

LE BANQUIER LUXEMBOURGEOIS FACE À L'AYANT DROIT ÉCONOMIQUE

Myriam Pierrat

Pit Reckinger

*Avocats à la Cour
Elvinger Hoss & Prussen*

Introduction	666
Partie I: L'ayant droit économique: une notion protéiforme née de l'imagination des économistes	669
La genèse: de l'identification du client à l'identification de l'ayant droit économique	669
Le banquier, l'ayant droit économique et la réglementation relative au blanchiment	672
(i) Le client, personne physique	674
(ii) Le client, personne morale	676
(iii) Le client, trust ou fondation	679
Le banquier, l'ayant droit économique et la réglementation fiscale	679
(i) Les règles américaines du « <i>Qualified Intermediary</i> »	680
(ii) La directive européenne visant à garantir une imposition à l'intérieur de la Communauté des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts	681
Partie II: L'ayant droit économique: un régime circonscrit par la rigueur des juristes	684
La qualification et les conséquences du non-respect de l'obligation d'identification	684
(i) Obligation d'identification: obligation de moyens	684
(ii) Sanctions de l'inexécution de l'obligation d'identification	687
Les conséquences de l'identification de l'ayant droit économique sur ses relations avec le banquier	690
(i) Y a-t-il une relation juridique entre le banquier et l'ayant droit économique?	690

(ii) Que doit faire le banquier en cas de changement d'ayant droit économique ?	692
(iii) Le banquier est-il supposé répondre aux demandes de délivrance d'extraits bancaires ou aux demandes de renseignements que pourrait lui faire l'ayant droit économique d'un compte ?	692
(iv) En cas de perte importante due à la gestion d'un compte, le banquier est-il tenu d'en informer son ayant droit économique ? ...	695
Les conséquences de l'identification de l'ayant droit économique sur les relations du banquier avec les tiers : cas du séquestre ou de la saisie, entre les mains du banquier, de biens détenus pour l'ayant droit économique	696
Conclusion	700

Introduction¹

21-1. « Ayant droit économique », « bénéficiaire réel », « bénéficiaire effectif », « *beneficial owner* » (« propriétaire/bénéficiaire »), « *underlying promotor* », « propriétaire ultime », etc.

Voilà une série de vocables² auxquels nous avons été confrontés au fil de l'analyse de notre sujet. S'agit-il de concepts différents ayant chacun une signification particulière ou faut-il comprendre toutes ces désignations comme relevant d'une seule et même acception ?

La doctrine est unanime : l'ayant droit économique est « une créature aux contours mal définis »³, « un concept à géométrie variable »⁴.

Ce constat s'explique.

21-2. Tout d'abord, la notion d'ayant droit économique a des sources multiples.

Pour le professionnel du secteur financier (établissement de crédit, autres professionnels du secteur financier et organismes de placement collectif), le premier

¹ Dans le présent article, celui que nous désignons le plus souvent par « banquier » est à entendre dans le sens plus large de « professionnel du secteur financier » (organismes de placement collectif compris), la législation s'y appliquant indistinctement, sous réserve du fait que certains développements ne concernent que ceux de ces professionnels qui reçoivent en dépôt des avoirs de leurs clients (par exemple le dernier chapitre traitant des effets pour l'ayant droit économique en cas de saisie sur le compte du client).

² Nous avons choisi d'utiliser le terme « ayant droit économique » utilisé par l'autorité de surveillance dans ses circulaires relatives à la lutte contre le blanchiment et repris de la directive blanchiment 91/308/CEE.

³ G. STANISLAS, « Ayant droit économique et droit civil : le devoir de renseignement de la banque », *Semaine judiciaire*, décembre 1999, n° 16.

⁴ S. MATTHEY, « La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse, » in *Mélanges « Freiheit und Ordnung in Kapitalmarktrecht » en l'honneur de Jean-Paul Chappuis*, p. 2 et s.

domaine qui le renvoie à cette notion est celui des règles concernant la connaissance de ses clients, c'est-à-dire des règles relatives à la lutte contre le blanchiment de l'argent.

Mais il y a d'autres sources : le banquier est également confronté à cette notion dans le cadre du droit fiscal. En effet, il est amené à procéder pour compte d'États à des retenues d'impôts. Ou encore, il demande, pour compte de clients, l'application de conventions contre la double imposition. Il doit ainsi appréhender la notion d'ayant droit économique au regard de dispositions issues des réglementations fiscales nationale, européenne ou internationale.

21-3. L'absence de caractère univoque de la notion d'ayant droit économique se trouve amplifiée par le fait que ces différentes sources poursuivent des objectifs divergents.

Dans la lutte contre le blanchiment, l'objectif est la prévention. Aussi la notion d'ayant droit économique se doit-elle d'être générale, de façon à pouvoir englober « tous » les cas de figure imaginables et aboutir, par le biais de l'obligation de dénonciation, à une lutte efficace contre la criminalité.

Pour le droit fiscal, l'objectif est l'imposition effective de situations fiscales particulières. Aussi la notion de « bénéficiaire économique »⁵ entre-t-elle, en principe, dans ce contexte, dans un cadre plus rigide, pour s'appliquer à des catégories de personnes spécifiquement désignées (personnes morales ou personnes physiques, résidentes ou non résidentes, etc.).

Bien qu'issus d'une idée directrice commune (ignorer l'apparence [juridique] et rechercher la réalité [économique]), les concepts d'ayant droit ou de bénéficiaire ont reçu des définitions ponctuelles différentes selon le domaine qui se l'est approprié.

21-4. Actuellement, c'est de plus en plus souvent, et avec de plus en plus de pression, que ce concept s'impose au professionnel du secteur financier. Ce dernier est aujourd'hui considéré comme un instrument de répression nécessaire de la grande criminalité ou un organe commode de collecte d'impôt.

Ce nouveau rôle lui impose de comprendre la notion d'ayant droit économique, afin de permettre qu'y soient appliquées les conséquences voulues par le législateur, ceci en fonction de l'objectif du domaine dans lequel elles sont mises en œuvre.

21-5. Au niveau politique, et pour ce qui est du domaine qui nous intéresse plus particulièrement, celui de la lutte contre le blanchiment d'argent, l'objectif fut posé en ces termes par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe :

⁵ Les termes « bénéficiaire économique » ou *beneficial owner* sont, plutôt que celui d'« ayant droit économique », ceux que préfèrent les fiscalistes, .

« Convaincu que, dans cette stratégie globale, le système bancaire peut jouer un rôle préventif très efficace, sa collaboration contribuant en outre à la répression de ces actes criminels par les autorités de justice et de police compétentes ; Convaincu de l'importance qui doit être attachée à ce que les établissements bancaires connaissent effectivement les personnes avec lesquelles ils sont en relation [...] »⁶.

21-6. La pression sur les banquiers est particulièrement forte dans les pays qui, comme le Luxembourg, connaissent un secret bancaire ferme. C'est en effet surtout dans ces pays que la vigilance du professionnel concerné se doit d'être exemplaire. Bon nombre de zéloteurs de la suppression du secret bancaire n'attendent qu'une faille du système pour s'attaquer avec plus de vigueur à ce pilier du domaine bancaire luxembourgeois.

21-7. Ainsi, sans trop se soucier des desiderata du banquier, lui impose-t-on de rechercher, demander et obtenir informations et documents. On l'astreint également à l'examen des renseignements obtenus et à une correcte application de principes qui restent mal définis. L'objectif que nous nous sommes fixés est de contribuer, par cette étude, à éclairer le banquier sur cette notion mystérieuse.

21-8. Le banquier, après avoir correctement identifié l'ayant droit économique, pourra se trouver confronté, pendant le fonctionnement du compte, à un ayant droit économique qui lui réclamera une reddition de compte, lui reprochera la mauvaise exécution d'un ordre ou s'immiscera dans la gestion du compte. Cette étude vise également à lui fournir des réponses à ces interrogations quotidiennes.

21-9. Dans ce contexte incertain, nous aborderons notre sujet comme suit. Dans une première partie, nous décrirons la genèse de l'obligation d'identification de l'ayant droit économique. Nous tâcherons ensuite, aussi bien au regard des règles de lutte contre le blanchiment qu'au regard de certaines dispositions fiscales, d'en déterminer et définir les différents concepts, tels qu'ils se présentent au professionnel du secteur financier luxembourgeois.

Dans une deuxième partie, nous nous attacherons à l'étude des obligations du banquier. Nous procéderons à la qualification de l'obligation d'identification et énoncerons les sanctions qui sont attachées au non-respect de ces règles. Nous tâcherons, au-delà, de déterminer les effets de l'identification, en particulier au regard des relations entre le banquier et l'ayant droit économique afin de déterminer s'il existe, éventuellement, dans certains domaines, une obligation du banquier vis-à-vis de l'ayant droit économique.

⁶ Recommandation n° R (80) 10 aux États membres relative aux mesures contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux d'origine criminelle du 27 juin 1980.

PARTIE I

L'ayant droit économique : une notion protéiforme née de l'imagination des économistes

La genèse : de l'identification du client à l'identification de l'ayant droit économique

21-10. L'obligation pour le banquier d'identifier ses clients est ancienne.

L'on retrouve sa première trace dans un contexte spécifique, celui de la perte de titres au porteur.

La loi du 16 mai 1891 sur la perte des titres au porteur (aujourd'hui abrogée et remplacée) obligeait les agents de change, banquiers et autres intermédiaires de vente de valeurs mobilières à inscrire « les noms, demeures et professions » des clients pour lesquels ils intervenaient dans des transactions d'achat ou de vente de valeurs mobilières.

De façon plus générale, l'obligation du banquier d'identifier le client trouve son origine plutôt dans le droit fiscal que dans les dispositions – modernes – relatives au blanchiment d'argent.

