleviating poverty, providing education, carrying out some religious purpose, etc. The permissible objects are generally set out in legislation, but objects not explicitly set out may also be an object of a charitable trust, by analogy. Charitable trusts are entitled to special treatment under the law of trusts and also the law of taxation.

²² A spendthrift trust is a trust put into place for the benefit of a person who is unable to control their spending. It gives the trustee the power to decide how the trust funds may be spent for the benefit of the beneficiary.

²³ A trust that uses distributions from income or principal as an incentive to encourage or discourage certain behaviors on the part of the beneficiary. The term "incentive trust" is sometimes used to distinguish trusts that provide fixed conditions for access to trust funds from discretionary trusts that leave such decisions up to the trustee.

²⁴ The trust is empty at creation during life and the will transfers the property into the trust at death. This is a statutory trust.

²⁵ A trust created in an individual's will is called a testamentary trust. Because a will can become effective only upon death, a testamentary trust is generally created at or following the date of the settlor's death.

²⁶ A post mortem trust constituted externally from a will but imposing obligations as a trustee on one, or more, legatees of a will.

²⁷ also known as a Generation-skipping trust. A type of trust in which assets are passed down to the grantor's grandchildren, not the grantor's children. The children of the grantor never take title to the assets. This allows the grantor to avoid the estate taxes that would apply if the assets were transferred to his or her children first. Generation-skipping trusts can still be used to provide financial benefits to a grantor's children, however, because any income generated by the trust's assets can be made accessible to the grantor's children while still leaving the assets in trust for the grandchildren.

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

ainsi *de facto* une volonté du *settlor*, qui souvent est aussi le bénéficiaire, d'échapper à l'impôt et peut-être aussi de dissimuler l'origine des fonds.

Quant aux *revocable trusts*, le *settlor* conserve toute latitude de modifier, à tout moment, les termes du trust, de révoquer le transfert de propriété. Dans cette hypothèse, le constituant a un accès inconditionnel aux fonds.

Le *resulting trust*, se rapproche de la catégorie précédente. Un tel trust est présumé (*implied trust*) dans deux cas : d'une part suite à la défaillance d'un trust volontaire où le *settlor* redevient titulaire des fonds, et d'autre part lorsqu'une somme d'argent est remise à une personne sans qu'il y ait d'intention libérale. Cette personne devient alors *trustee* du déposant. C'est surtout ce deuxième cas qui nous intéresse ici, car il permet la mise en place de trusts informels sur la base de transferts physiques de valises d'argent.

Enfin, le *unit trust* est une forme de trust qui octroie des parts (ou unités) aux bénéficiaires qui reçoivent un paiement du *trustee* en fonction de leurs parts. Ce type de trust sert pour des investissements collectifs empruntant certaines de ses caractéristiques au droit des sociétés. Ici le constituant est aussi le plus souvent le bénéficiaire.

Le *discretionary trust* est une structure dans laquelle les bénéficiaires ne sont pas identifiés nominativement dans l'acte constitutif. Ces bénéficiaires sont simplement déterminables selon les critères fixés dans l'acte constitutif.

3 L'accès aux fonds

Dans la mesure où le critère de vigilance retenu repose essentiellement sur le fait que le constituant est également le bénéficiaire du trust, ou du moins qu'il a conservé une maîtrise des fonds, il est impératif pour le respect des règles d'AML que tant l'origine que la destination finale des fonds soient vérifiées. La lecture de l'acte de constitution devrait permettre cette vérification, ou à défaut une déclaration circonstanciée du *trustee*, détenteur

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

des biens. La Convention de Diligence des Banques (CDB)²⁸ suisses donne ainsi un certain nombre d'indications sur comment lever l'anonymat entourant la provenance et la destination des fonds.