Ainsi, d'après le § 163 de l'*Abgabenordnung*, en vigueur depuis 1940, les comptes anonymes ou fonctionnant sous une dénomination de fantaisie sont interdits :

« (1) Niemand darf auf einen falschen oder erdichteten Namen für sich oder einen anderen ein Konto errichten oder Buchungen vornehmen lassen, Wertsachen (Wertpapiere, Geld oder Kostbarkeiten) offen oder verschlossen hinterlegen oder verpfänden oder sich ein Schließfach geben lassen [...]

(2) Wird die Errichtung eines Kontos, die Annahme von Wertsachen zur Hinterlegung oder Verpfändung oder die Überlassung eines Schließfachs beantragt, so hat sich die Bank, [...] über die Person des Verfügungsberechtigten zu vergewissern [...] ».

Par ailleurs, la loi du 28 janvier 1948 sur la juste et exacte perception des droits d'enregistrement dispose, en son article 30, toujours en vigueur, que :

« [...] les banquiers, agents de change [...] sont tenus [...], lorsqu'ils en sont requis par les fonctionnaires désignés par le directeur de l'enregistrement et des domaines, de leur fournir tous renseignements en leur possession, de leur communiquer sans déplacement tous actes, pièces, registres et documents quelconques qu'ils détiennent et dès lors de leur laisser prendre tout renseignement, copie ou extrait que lesdits fonctionnaires jugent nécessaires pour assurer l'établissement ou la perception des droits d'enregistrement, de succession, d'hypothèque et de timbres exigibles à leur charge ou à la charge de tiers. »

Alors que l'article 163 précité contient une obligation expresse de s'assurer de l'identité de la personne ayant signature sur le compte, la loi de 1948 « présume que le banquier a connaissance de l'identité de son client »⁷.

21-11. De la lecture des textes de loi précités, l'on déduit que le banquier et les professionnels concernés, à l'origine, n'avaient à se fier qu'aux apparences, et non à la réalité économique.

Pourtant, en parallèle, s'était développé un usage parmi les banquiers de vérifier qui était le bénéficiaire économique de la contrepartie avec laquelle il traitait. Cet usage découlait de la nature des contrats bancaires, conclus *intuitu personae*, ou encore des règles de prudence élémentaire consistant, dans le cadre, par exemple, d'un dossier crédit, à examiner la « crédibilité de l'emprunteur »⁸.

21-12. C'est en 1989, sur base des recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (« GAFI »)⁹, que, par réglementation, « l'obligation de vérifier l'identité est étendue aux ayants droit économiques pour compte desquels certains clients agissent¹⁰ ». Et c'est à cette date que la législation luxembourgeoise a érigé en infraction pénale particulière, le délit de blanchiment d'argent provenant du trafic de la drogue.

L'autorité de surveillance du secteur financier, alors Institut Monétaire Luxembourgeois, a ainsi consacré dans sa circulaire IML 89/57 l'usage qui s'était développé dans la pratique bancaire, couvrant, par sa réglementation, le secteur financier tout entier.

Depuis lors, la connaissance du client ne doit plus se limiter à la connaissance de l'identité de celui-ci : tout professionnel du secteur financier est aujourd'hui tenu d'aller plus loin, « au-delà de l'apparence », au-delà de la relation juridique qui le lie à son client : du titulaire du compte vers son véritable ayant droit économique.

Au cours des années quatre-vingt-dix, l'obligation de connaître l'ayant droit économique s'est concrétisée, étendue, renforcée. Le GAFI a, en 1990, établi quarante recommandations, adoptées depuis lors par plus de cent trente pays, dont deux plus particulièrement relatives à l'identification des clients et des

⁷ R. BREINIGER, J. DELVAUX, A. WILDGEN, « Commentaire de la loi du 7 juillet 1989 contre le blanchiment d'argent provenant du trafic de la drogue », *Bull. Droit et Banque*, n° 17, p. 17.

⁸ R. BREINIGER, J. DELVAUX, A. WILDGEN, *op. cit.*

⁹ Le GAFI a été créé par les chefs d'État et de gouvernement des sept principaux pays industrialisés ainsi que par la présidence de la Commission des Communautés Européennes lors de leur sommet annuel à Paris en juillet 1989.

¹⁰ J. GUILL, « Législation internationale et luxembourgeoise sur le blanchiment d'argent », in *Droit bancaire et financier au Grand-Duché de Luxembourg*, 1994, p. 551-588.

ayants droit économiques, les recommandations 10 et 11. Ces recommandations prévoyaient, dans la teneur de la version 1996¹¹ :

« *Recommandation 10*

Les institutions financières ne devraient pas tenir de comptes anonymes, ni de comptes sous des noms manifestement fictifs : elles devraient être tenues (par des lois, des règlements, des accords entre autorités de contrôle et institutions financières, ou par des accords d'autodiscipline entre institutions financières) d'identifier, sur la base d'un document officiel ou d'une autre pièce d'identité fiable, leurs clients habituels ou occasionnels, et d'enregistrer cette identité, lorsqu'elles nouent des relations d'affaires ou effectuent des transactions (en particulier lorsqu'elles ouvrent des comptes ou des livrets, lorsqu'elles réalisent des transactions fiduciaires, lorsqu'elles louent des coffres, lorsqu'elles procèdent à des transactions importantes en espèces) [...] » ;

« *Recommandation 11*

Les institutions financières devraient prendre des mesures raisonnables pour obtenir des informations sur l'identité véritable des personnes dans l'intérêt desquelles un compte est ouvert ou une transaction est effectuée, s'il y a le moindre doute sur le fait que ces clients pourraient ne pas agir pour leur propre compte, par exemple dans le cas de sociétés de domicile (c'est-à-dire des institutions, des sociétés, des fondations, des fiducies, etc., qui ne se livrent pas à des opérations commerciales ou industrielles, ou à toute autre forme d'activité commerciale, dans le pays où est situé leur siège social). »

21-13. Parallèlement à l'action du GAFI, le Conseil des Communautés européennes, estimant que « faute d'une action communautaire contre le blanchiment de capitaux, les États membres pourraient être amenés, pour protéger leur système financier, à adopter des mesures qui risqueraient d'être incompatibles avec l'achèvement du marché unique », a adopté, en 1991, une directive 91/308/CEE (modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001), relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, directive destinée à lutter, autrement que par la voie pénale, contre le crime organisé en général et le trafic de stupéfiants en particulier.

Selon l'exposé des motifs de la directive :

« Pour éviter que les blanchisseurs de capitaux ne tirent profit de l'anonymat pour se livrer à leurs activités criminelles, il est nécessaire de veiller à ce que les établissements de crédit et les institutions financières exigent l'identification de leurs clients lorsqu'ils nouent des relations d'affaires avec eux ou effectuent des transactions dépassant certains seuils ; [...] cette mesure doit également être étendue, autant que possible, aux ayants droit économiques. »

¹¹ Ces recommandations ont fait l'objet de modifications en 2003. Voy. site www.fatf-gafi.org pour leur teneur actuelle.

21-14. L'exigence de la directive qui étend l'obligation d'identification du client à l'ayant droit économique a été reprise en termes quasi identiques dans la loi du 5 avril 1993.

Selon l'article 39 (1) de la loi :

« Un établissement de crédit ou un autre professionnel du secteur financier est obligé d'exiger l'identification de ses clients moyennant un document probant lorsqu'il noue des relations d'affaires, en particulier lorsqu'il ouvre un compte ou des livrets, ou offre des services de garde des avoirs. »

En son article 39 (3), elle dispose que :

« En cas de doute sur le point de savoir si les clients dont l'identification est exigée agissent pour leur propre compte ou en cas de certitude qu'ils n'agissent pas pour leur propre compte, les établissements de crédit et les autres professionnels du secteur financier prennent des mesures raisonnables en vue d'obtenir des informations sur l'identité réelle des personnes pour le compte desquelles ces clients agissent. »

L'identification de l'ayant droit économique (qui avait trouvé ses origines surtout dans le domaine fiscal) devient ainsi la pierre angulaire de la lutte contre le blanchiment de l'argent. Elle est l'élément crucial permettant de détecter les indésirables du secteur financier.

21-15. Nous voilà déjà entrés dans le premier domaine dans lequel le banquier se trouve aujourd'hui aux prises avec la notion, au premier abord familière, mais sans doute inégalement appréhendée, de l'ayant droit économique.

Le banquier, l'ayant droit économique et la réglementation relative au blanchiment

21-16. Pour le banquier luxembourgeois, l'obligation de procéder à l'identification de l'ayant droit économique découle aujourd'hui de l'article 39 (3), précité, de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier. D'après ce texte, outre l'obligation de connaître ses clients, le banquier a celle de « prendre des mesures raisonnables » pour identifier les « personnes pour le compte desquelles ces clients agissent », s'il a le moindre doute – et *a fortiori* la certitude – sur le point de savoir si ses clients n'agissent pas réellement pour leur propre compte. L'autorité de surveillance, dans sa circulaire relative à la lutte contre le blanchiment et la prévention de l'utilisation du secteur financier à des fins de blanchiment¹², a repris les termes de l'exposé des motifs de la directive 91/308/CEE précitée et utilisé le vocable « ayant droit économique ».

¹² Circulaire IML 94/112 du 25 novembre 1994.

Sur la base de ces textes, il est dès lors permis de définir l'ayant droit économique comme « la personne pour compte de laquelle le client agit ».

L'article 39 (3) oblige tout banquier ainsi que tout autre professionnel du secteur financier à procéder à l'identification de l'ayant droit économique de la même manière qu'il le fait pour le client, titulaire du compte, et suivant les mêmes modalités. Le fait que la loi fasse allusion à l'identité « réelle »¹³ en évoquant l'ayant droit économique ne doit pas être compris comme faisant obligation absolue au banquier d'établir la réalité de la situation, de découvrir la vérité. Il s'agit, tant pour le titulaire du compte que pour son ayant droit économique, de la même obligation : l'identification, c'est-à-dire l'établissement d'une identité.

Mais l'identité de qui, exactement ?

21-17. La loi sur le secteur financier se contente d'introduire une « définition » vague, calquée sur celle de la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux¹⁴ : celui pour compte duquel le titulaire agit.

Et contrairement à ce que le banquier aurait pu escompter, ni la circulaire 94/112 de l'autorité de surveillance, précitée ni l'une de ses circulaires subséquentes relatives au blanchiment la complétant¹⁵, n'a essayé de préciser cette notion ou tenté de l'appliquer à des cas concrets.

La circulaire 94/112 s'est contentée d'énumérer quelques cas où un doute sur le point de savoir si le client agit pour son propre compte peut être légitime, à savoir ceux où le client est une personne morale intermédiaire ou susceptible de former écran, en citant holding, Anstalt, trust, etc. Ces cas ne prêtent guère à discussion !

Pour le surplus, la seule indication pouvant servir de guide au banquier est celle que lui donne l'annexe de la circulaire 94/112, qui énumère les indices pouvant lui permettre de détecter une éventuelle opération de blanchiment.

21-18. Ainsi, le professionnel se voit imposer par la loi bancaire et la réglementation y relative, l'obligation d'identifier l'ayant droit économique d'un compte sans qu'il sache très bien quelle personne est visée par ces termes.

Il est cependant primordial pour chaque professionnel concerné de cerner ses obligations, dès lors que leur simple méconnaissance est sanctionnée par une amende pénale¹⁶.

¹³ Terminologie utilisée par l'article 39 (3) par opposition à l'article 39 (1), qui parle simplement de « l'identification des clients ».

¹⁴ Directive modifiée en dernier lieu par la directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001, *J.O.C.E.* L 344 du 28 décembre 2001.

¹⁵ Voy. site www.cssf.lu pour la liste complète des circulaires.

¹⁶ Article 64 (2) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier et sub 21-47 ci-après.

21-19. Pour être en mesure d'honorer son obligation d'identification, le banquier agira au cas par cas et pourra s'appuyer, notamment, sur la documentation émanant du GAFI¹⁷. Nous nous sommes essayés à l'exercice pour les quelques situations qui se présentent le plus fréquemment :

(i) *Le client, personne physique*

21-20. Lorsqu'une personne physique ouvre un compte auprès d'une banque, le banquier doit s'assurer tout d'abord de la question de savoir si cette personne agit ou non pour son propre compte. En principe, les documents d'ouverture de compte des banques luxembourgeoises posent cette question précise au client, qui est tenu de confirmer qu'il est bien l'ayant droit économique du compte, c'est-à-dire que les avoirs qui transitent par son compte sont bien ses propres avoirs.

Le banquier ne doit, de toute évidence, pas en rester là. D'après la circulaire 94/112, il doit obtenir « l'assurance écrite et crédible » que le client agit pour son propre compte. Il est donc tenu de vérifier, par des questions précises au client, si ses déclarations au regard des circonstances sont vraisemblables (ou crédibles). La détermination de l'ayant droit économique est ainsi intimement liée à la question de la détermination de l'origine des fonds qui seront déposés sur le compte.

S'il a des doutes, l'article 39 (3) précité l'oblige à les lever. Curieusement, ainsi que relevé ci-dessus, ni la loi ni les circulaires CSSF ne donnent une explication quelconque de ce qu'il faut entendre par « agir pour compte d'une autre personne ». Les termes sont repris tels quels de la directive 91/308/CEE.

21-21. Sous l'angle du droit civil, le concept est restrictif. La formulation rappelle, notamment, le contrat de mandat. Mais s'en tenir à une interprétation aussi stricte des termes utilisés contreviendrait à l'objectif de la législation anti-blanchiment. Il s'agit de prévenir la délinquance ; le concept se doit, dès lors, de pouvoir englober maintes situations juridiques imaginables. L'interprétation strictement civiliste est donc à rejeter.

Le GAFI élargit la notion en posant des critères plus vagues, tels que « la personne dans l'intérêt de laquelle le compte est ouvert », « la personne qui a le contrôle ultime des avoirs sur le compte ».

À notre avis, il n'y a pas d'autre solution que d'accepter le fait que cette notion est, juridiquement, vague et mal définie. Sa définition sera dictée par ses objectifs.

¹⁷ Voy. notamment révision des quarante recommandations du GAFI, documents consultatifs 30 mai 2002, et rapport OCDE 2002, *Au-delà des apparences – L'utilisation des entités juridiques à des fins illicites* ; voir aussi note de bas de page 47 ci-après.

En pratique, le professionnel devra, en premier lieu, essayer d'obtenir l'assurance crédible que le client, personne physique, agit pour son propre compte. Il contrôlera l'origine des fonds et vérifiera la situation de fait telle qu'elle lui est décrite.

C'est par le biais de questions au client, relatives, notamment, à l'origine des fonds et à sa propre identification, que le banquier devra déterminer qui est la personne de l'ayant droit économique. S'il n'y parvient pas, et garde le moindre doute, il devra s'abstenir de traiter avec la personne qui le lui demande.

21-22. La circulaire IML 94/112 recommande au banquier d'obtenir une déclaration de l'ayant droit économique lui-même¹⁸. Cette déclaration peut prendre la forme d'une déclaration sur un formulaire préétabli de la banque, mais pourrait tout aussi bien ressortir de documents contractuels. Ainsi, si le client est le mandataire, il pourra présenter son mandat. De même, un contrat de portage ou de prête-nom pourra satisfaire le banquier.

Cette déclaration de l'ayant droit économique n'est cependant pas nécessaire dans tous les cas. Le banquier en est dispensé, notamment en cas d'intervention préalable d'un professionnel, soumis à obligation d'identification équivalente. Il pourra alors se fier à une déclaration de ce professionnel.

21-23. Ceci dit, le banquier devra dans tous les cas obtenir une pièce de légitimation officielle permettant d'attester l'identité de la personne (par exemple, passeport, carte d'identité, permis de conduire) qui lui aura été désignée comme l'ayant droit économique.

Conformément à la circulaire IML 94/112 le banquier devra aussi, même s'il n'est pas en contact direct avec l'ayant droit économique :

- s'assurer que les documents produits (déclaration du bénéficiaire économique s'il y en a une) se rapportent bien à leur porteur en comparant la signature figurant sur la pièce de légitimation avec celle apposée sur ce document ;
- à moins qu'il n'existe une copie des documents d'identité dans le dossier, reporter les données suivantes sur les documents d'ouverture de compte : nom et prénom de l'ayant droit économique, adresse exacte, profession, numéro de la pièce d'identité¹⁹.

21-24. La banque peut se voir confrontée à des demandes d'entrée en relations d'affaires de la part de personnes, par exemple avocats ou notaires, dont l'activité professionnelle normale ou accessoire implique la conservation de fonds de tiers.

¹⁸ Il est intéressant de noter la différence d'attitude en la matière par rapport à la Suisse. En Suisse, le banquier n'a aucun contact avec l'ayant droit et se fie entièrement aux déclarations du client.

¹⁹ Ces obligations sont dérivées des obligations d'identification des clients telles que précisées par la circulaire IML 94/112.

Pour de telles hypothèses, la Commission de Surveillance du Secteur Financier a, par lettre circulaire du 19 décembre 2001, précisé que la situation au regard de l'identification des ayants droit changeait selon que le compte était utilisé dans le cadre des activités professionnelles normales du client considéré (activités de conseil ou activités de recouvrement) ou que les fonds transitant par ces comptes trouvaient leur origine dans une autre activité professionnelle, non directement liée à leur profession habituelle, comme par exemple la gestion de fonds ou d'autres actifs appartenant à leurs clients, l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion et à la direction de sociétés ou de structures similaires, etc.

Dans le premier cas, le banquier doit, comme pour le client qui déclare agir pour son propre compte, vérifier si les allégations du titulaire du compte sont vraisemblables et s'entourer, le cas échéant, de vérifications ou certifications supplémentaires. Il n'a pas à procéder à l'identification des ayants droit économiques.

Dans le deuxième cas, au contraire, il devra, comme auparavant, procéder à l'identification des ayants droit économiques. Le professionnel, avocat, notaire ou autre, titulaire du compte devra, pour chaque utilisation du compte, lui indiquer l'ayant droit économique et lui fournir les justifications nécessaires quant à l'identité de ce dernier.

(ii) *Le client, personne morale*

21-25. Dans le cas où l'ouverture d'un compte auprès d'une banque luxembourgeoise est le fait d'une société, l'on pourrait penser que le problème de l'ayant droit économique ne se pose pas de la même façon. Il s'agit d'une entité de droit privé, dotée de la personnalité morale, capable, juridiquement, de détenir des avoirs, et qui les utilise dans un but commercial ou civil, conformément à son objet social. Aussi devrait-on supposer que le banquier accomplit ses obligations en se procurant les statuts de la société et un extrait du registre du commerce.

En effet, une société commerciale, à moins d'être utilisée comme « prête-nom » – que ce soit par une ou des personnes physiques ou par une autre personne morale – n'agit pas « pour compte » de ses actionnaires, mais elle agit toujours pour son propre compte. Une application *stricto sensu* du texte de l'article 39 (3) de la loi du secteur financier conduirait à se contenter de cette procédure simplifiée d'identification.

Adopter une telle position serait trop simple... et d'ailleurs contreproductif par rapport à l'objectif de la législation anti-blanchiment.