3.1 La levée de l'anonymat

Lorsqu'une relation contractuelle impliquant un trust se noue avec une banque ou un autre intermédiaire financier, le cocontractant de l'institution financière est le *trustee*. Les règles KYC s'appliquent pleinement à son égard et en particulier :

- le *trustee* doit être identifié et la banque doit obtenir la confirmation qu'il agit en tant que tel (art. 3 LBA ; §15 CDB 08).²⁹
- Le *trustee* doit confirmer qu'il est autorisé à établir la relation d'affaires au nom du trust auprès de la banque.³⁰
- L'ayant-droit économique doit également être identifié (art. 4 LBA ; art. 3 CDB 08). En principe, l'ayant droit économique est le bénéficiaire.
- Dans le cas particulier où l'ayant droit économique est le *settlor* : soit parce que le *settlor* s'institue lui-même bénéficiaire soit lorsqu'il s'agit d'un trust révocable (le *settlor* étant la personne habilitée à révoquer le trust, il est désigné comme ayant droit économique³¹, art. 53 al. 2 OBA-FINMA ; §44 CDB 08).
- Cependant, s'il n'y a pas d'ayant droit déterminé (trust discrétionnaire), une déclaration écrite confirmant cet état de fait doit être exigée du cocontractant (le *trustee*), en lieu et place de l'identification de l'ayant droit économique (art. 53 al. 1 OBA-FINMA ; §43 CDB 08). Cette déclaration doit en outre indiquer le fondateur effectif (et non pas fiduciaire) ainsi que, se elles peuvent être déterminées, les personnes habilitées à donner des instructions au cocontractant ou à ses organes et le cercle des personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires (ex. membres de la famille du fondateur).

²⁸ GILLARD Y., IKONOMIDI BLASIIUS M., Guide CDB 08, Commentaire et jurisprudence, Publications Académie et Finance, Genève 2009.

²⁹ LOMBARDINI, p. 1018; Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (Commentaire CDB 08), §15.

³⁰ Commentaire CDB 08, §15.

³¹ Commentaire CDB 08, §44.

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

- Lorsqu'il s'agit d'un *trust mixte* (combinaison de trusts discrétionnaire et non discrétionnaire), tous les ayants droits économiques doivent être enregistrés, les personnes déterminées nommément et les personnes simplement déterminables au moyen des critères de détermination (par exemple, descendant de la famille X)³².

3.2 Le sort des fonds de provenance illicite

Le sort des fonds de provenance illicite n'obéit pas à des règles particulières en matière de trusts et ce sont les solutions de droit commun qui doivent s'appliquer : blocage des fonds, confiscation, restitution, etc.

Informations complémentaires : Définition de la notion de « personne exposée politiquement » (PEP)

Sur le plan international

Les normalisateurs internationaux convergent sur la définition de PEP faite par le GAFI³³. Selon le GAFI, une personne politiquement exposée « est une personne qui exerce ou a exercé d'importantes fonctions publiques dans un pays étranger ; par exemple, de chef d'État ou de gouvernement, de politiciens de haut rang, de hauts responsables au sein des pouvoirs publics, de magistrats ou militaires de haut rang, de dirigeants d'une entreprise publique ou de responsables de parti politique. Les relations d'affaires avec les membres de la famille d'une personne politiquement exposée ou les personnes qui lui sont étroitement associées présentent, sur le plan de la réputation, des risques similaires à ceux liés aux personnes

³² Idem, §43.

³³ GREENBERG, p. 18.

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

politiquement exposées elles-mêmes. Cette expression ne couvre pas les personnes de rang moyen ou inférieur relevant des catégories mentionnées ci-dessus »³⁴.

Toutefois, à part ce terrain d'entente, on ne trouve aucune définition uniforme ni d'exigences précises dans les standards internationaux et les notes interprétatives³⁵. Les définitions divergentes qui en découlent provoquent inévitablement confusion et difficultés supplémentaires³⁶. De plus, le défaut de définition claire et précise peut être utilisé par les juridictions, les autorités de régulations ou par les banques comme prétexte de leur mauvaise application des recommandations du GAFI³⁷.

Wolfsberg Group a développé des critères qui aident à interpréter la notion de PEP³⁸. Selon ce dernier, le terme doit inclure les personnes dont l'activité actuelle ou passée (un an après l'abandon des fonctions) consiste en des fonctions publiques importantes au sein de l'État, et dont l'activité peut attirer la publicité hors des frontières du pays concerné et dont la situation financière peut être sujette à un intérêt particulier pour le public. Dans des cas spécifiques, les facteurs locaux du pays concerné (tel l'environnement politico-social) doivent être considérés lorsque l'on détermine si la personne relève de la définition de PEP. Il précise également la notion de « proches parents » et d'« étroitement associé ». Sont des « proches parents » le conjoint, les enfants, les parents, les frères et sœurs voire d'autres parents plus éloignés de la PEP³⁹. Une personne est « étroitement associée » à une PEP si elle est un collègue proche ou un conseiller personnel de la PEP⁴⁰.