21-26. La circulaire 94/112, précitée, au lieu d'apporter l'aide voulue au professionnel du secteur financier, aurait plutôt tendance à semer le trouble, dans une matière déjà passablement confuse. Elle énonce, en effet, que « lorsque le professionnel financier a un doute [...] par exemple parce que son client est une *personne morale intermédiaire* ou susceptible de former écran : holding, Anstalt, trust etc. [...] », le banquier doit redoubler de prudence. Mais est-ce à dire qu'une société holding ou une Soparfi ne pourrait jamais être considérée comme l'ayant droit économique d'un compte, et susceptible d'ouvrir ce compte simplement pour elle-même ? Voilà une conception élargie qui s'écarte considérablement de celle – trop restrictive, il est vrai – que donne la loi.

Dans son rapport consultatif de mai 2002, concernant la révision de ses quarante recommandations, le GAFI expose que le concept de l'ayant droit économique, pour les structures sociétaires, est celui du « propriétaire/bénéficiaire ». Il traite « des vrais propriétaires », « de ceux qui contrôlent réellement les actifs », « des ultimes propriétaires ».

Voilà encore des concepts flous, certes adaptés aux objectifs poursuivis, mais qui n'apportent aucune aide concrète.

21-27. La recommandation 11 du GAFI peut peut-être nous conduire à une solution.

Elle suggère que pour déceler une société qui, par hypothèse, n'agirait pas pour son propre compte, l'on pourrait, par exemple, comparer son activité à celle des sociétés de domicile, c'est-à-dire « des institutions, des sociétés, des fondations, des fiducies, etc., qui ne se livrent pas à des opérations commerciales ou industrielles, ou à toute autre forme d'activité commerciale, dans le pays où est situé leur siège social ».

A contrario, le banquier pourrait considérer qu'une société agit pour son propre compte dès lors qu'elle exerce une activité commerciale propre dans son pays d'origine.

Tout comme nous ne pouvons pas souscrire à une interprétation restrictive, purement civiliste, des termes « pour compte de qui le client agit », l'application littérale d'une règle suivant laquelle une société devrait être considérée comme agissant pour son propre compte dès lors qu'elle a une activité commerciale dans son pays d'origine nous paraît trop rigide au vu de l'objectif poursuivi par la réglementation anti-blanchiment.

Il n'en reste pas moins qu'en présence d'une personne morale, le banquier pourra trouver dans l'exercice, par cette personne morale, d'une activité commerciale propre, un indice important – mais peut-être pas toujours suffisant en soi – de ce qu'elle est son propre ayant droit économique.

21-28. Il est généralement admis que pour les sociétés cotées ou les sociétés faisant partie d'un groupe dont la société mère est admise sur une cote officielle, une identification des actionnaires n'est plus requise.

La situation est plus délicate pour le banquier lorsqu'une société non cotée, dont le capital est réparti entre un nombre important d'actionnaires, veut ouvrir un compte. Si la société a en plus une activité commerciale propre, l'on devrait pouvoir considérer qu'elle est elle-même l'ayant droit économique du compte. Mais d'autres indices pourront permettre, le cas échéant, au banquier de renoncer à identifier les actionnaires, notamment en rapprochant ce type de société d'une société cotée : placement dans le public, groupe familial (où, selon les cas, tous les membres de la famille ne doivent pas nécessairement être identifiés), durée d'existence, objet de la société, etc.

Le plus important pour le banquier sera de documenter correctement son dossier afin de pouvoir, le cas échéant, justifier de l'exécution de ses obligations et des modalités de cette exécution.

21-29. Si la société comprend plusieurs actionnaires, dont des actionnaires majoritaires et quelques minoritaires, la question se pose de savoir si le banquier doit identifier tous les actionnaires ou seulement certains d'entre eux. À nouveau, la réglementation existante ne donne aucune réponse. Idéalement, tous les actionnaires devraient être identifiés. En pratique, le banquier peut, à notre avis, renoncer à l'identification de participations considérées comme mineures ou « négligeables ».

21-30. Un problème particulier se pose lorsque les actions sont au porteur. Le GAFI est extrêmement sensible à la question. Dans son document consultatif de mai 2002, précité, il part de l'hypothèse que les institutions financières doivent avoir accès « en temps voulu » à des informations exactes et pertinentes sur les propriétaires/bénéficiaires des sociétés de capitaux lorsque cela s'avère nécessaire. Tout en reconnaissant l'utilité de l'instrument et son intérêt dans un certain nombre de transactions financières (par exemple en matière de sûretés, où leur transport dans une autre juridiction permet de prendre une garantie qui sera plus efficace et, le cas échéant, mieux appréhendée par un banquier prêteur), il estime que la possibilité d'utilisation abusive de celui-ci n'est pas exclue.

Il propose donc certains mécanismes pour contrôler les actions au porteur, comme, par exemple, l'inscription obligatoire à un registre central, leur consignation obligatoire auprès d'un organisme agréé ou la conservation obligatoire par des autorités de réglementation de renseignements sur les personnes physiques qui sont propriétaires/bénéficiaires d'actions au porteur ou, au minimum, sur l'actionnariat qui contrôle la société.

De tels mécanismes obligatoires n'existent pas au Luxembourg. Ce qui reste certain, c'est que le banquier devra, même en présence de titres au porteur, être

en possession des renseignements sur l'ayant droit économique. Il devra lui-même s'assurer qu'il est en permanence en mesure d'exécuter ses obligations professionnelles. En pratique, bon nombre de banques ont recours au dépôt des certificats d'actions dans leurs locaux, de façon à être en mesure, à chaque transfert des actions au porteur, de faire de nouvelles vérifications préalables sur l'ayant droit économique.

(iii) Le client est un trust ou une fondation

21-31. Il arrive également fréquemment que des comptes soient ouverts au nom de ce type de structures. Se présentent alors au banquier le constituant, ou la personne qui établit la structure avec ses propres avoirs, l'agent, c'est-à-dire la personne, structure ou entité, titulaire du compte auprès de la banque, et le bénéficiaire, à savoir la personne désignée par le constituant et qui, *in fine*, est appelée à recevoir tout ou partie des avoirs sur le compte bancaire.

Cette catégorie englobe le contrat fiduciaire de droit luxembourgeois, le trust anglo-saxon, la *stichting* néerlandaise, la fondation suisse ou l'*Anstalt* du Liechtenstein.

En présence de telles structures, la prudence s'impose. Par définition, le fiduciaire ou le trustee ne sont pas les ayants droit des avoirs.

Il appartiendra au banquier confronté à de telles structures d'identifier, en cas de doute, chacune de ces trois parties. L'agent titulaire du compte fera l'objet d'une identification en tant que client. Le constituant devra également faire l'objet d'une identification dans le cadre de la détermination de l'origine des fonds sur le compte. Le bénéficiaire (dans la mesure où il sera différent de la personne du constituant) devra, de son côté, également être identifié dès lors que c'est « pour son propre compte » que la structure est établie. Il s'agit, en fait, de l'ayant droit économique du compte.

Ainsi pouvons-nous constater que la figure de l'ayant droit économique change déjà de contours dans le contexte de la même règle de base relative à la connaissance du client.

Elle se transformera encore dans le cadre du droit fiscal.

Le banquier, l'ayant droit économique et la réglementation fiscale

21-32. Entrer dans une étude approfondie de la notion d'ayant droit économique en droit fiscal sortirait du cadre de la présente étude et dépasserait de loin l'intérêt du professionnel du secteur financier luxembourgeois. Des ouvrages ou séminaires entiers ont été consacrés à ce sujet.

Ainsi, les travaux du congrès de Londres de l'International Fiscal Association de

1998, dans le cadre du séminaire A, se sont penchés sur la question de savoir si le concept de « bénéficiaire économique » était un concept autonome de droit fiscal international ou un concept domestique du domaine national. M. Charl P. du Toit, de son côté, a consacré un ouvrage fouillé à l'étude de la détermination du « bénéficiaire économique » en matière de redevances dans le cadre des traités de double imposition²⁰. Les conclusions de ces études fiscales sont éloquentes :

« About the only point of consensus is that formal agents [mandataires ou agents] and nominees [prête-noms] are not beneficial owners. There is, however, no consensus on who else, if anyone, is excluded »²¹.

L'objet du présent chapitre est plus simple. Nous avons choisi d'examiner deux cas où la banque luxembourgeoise se trouve confrontée aux notions (nous insistons sur le pluriel) de bénéficiaire économique en droit fiscal. Il s'agit, en l'occurrence, des règles américaines concernant la retenue à la source et de la récente directive européenne sur l'imposition de l'épargne.

(i) Règles américaines du *Qualified Intermediary*

21-33. Le droit fiscal américain soumet toute personne étrangère (*non U.S. Person*) à un impôt de 30 % sur les revenus (dividendes, intérêts, loyers et redevances, etc) de source américaine. Cet impôt est retenu à la source, sauf si le paiement est fait à un intermédiaire autorisé (*Qualified Intermediary*), conformément à une convention avec l'Internal Revenue Service (« IRS »), qui s'engage à procéder à une correcte application de la retenue, qu'il devra ensuite reverser à l'administration fiscale américaine.

Afin d'éviter de devoir transmettre à un émetteur ou à un banquier situé aux États-Unis des renseignements détaillés sur leurs clients percevant des revenus de source américaine ou leurs ayants droit économiques, la plupart des banques luxembourgeoises et européennes ont conclu (ou plutôt ont dû conclure) un *Qualified Intermediary Agreement* avec l'IRS, les autorisant à procéder, sous leur propre responsabilité, aux retenues exigées aux États-Unis. Dans ce cadre, le banquier luxembourgeois est conduit à déterminer le *beneficial owner* de tout revenu de source américaine dont il crédite les comptes ouverts auprès de son établissement. Ce *beneficial owner* est-il le même que l'ayant droit économique visé par la loi sur le secteur financier ?