Lorsque des institutions financières sont en présence d'une PEP, la recommandation 6 du GAFI prévoit que ces dernières doivent prendre des mesures de surveillance accrue. Elles doivent :

³⁴ http://www.fatf-gafi.org/glossary/0,3414,fr_32250379_32236930_35433775_1_1_1_1,00.html#p

³⁵ GREENBERG, p. 18.

³⁶ <http://www.wolfsberg-principles.com/faq-persons.html>

³⁷ GREENBERG, p. 25.

³⁸ Ibidem.

³⁹ <http://www.wolfsberg-principles.com/faq-persons.html> ; <http://www.worldcompliance.com/en/content/global-pep-list.aspx>

⁴⁰ <http://www.wolfsberg-principles.com/faq-persons.html>

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

- Disposer de système de gestion des risques adéquats afin de déterminer si le client est une personne politiquement exposée ;
- Obtenir l'autorisation de la haute direction avant de nouer une relation d'affaires avec ces clients ;
- Prendre toutes les mesures raisonnables pour identifier l'origine du patrimoine et l'origine des fonds ;
- Assurer une surveillance renforcée et continue de la relation d'affaires.

En Suisse

En Suisse, la notion de « personne exposée politiquement » (PEP) est définie à l'art. 2 lit. a OBA-FINMA.

Sont des personnes politiquement exposées :

- a. les personnes suivantes qui occupent des fonctions publiques importantes à l'étranger: les chefs d'État ou de gouvernement, les politiciens de haut rang au niveau national, les hauts fonctionnaires de l'administration, de la justice, de l'armée et des partis au niveau national, les plus hauts organes des entreprises étatiques d'importance nationale,
- b. les entreprises et les personnes qui, de manière reconnaissable, sont proches des personnes précitées pour des raisons familiales ou personnelles ou pour des raisons d'affaires.

Partant, force est de constater que⁴¹ :

- les PEP suisses ne sont pas des PEP au sens de l'OBA-FINMA ;
- les PEP qui ne sont plus en fonctions ne sont plus des PEP au sens de l'OBA-FINMA (toutefois, la relation peut être à risque accru pour d'autres motifs) ;
- les PEP qui sont actifs au niveau régional mais pas au niveau national ne sont pas des PEP au sens de l'OBA-FINMA ;

⁴¹ LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, p. 1036.

LES TRUSTS ET L'ARGENT DES PEP

- tout PEP qui correspond à la définition de l'OBA-FINMA est considéré comme tel, même s'il n'est pas actif dans un pays considéré comme étant notoirement corrompu.

Si une personne remplit les critères exposés à l'art. 2 lit. a OBA-FINMA, la relation contractuelle doit être admise par la direction de l'intermédiaire financier à son plus haut niveau ou par l'un de ses membres⁴² (art. 18 lit. a OBA-FINMA). Cette haute direction doit revoir ces relations chaque année et décider si elle les conserve⁴³. De plus, les relations d'affaires avec des PEP devant être considérées dans tous les cas comme des relations d'affaires à risques accrus (art. 12 al. 3 OBA-FINMA), les intermédiaires financiers doivent entreprendre des clarifications complémentaires. Ils doivent notamment déterminer l'origine des valeurs patrimoniales remises, à quelle fin les valeurs patrimoniales prélevées sont utilisées, quel est l'arrière-plan économique des versements entrants importants et si ceux-ci sont plausibles, quelle est l'origine de la fortune du cocontractant et de l'ayant droit économique, et enfin quelle activité professionnelle ou commerciale exercent le cocontractant et l'ayant droit économique (art. 14 al. 2 OBA-FINMA).

⁴² FINMA, Rapport succinct sur les Obligations de diligence des banques suisses en relation avec les valeurs patrimoniales de « personnes politiquement exposées », §2.7.

⁴³ LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, p. 1036.