21-34. Il est intéressant de noter que le *Qualified Intermediary Agreement* type, conclu entre les banques luxembourgeoises et l'IRS, se réfère en annexe à

²⁰ IBFD Publications, 1999.

²¹ Charl P. DU TOIT, *op. cit.*, p. 170.

l'obligation d'identification du client visé à l'article 39 de la loi du 5 avril 1993, telle que précisée par la circulaire 94/112 relative au blanchiment.

Il n'y a toutefois pas lieu d'en conclure hâtivement que les deux notions, *beneficial owner* du contrat *Qualified Intermediary*, et « ayant droit économique » des règles anti-blanchiment, sont les mêmes.

La référence aux règles luxembourgeoises n'a pour objectif que de déterminer les modalités d'identification de l'ayant droit économique (documentation à exiger par le banquier relativement à tel ou tel *beneficial owner*). La notion de *beneficial owner* à prendre en considération est celle du droit américain.

Ainsi le contrat énonce-t-il clairement que la notion de bénéficiaire économique à retenir pour l'application du taux de retenue à la source est celle donnée par la Treasury Regulation, paragraphe 1.1441-1(c) (6).

Cette disposition contient une définition très générale de l'ayant droit économique. C'est la personne

« who is the owner of the income for tax purposes and who beneficially owns that income. A person shall be treated as the owner of the income to the extent that is it required under U.S. tax principles to include the amount paid in gross income under section 61 ».

Le banquier luxembourgeois se gardera bien de déterminer lui-même cette notion. Elle relève exclusivement du droit américain. En pratique, le banquier se fiera (et ses engagements vis-à-vis de l'IRS l'y autorisent) à une déclaration du client, titulaire du compte, à l'occasion de l'ouverture du compte. Ce sera au client, le cas échéant, de s'entourer de conseils nécessaires pour établir sa déclaration.

ii) La directive européenne visant à garantir une imposition à l'intérieur de la Communauté des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts²²

21-35. La directive du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts (ci-après la « directive-épargne ») vise à permettre l'imposition de revenus payés sous forme d'intérêts et effectués dans un État membre à des personnes physiques, résidentes d'un autre État membre.

Cette imposition passe, en principe, par la communication, par l'agent payeur, des informations relatives au montant des intérêts payés et à l'identité du « bénéficiaire effectif ²³ » aux autorités fiscales de son propre État de résidence, lequel les communiquera aux autorités compétentes de l'État de résidence du bénéficiaire des paiements²⁴.

²² Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, *J.O.C.E.*, L 157/38 du 26 juin 2003.

²³ Terme utilisé par la directive-épargne.

²⁴ Articles 8 et 9 de la directive-épargne.

Pendant une période de transition, le Luxembourg²⁵ ne sera pas tenu de mettre en place ce système de communication, mais il s'est engagé à pratiquer une retenue à la source à prélever lorsque le bénéficiaire effectif des intérêts est résident d'un autre État membre²⁶.

La directive-épargne devra être transposée dans les États membres avant le 1^{er} janvier 2004. Les dispositions prises par les États membres devront y être appliquées à partir du 1^{er} janvier 2005, pour autant que les États-Unis d'Amérique, la Suisse, Andorre, le Liechtenstein, Saint-Marin et les territoires dépendants ou associés concernés des États membres appliquent des mesures équivalentes ou les mêmes mesures que celles prévues par la directive.

21-36. Comme pour les règles fiscales américaines ci-dessus, la directive-épargne contient sa propre définition de l'ayant droit économique, que la directive désigne par les termes « bénéficiaire effectif » :

« Aux fins de la présente directive, on entend par « bénéficiaire effectif » toute personne physique qui reçoit un paiement d'intérêts ou toute personne physique à laquelle un paiement d'intérêts est attribué, sauf si elle fournit la preuve que ce paiement n'a pas été effectué ou attribué pour son propre compte, c'est-à-dire :

- (a) elle agit en tant qu'agent payeur au sens de l'article 4, paragraphe 1, ou
- (b) elle agit pour le compte d'une personne morale, d'une entité dont les bénéfices sont imposés en vertu des dispositions générales relatives à la fiscalité des entreprises, d'un OPCVM autorisé conformément à la directive 85/611 CEE ou d'une entité visée à l'article 4, paragraphe 2, de la présente directive et, dans ce dernier cas, communique la dénomination et l'adresse de cette entité à l'opérateur économique effectuant le paiement des intérêts, qui, à son tour, transmet ensuite ces informations à l'autorité compétente de l'État membre où il est établi, ou
- (c) elle agit pour le compte d'une autre personne physique qui est le bénéficiaire effectif et communique à l'agent payeur l'identité de ce bénéficiaire effectif conformément à l'article 3, paragraphe 2. »

L'on constate que cette définition est également différente de celle retenue par la législation anti-blanchiment :

- elle ne recouvre que les personnes physiques, les « paiements d'intérêts effectués au profit de sociétés ou d'autres personnes morales [étant] exclus du champ d'application de la présente directive »²⁷ ;

²⁵ Avec la Belgique et l'Autriche.

²⁶ Le Luxembourg conservera 25 % de la recette ainsi prélevée et transférera 75 % à l'État membre de résidence du bénéficiaire effectif des intérêts (article 12 de la directive-épargne).

²⁷ Proposition de directive-épargne, Com/2001/400final, J.O.C.E. C 270 E du 25 septembre 2001, p. 259 et s., exposé des motifs, commentaires de l'article 2 .

- elle procède d'une présomption que le bénéficiaire effectif est la personne qui reçoit les intérêts, sauf à elle de démontrer que le paiement n'a pas été effectué pour son propre compte.

Il apparaît donc que les notions d'ayant droit économique en droit fiscal sont différentes de celles rencontrées en matière de blanchiment. Ceci surtout quant à leur champ d'application qui, en matière de fiscalité, est nettement plus circonscrit.

21-37. Comme nous l'avions annoncé en introduction, cette différence de concept résulte du fait que le droit fiscal poursuit des objectifs différents. L'on souhaite, dans une situation particulière, faire subir un impôt à quelqu'un. Dans un souci d'efficacité, l'on pose une présomption qui, à défaut de preuve contraire, permettra de déterminer automatiquement la personne du bénéficiaire économique. L'on se trouve aux antipodes de l'objectif de prévention poursuivi dans le cadre de la lutte contre la criminalité, où l'idée d'une présomption d'ayant droit économique serait impensable. Dès lors, bien qu'elles se traduisent par les mêmes termes – « celui pour compte de qui le client agit » – et semblent appartenir à la même famille, les notions d'ayant droit économique en matière de blanchiment et de bénéficiaire économique du droit fiscal, ne sont que des cousines éloignées.

21-38. Nous avons constaté que la nécessité de procéder à l'identification de l'ayant droit économique aussi bien en matière de blanchiment qu'en matière fiscale ne fait aujourd'hui plus de doute. La détermination de la personne même de l'ayant droit économique varie selon les domaines concernés. Au sein de chaque matière (blanchiment, fiscalité) les règles applicables sont peu nombreuses. Les cas extrêmes sont faciles à résoudre, mais pour bon nombre de situations intermédiaires, les solutions toutes faites n'existent pas et le banquier devra au mieux tâcher de remplir ses obligations.

21-39. La deuxième partie de notre étude sera consacrée au régime de l'ayant droit économique et plus particulièrement à la question de la qualification des obligations d'identification de l'ayant droit économique et aux sanctions encourues en cas de non-respect de ces obligations. Nous nous poserons aussi la question des effets éventuels de l'identification de l'ayant droit économique sur ses relations avec le banquier.

PARTIE II

L'ayant droit économique : un régime circonscrit par la rigueur des juristes

21-40. L'étude du régime attaché à l'obligation d'identification du client nous amènera tour à tour à qualifier l'obligation d'identification, à analyser les effets de l'identification sur la relation juridique de celui-ci avec le banquier et sur les relations entre le banquier et les tiers.

Qualification et conséquences du non-respect de l'obligation d'identification

(i) Obligation d'identification : obligation de moyens

21-41. Nous avons pu constater que la notion d'ayant droit économique est malléable. Elle part, en effet, d'une « définition » légale abstraite qui devra être adaptée au cas par cas, en fonction de la situation rencontrée par le banquier. Pour aider le banquier, nous l'avons vu, il n'existe pas de réglementation spécifique à laquelle il pourra se référer. De plus, il faut se rendre à l'évidence : les moyens dont il dispose pour découvrir l'identité réelle des bénéficiaires sont limités.

Il est donc primordial pour le banquier de savoir si l'obligation de déterminer et d'identifier l'ayant droit économique doit être qualifiée d'obligation de moyens ou d'obligation de résultat. En d'autres termes, le banquier doit-il faire « de son mieux » pour identifier l'ayant droit économique du compte ou doit-il atteindre un résultat concret, exact, dans tous les cas ? Lorsque le banquier réalisera qu'il s'est trompé, pourra-t-il être déchargé de toute responsabilité s'il n'a pas commis de faute et a agi comme tout professionnel normalement prudent et diligent l'aurait fait (obligation de moyens), ou sera-t-il responsable indépendamment de toute faute de sa part (obligation de résultat) ?

21-42. Raisonnons d'abord en termes d'identification du client.

L'examen de la circulaire IML 94/112 nous donne les premiers éléments de réponse :

« La relation entre un professionnel financier et son client s'établit *intuitu personae*. Voilà pourquoi l'ouverture du compte à un nouveau client implique un jugement sur le client. Ce jugement doit être étayé par des informations sur le client, sur ses activités, sur le but de la relation d'affaires recherchée. L'importance pour le professionnel financier de disposer de ces informations consiste en ce qu'elles devraient lui permettre de réduire au mieux le risque d'être utilisé à des fins de blanchiment et plus tard de détecter les transactions qui sont suspectes parce qu'elles ne sont pas compatibles avec les informations reçues. »

Il en ressort que le banquier ne peut satisfaire à son obligation d'identification qu'en se basant sur des informations délivrées par le client lui-même. Il est tenu de se procurer un certain nombre de documents, et de procéder à des vérifications. Il ne semble donc pas tenu d'obtenir la vérité absolue, sur laquelle il n'a d'ailleurs aucune maîtrise.

21-43. La solution est encore plus nette en ce qui concerne l'identification de l'ayant droit économique.

À l'égard de ce dernier, le banquier doit prendre des « mesures raisonnables » (article 39 (3) de la loi sur le secteur financier) pour obtenir des informations sur son identité, formulation classique, s'il en est, de l'obligation de moyens.

La solution se confirme à la lecture de la circulaire 94/112, qui énonce :

« Lorsque le professionnel financier a un doute sur le point de savoir si son client agit pour son propre compte (par exemple parce que son client est une personne morale intermédiaire ou susceptible de former un écran : holding, *Anstalt*, trust, etc.), il est tenu de lever ce doute soit en obtenant du client l'assurance écrite et crédible que ce dernier agit pour son propre compte, soit en identifiant l'ayant droit économique de la façon indiquée ci-dessus. Il convient de souligner que le doute n'est pas forcément levé par une déclaration négative du client ou par le fait qu'un tiers affirme être l'ayant droit économique. S'il n'est pas possible au professionnel financier de lever le doute qu'il a, il doit s'abstenir de traiter avec le client. »

Dans cette hypothèse également, le professionnel financier doit faire tout ce qui est en son pouvoir pour lever ses doutes. Il n'est pas en son pouvoir de faire plus que de tenter d'avoir des certitudes, sentiment éminemment subjectif. Il ne peut donc être tenu que d'une obligation de moyens.

21-44. C'est ce que confirment doctrine et jurisprudence.

Selon Richard Routier, « tout manquement du banquier à son obligation de vérification engage sa responsabilité pour le préjudice causé »²⁸. Le banquier n'est, en effet, pas tenu d'une obligation d'identification proprement dite, mais d'une obligation de *vérification* de l'identité de son client (ou de l'ayant droit économique). Il lui appartient uniquement de procéder à toutes les vérifications nécessaires et non d'identifier à coup sûr son cocontractant. Ces vérifications doivent être sérieuses. La jurisprudence, par exemple, n'accepte pas que le banquier se contente d'une simple quittance de loyer comme justificatif de domicile²⁹. Mais quand le banquier a mis tous ses soins dans ces vérifications, sa responsabilité n'est pas retenue.

« D'une manière générale, la responsabilité du banquier peut être retenue s'il contribue indirectement à une fraude sur le compte, et cette contribution est

²⁸ *La responsabilité du banquier*, LGDJ, n° 56.

²⁹ Com., 17 octobre 1995, *Rev. dr. banc.*, 1995, 13, n° 3, obs. CRÉDOT et GÉRARD.

jugée suffisante *in abstracto*. Il sera donc responsable, dès lors qu'un banquier normalement avisé, placé dans les mêmes circonstances, aurait dû la déceler »³⁰.

Attendre d'un banquier qu'il soit normalement avisé, c'est bien l'obliger à mettre en œuvre des moyens, non lui demander d'atteindre un résultat.

C'est également ce qu'expose Vézian :

« Les travaux de la doctrine ont conduit à la conclusion suivante : le banquier ne peut être tenu dans cette opération d'une obligation déterminée de très large étendue ; le devoir de vérification qui pèse sur lui n'est qu'une obligation générale de prudence et de diligence. En d'autres termes, le banquier doit éviter que son comportement ne soit pour les tiers à l'origine d'un préjudice quelconque »³¹.

Si besoin en était, la commission juridique de la Chambre des députés a confirmé cette qualification dans son avis sur le projet de loi portant introduction de l'infraction de blanchiment au Code pénal, loi ayant pour effet, notamment, d'étendre les mécanismes de prévention et de détection du blanchiment, déjà existants à l'égard des professionnels du secteur financier, au notariat.

Alors que les notaires s'inquiétaient de ce qu'il fallait entendre de l'obligation qui leur était faite de prendre « des mesures raisonnables en vue d'obtenir des informations sur l'identité du bénéficiaire réel pour compte desquels ces personnes agissent », la commission juridique a précisé :

« Étant donné que sur ce point, la rédaction de l'alinéa 2 du nouvel article 29-1 est identique à l'alinéa 3 de l'article 39 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, le Conseil d'État propose que les orientations que les autorités de surveillance fournissent aux professionnels du secteur financier pourront, le cas échéant, être mises à profit par les notaires.

Afin de déterminer ce qu'il faut entendre par « mesures raisonnables » et étant donné que le texte ne précise pas quelles sont ces mesures que le notaire est tenu de remplir pour se conformer aux nouvelles obligations professionnelles contenues par cette loi, il y a lieu de préciser que ces obligations professionnelles sont de moyens et non de résultat »³².

21-45. Il en résulte que le banquier ne sera pas responsable s'il a agi en professionnel prudent et diligent. La preuve d'une faute éventuelle du banquier sera à charge de celui qui poursuit l'action judiciaire visant à mettre en jeu la responsabilité de celui-ci.

³⁰ ROUTIER, *op. cit.*, n° 58.

³¹ *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Litec, 1983, n° 49.

³² *Doc. parl.* n° 4294¹⁰, p. 18.

(ii) Sanctions de l'inexécution de l'obligation d'identification

21-46. Ainsi que nous l'avons vu et en conséquence de sa qualification, d'un point de vue civil, d'obligation générale de prudence et de diligence, le non-respect de l'obligation d'identification du client ou de l'ayant droit peut donner lieu à une responsabilité pour faute. La victime devra prouver non seulement que le banquier a failli à son obligation, mais encore qu'elle a subi un préjudice et que ce préjudice est dû à la faute du banquier.

Le client pourrait agir contre le banquier sur base de sa responsabilité contractuelle.

Il pourrait être également tenté de le faire sur base des règles de la responsabilité quasi délictuelle. Selon la jurisprudence, en effet :

« Pour que la responsabilité contractuelle puisse être engagée, il ne suffit pas que le dommage ait été causé à l'occasion d'un contrat, mais il faut que le dommage résulte de l'inexécution de l'une des obligations engendrées par ce contrat »³³.

Or, outre le fait que l'obligation d'identification est expressément prévue par un texte légal, et non par le contrat lui-même, elle n'est pas promise au client qui contracte avec la banque, mais exigée par les autorités qui entendent obtenir une coopération du banquier dans la lutte qu'elles mènent contre le blanchiment de l'argent, ce qui pourrait conduire à la qualifier d'obligation légale, justifiant une action en responsabilité délictuelle, et non d'obligation contractuelle, dont l'inexécution engagerait la responsabilité contractuelle du banquier. Une telle action pourrait être envisageable non pour inexécution de l'obligation d'identification proprement dite de la banque, dès lors que c'est au client qu'il revient de mettre le banquier en mesure de déterminer qui est l'ayant droit économique, et donc de remplir correctement cette obligation, mais pour coopération trop « active » du banquier avec les autorités, le client pouvant lui reprocher d'avoir injustement informé le parquet de soupçons de blanchiment.

Vis-à-vis de l'ayant droit économique, non lié contractuellement au banquier, la responsabilité ne pourrait être que quasi délictuelle. Toute action de l'ayant droit économique nécessiterait, similairement, la preuve d'une faute du banquier, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Nous analyserons, dans les chapitres qui suivent, dans quelles hypothèses une telle action pourrait être envisageable.

Un tiers pourrait également agir contre le banquier. L'on pourrait s'imaginer l'action de victimes d'activités criminelles que le banquier n'a pu déceler faute d'avoir correctement appliqué les règles d'identification.

³³ Cour, 2 juin 1970, *Pas.*, XXI, p. 309.

21-47. Méconnaître ses obligations d'identification est d'autant plus lourd de conséquences pour le banquier que leur inexécution est, ainsi que nous l'indiquons précédemment, également assortie de sanctions pénales (article 64 (2) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier).

Signalons que s'il échappe aujourd'hui à la peine d'emprisonnement, le banquier est passible de l'amende pénale indépendamment du caractère intentionnel de sa défaillance. Il n'était pas aussi bien traité sous l'empire des lois du 7 juillet 1989 et du 17 mars 1992, qui mettaient sur un même plan celui à l'égard duquel on établit qu'il a commis un acte de blanchiment ou apporté son concours à un tel acte en connaissance de cause et celui à l'égard duquel on n'a pu établir qu'une méconnaissance de ses obligations légales ou déontologiques³⁴.

Cette situation surprenante a été atténuée par le législateur, qui semble avoir pris partiellement conscience de cette iniquité, au moment où il lui a fallu incriminer de nouvelles infractions de blanchiment.

« En considération de la double extension de l'infraction de blanchiment qu'implique le présent projet, il est proposé de séparer les risques encourus par le professionnel. S'il opère en pleine connaissance de cause, il devient coauteur de l'opération de blanchiment et se voit appliquer des sanctions sévères. Le terme « sciemment » employé dans le texte marque que l'infraction exige le dol général. Si, par contre, le professionnel n'intervient dans une opération de blanchiment que par inadvertance, parce qu'il n'a pas respecté ses obligations professionnelles mais sans avoir conscience de la portée de son acte, il n'encourt qu'une amende. Le montant assez élevé proposé pour l'amende devrait être suffisamment dissuasif pour inciter les professionnels à respecter les obligations qui leur sont imposées dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux »³⁵.

« Le projet prévoit l'insertion d'une disposition pénale en ce sens dans les différentes législations portant réglementation des professions les plus exposées aux manœuvres de blanchiment »³⁶.

Pour ce qui est du banquier, cette amende est prévue par l'article 64 (2) de la loi du 5 avril 1993, selon lequel :

« Sont punis d'une amende de 1 250 à 125 000 euros ceux qui ont contrevenu aux dispositions des articles 7 (3), 19 (4), 39 (1), 39 (2), 39 (3), 39 (4), 40 (2), 40 (3) ou 40 (4). »

³⁴ L'article 8-1, aujourd'hui modifié, de la loi du 7 juillet 1989, portant modification de la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie, prévoyait : « Seront punis d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 5 000 francs à 50 000 francs, ou de l'une de ces peines seulement, ceux qui auront sciemment facilité ou tenté de faciliter la justification mensongère de l'origine des ressources ou des biens de l'auteur de l'une des infractions mentionnées à l'article 8, sous *a* et *b*, ou ceux qui auront sciemment ou par méconnaissance de leurs obligations professionnelles apporté leur concours à toute opération de placement, de dissimulation ou de conservation du produit d'une telle infraction. »

³⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.* n° 4294, p. 9.

³⁶ Exposé des motifs, *Doc. parl.* n° 4294, p. 10.

Mais si le banquier est passible d'une amende pénale indépendamment du caractère intentionnel de sa défaillance, nous sommes d'avis que seule une réelle défaillance de sa part peut être sanctionnée. En d'autres termes, si le banquier a procédé à des vérifications (et donc a respecté ses obligations professionnelles) mais n'a pas jugé utile de procéder à une dénonciation au Parquet (parce qu'il a estimé n'avoir détecté aucun indice de blanchiment), on ne devrait pas nécessairement pouvoir lui reprocher une méconnaissance de ses obligations professionnelles. Si, en effet, l'appréciation de l'indice de blanchiment faite par le Parquet devait systématiquement se substituer à celle du banquier, l'application de cette règle de droit pénal deviendrait totalement imprévisible, ce que le principe constitutionnel de la légalité des infractions et des peines ne permet assurément pas.

S'il s'avérait que le banquier a agi intentionnellement, c'est-à-dire a sciemment concouru à la commission d'une infraction de blanchiment, il serait susceptible d'encourir, outre une amende, les peines d'emprisonnement prévues par l'article 506-1 du Code Pénal punissant l'infraction de blanchiment³⁷.

21-48. Reste la question théorique de savoir si la méconnaissance des règles de l'article 39 pourrait engendrer la nullité d'opérations effectuées pour compte du client.

La question s'est posée à la juridiction luxembourgeoise dans une affaire *O. c. BfG Bank Luxembourg S.A.*³⁸. Dans ce litige, le demandeur reprochait à sa banque d'avoir effectué sur son compte des opérations boursières à terme qui s'étaient soldées par la perte totale de sa mise initiale. La responsabilité de la banque n'ayant pas été retenue, le demandeur avait tenté d'obtenir l'annulation des opérations litigieuses en se basant sur le fait que la banque aurait violé l'article 39 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier et ses obligations d'identification.

Il exposait que suite à l'entrée en vigueur de la loi du 5 avril 1993, la banque lui avait demandé, à deux reprises, de lui faire parvenir un document certifiant son identité, demandes auxquelles il n'avait pas donné suite. Selon lui, la banque n'ayant pas été en possession des éléments d'identification requis au moment des opérations litigieuses, elle n'était pas habilitée à procéder à ces opérations et, en conséquence, celles-ci étaient à annuler.

Il n'a pas été fait droit à cette argumentation. Selon la Cour :

« Ni l'article 39, ni les dispositions figurant en la partie V de la loi, instituée « Sanctions », ne prévoient en cas d'inexécution de cette obligation la nullité d'opérations effectuées pour compte du client. En admettant que la circulaire IML 93/95 du 4 mai 1993, qui n'a pas été versée au dossier de la Cour, ait recommandé aux établissements visés d'appliquer la disposition de l'article 39

³⁷ Livre 5, Code pénal.

³⁸ Cour d'appel, 8 avril 1998, n° 20044 du rôle

non seulement aux relations d'affaires nouées depuis l'entrée en vigueur de la loi, mais encore à celles déjà existantes, cette recommandation ne peut être assortie de sanctions que la loi elle-même ne prévoit pas. La circonstance, avancée par l'appelant, que lors de la réitération de sa demande en juillet 1997, la BfG Bank aurait fait savoir à O. qu'en l'absence des documents demandés, elle ne serait pas en droit d'exécuter un quelconque ordre donné par lui est à cet égard sans aucune pertinence. »

Conséquences de l'identification de l'ayant droit économique sur ses relations avec le banquier

(i) Y a-t-il une relation juridique entre le banquier et l'ayant droit économique ?

21-49. De multiples questions peuvent se poser au banquier à l'occasion du fonctionnement d'un compte bancaire : virement mal dirigé, compte mal géré, titulaire du compte poursuivi par ses créanciers, etc. Ces questions, pour pénibles qu'elles soient dans une situation « normale », peuvent se trouver encore passablement compliquées par l'intervention de l'ayant droit économique. Juridiquement « inexistant », il n'en reste pas moins présent dans la vie quotidienne du banquier. Depuis sa reconnaissance légale introduite par les lois anti-blanchiment, les tribunaux sont de plus en plus amenés à se pencher sur son cas. Et le banquier ne peut l'ignorer.

21-50. *A priori*, le banquier n'a de relation contractuelle qu'avec son client, titulaire du compte et signataire des documents d'ouverture. L'ayant droit économique n'est pas directement partie au contrat, mais il n'est pas exclu qu'un tel lien soit envisagé.

En effet, bien que la loi ne l'impose pas, l'autorité de surveillance, dans sa circulaire IML 94/112, recommande au banquier d'obtenir une déclaration écrite de la part de l'ayant droit économique lui-même confirmant cette qualité. Il semblerait donc que la réglementation luxembourgeoise impose au banquier une relation directe avec l'ayant droit économique en exigeant une déclaration du client, corroborée par une confirmation écrite de l'ayant droit économique. Ajoutons à cela les termes de l'article 39 (3) de la loi sur le secteur financier, qui définissent l'ayant droit économique comme la personne « pour compte de laquelle le client agit ».

Même abstraction faite de l'exigence de déclaration de bénéficiaire économique signée par ce dernier, la question peut se poser de savoir, si l'on ne se trouve pas en présence d'un mécanisme de représentation permettant à une personne (le client) d'accomplir un acte juridique (l'ouverture et le fonctionnement du

compte) qui produira directement ses effets à l'égard d'une autre personne (l'ayant droit économique).

21-51. L'on devrait pouvoir exclure *a priori* l'existence d'un mandat. En effet, selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1984 du Code civil, « le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

Le fait que le client déclare agir « pour le compte » d'un autre ne doit pas faire oublier celui qu'en pratique, il ouvre ce compte en son nom à lui, et non au nom de l'ayant droit économique, qui a choisi d'utiliser une structure juridique lui permettant de rester dans l'ombre. Nous ne nous situons donc pas dans le cadre d'une représentation parfaite, qui n'existe que dans la mesure où l'on agit au nom et pour le compte d'un tiers représenté.

La situation est en réalité celle d'une représentation dite imparfaite, où l'intermédiaire agit en son propre nom, mais pour compte d'un autre. Dans de telles hypothèses,

« les effets de l'acte se produisent en deux temps : dans un premier temps, les effets se produisent sur la tête de l'intermédiaire, puis, par l'effet de la transmission, sur la tête du représenté. [...] La représentation indirecte n'implique pas le pouvoir de lier directement le représenté »³⁹.

21-52. C'est la solution qui a été retenue en Suisse où un arrêt du Tribunal fédéral rendu en 1974 relativement aux fonds du FLN et de la République algérienne a considéré qu'il n'y avait pas de rapport de représentation directe, mais tout au plus un rapport de représentation indirecte du « représenté » par le « représentant », représentation indirecte qui ne crée toutefois « aucun droit direct du représenté à l'encontre de la banque »⁴⁰.

Le fait que, contrairement à ce qui se passe en Suisse, l'on demande au banquier luxembourgeois d'obtenir une déclaration émanant directement de l'ayant droit économique (par opposition à une déclaration indirecte de la part du client) ne devrait rien changer au fait qu'il ne se crée pas de rapport de droit entre la banque et l'ayant droit économique dès lors que nous ne trouvons pas dans un cas de représentation parfaite.

Il n'en reste pas moins qu'il existe, en pratique, un « lien » entre les deux et que le banquier risque de se trouver dans des situations où l'ayant droit économique essaie de mettre en œuvre sa responsabilité pour méconnaissance d'éventuels devoirs de la banque à son égard. Mais il ne pourra le faire que sur base des règles de la responsabilité quasi délictuelle.

³⁹ CHUNG-WU CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, L.G.D.J., 2000, n° 14.

⁴⁰ Voy. G. STANISLAS, *op. cit.*, p. 425 et s.

(ii) Que doit faire le banquier en cas de changement d'ayant droit économique ?

21-53. Il peut arriver qu'après l'ouverture du compte, le titulaire du compte informe la banque d'un changement d'ayant droit économique. En réalité, l'ayant droit économique ne serait pas la première personne ou entité indiquée, mais une autre. On peut imaginer diverses raisons à un tel changement, qui tiennent notamment à une possible transmission de patrimoine de l'ayant droit économique à une autre personne.

Il va sans dire que le banquier devra, par application des règles prédécrites, déterminer et identifier le nouvel ayant droit économique tout comme il l'avait fait auparavant pour le premier. La question qui nous occupe ici est de savoir s'il doit obtenir du premier ayant droit économique (dans la mesure où il existe toujours) une ratification de ce changement. En d'autres termes, considère-t-on que la première personne désignée avait un « droit » à être reconnue en cette qualité, droit qui ne pourrait lui être retiré sans son consentement ?

21-54. Dans la mesure où nous estimons que le client agit en son propre nom et qu'il n'y a pas de lien juridique entre l'ayant droit économique et la banque, il ne peut y avoir d'obligations de la banque vis-à-vis de l'ayant droit économique. Le banquier devrait pouvoir enregistrer les déclarations du client sans avoir à obtenir l'agrément de l'ayant droit économique, anciennement désigné, voire à simplement l'informer de ce qui se passe.

La prudence s'impose cependant dans certains cas. En effet, une telle modification d'ayant droit économique, si elle n'est pas justifiée par des raisons sérieuses, devra être considérée comme un événement suspect, sinon un possible indice de blanchiment.

(iii) Le banquier est-il supposé répondre aux demandes de délivrance d'extraits bancaires ou aux demandes de renseignements que pourrait lui faire l'ayant droit économique d'un compte ?

21-55. Nonobstant l'absence de lien juridique entre l'ayant droit économique et le banquier, il arrive que ce dernier soit sollicité par l'ayant droit économique d'un compte ouvert en son établissement pour obtenir des informations sur la situation du compte. Est-il tenu d'y répondre ?

21-56. Une question similaire a déjà été posée au juge des référés luxembourgeois⁴¹.

⁴¹ Ordonnance de référé n° 167/99 du 22 février 1999.

Celui-ci avait été saisi par quatre sociétés qui, suite à un changement d'actionariat en leur sein, avaient demandé, en vain, la délivrance de documents bancaires et sociaux détenus par leur société domiciliataire. Les nouveaux actionnaires avaient mis en place de nouveaux dirigeants qui sollicitaient la société de domiciliation afin d'obtenir remise de tous les documents relatifs aux sociétés domiciliées dont ils avaient été désignés administrateurs.

La situation se compare aisément à celle à laquelle le banquier pourrait être confronté. Une société titulaire d'un compte change d'actionariat et le nouvel actionnaire et ayant droit économique met en place de nouveaux dirigeants qui demandent au banquier la remise d'extraits de compte.

Dans l'espèce analysée par le juge des référés luxembourgeois, l'ancien actionnaire de ces sociétés, s'en prétendant toujours « bénéficiaire économique », était intervenu volontairement dans le litige pour faire valoir qu'il contestait la légitimité des nouveaux dirigeants de la société et qu'il s'opposait à ce que les documents relatifs aux sociétés leur soient transmis.

La même démarche par rapport aux comptes bancaires pourrait conduire l'ayant droit économique d'un compte à vouloir faire interdire la remise d'extraits au titulaire du compte.

À l'appui de ses arguments, l'ancien actionnaire invoquait le fait que la cession de ses actions aux nouveaux actionnaires avait été faite sous la menace et qu'il devait toujours être considéré comme le seul actionnaire de ces sociétés.

Le juge des référés, auquel aucun élément de preuve n'avait été apporté à l'appui des affirmations du prétendu ayant droit économique, a rejeté ces contestations et fait droit à la demande des sociétés de se voir remettre tous les documents les concernant par les sociétés domiciliataires qui les détenaient.

La solution est juridiquement évidente dès lors que tout lien juridique entre l'ancien ayant droit économique et le domiciliataire avait disparu. Il n'y avait, dans ces conditions, plus aucune raison de refuser la remise de documents sans enfreindre les dispositions contractuelles simples auxquelles était tenu le prestataire.

21-57. La décision du juge des référés est toutefois intéressante en ce qu'elle a admis l'intérêt à intervenir au litige de l'ancien ayant droit économique.

Le juge a en effet décidé que :

« Contrairement aux conclusions des parties demanderesse, l'intervention volontaire de E. est à déclarer recevable étant donné que ce dernier, en tant que prétendu bénéficiaire économique des sociétés demanderesse, justifie, *a priori*, d'un intérêt à intervenir au présent litige et que son intervention n'est, en l'occurrence, pas de nature à retarder la décision de la cause principale. »

Si le bénéficiaire économique prétendu n'a pas encore sa place dans les relations obligées du banquier, il semble donc que la porte du prétoire lui soit assez largement ouverte.

21-58. Partant du même constat qu'il n'y a pas de lien juridique entre l'ayant droit économique et le banquier, les juridictions helvétiques donnent à l'absence de lien juridique entre la banque et l'ayant droit économique des conséquences plus rigoureuses. Nous citerons simplement deux courts extraits d'un arrêt de la première Cour de droit public du 19 décembre 1995⁴² :

« La jurisprudence considère que seul mérite la protection légale celui qui se trouve dans un rapport suffisamment étroit avec la décision attaquée, ce qui n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate. Elle reconnaît en principe la qualité pour recourir au titulaire d'un compte bancaire au sujet duquel des renseignements sont demandés, ou à la personne qui doit se soumettre à une mesure de contrainte (perquisition, saisie ou interrogatoire; cf. ATF 121 II 38 consid. 1b, 118 lb 442, 444 consid. 2a, 116 lg 106, 109 consid. 2a). »

[...]

« Lorsque les renseignements à transmettre figurent dans ces documents [les procès-verbaux de l'audition de l'ayant droit économique du compte, menée, dans le cadre d'une mesure d'entraide judiciaire, par le juge d'instruction de Genève, devaient être transmis à la cour d'appel de Rennes, ce à quoi l'ayant droit tentait de s'opposer], la jurisprudence relative à l'art. 103 let. a OJ ne reconnaît la qualité pour recourir qu'à la personne directement concernée et la dénie, lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, à son actionnaire majoritaire ou unique, ou à l'ayant droit économique, car *celui qui recourt à certaines formes juridiques (société anonyme ou rapport de fiducie) pour éviter d'apparaître directement, doit en général en accepter les conséquences* (ATF 114 lb 156, 158 consid. 2a et les arrêts cités). »

Alors que le juge luxembourgeois a admis, dans l'espèce précitée, que la simple revendication de la qualité d'ayant droit économique donnait à une personne l'intérêt nécessaire à une action en justice, la jurisprudence suisse refuse ce droit à l'ayant droit économique même avéré. Elle part du principe que l'on ne peut pas, alternativement, se dissimuler derrière une façade juridique et vouloir être reconnu malgré la façade mise en place.

Si la solution peut sembler sévère pour l'ayant droit économique, force est de constater qu'elle est juridiquement plus justifiée que celle adoptée par le juge luxembourgeois.

⁴² L. c. *Chambre d'accusation du canton de Genève* (recours de droit administratif n° 121, II, 459).

(iv) *En cas de perte importante due à la gestion d'un compte, le banquier est-il tenu d'en informer son ayant droit économique ?*

21-59. Le banquier, auprès de qui un compte de dépôt a été ouvert, avec pouvoir de gestion exclusif à un mandataire externe, peut se trouver témoin d'une mauvaise gestion, voire d'une gestion désastreuse du compte, par le mandataire externe. S'il décide d'en avertir le titulaire du compte, devra-t-il se contenter d'une information au titulaire officiel de celui-ci ou est-il dans l'obligation d'en référer également à l'ayant droit économique du compte ?

21-60. La question n'a, à notre connaissance, pas été tranchée par la jurisprudence luxembourgeoise. Elle a, en revanche, été posée au Tribunal fédéral suisse⁴³, dont il est intéressant de reproduire certaines des conclusions. Selon la Cour d'appel, dont la décision était déferée au Tribunal fédéral, il convenait en particulier de

« savoir si, comme le soutient la demanderesse, suivie en cela par le premier juge, la défenderesse était tenue de prendre directement contact avec l'ayant droit économique du compte. À cet égard, il convient de relever que le droit suisse ne connaît en principe pas la notion d'un ayant droit économique distinct du titulaire juridique d'un bien ; celui-là n'est pas partie à la relation contractuelle qui se crée lorsque celui-ci ouvre un compte auprès d'une banque. Or, la responsabilité fondée sur la confiance ne peut être invoquée que par les parties au contrat. Dans l'exécution de son devoir de renseigner, la banque ne saurait dès lors être tenue de s'adresser au bénéficiaire économique des avoirs déposés, envers lequel elle n'a aucun devoir particulier d'information, de gestion ou de protection [...]. En réalité, c'est l'ayant droit économique qui a pris le risque que le gérant externe profitât du défaut de surveillance de son mandant pour abuser des larges pouvoirs qui lui avaient été confiés. Par conséquent, la banque dépositaire ne saurait se voir imputer les conséquences du manque de vigilance de l'ayant droit économique, si bien que la demande de dommages-intérêts dirigée contre elle doit être rejetée. »

Sur le recours en réformation de la requérante, le Tribunal fédéral suisse confirme et clarifie la précédente décision :

« c) aa) L'identification de l'ayant droit économique a pour but de lutter contre le blanchiment d'argent ; elle ne devrait pas déployer d'effets de droit privé. L'ayant droit économique n'est pas partie à la relation contractuelle, de sorte que, pour la banque, les rapports entre le titulaire du compte et l'ayant droit économique sont des *res inter alios acta*. La banque n'est pas là pour sauvegarder l'ayant droit économique contre les agissements du titulaire du compte. Le secret bancaire est opposable à l'ayant droit économique, qui n'a pas le

⁴³ 23 juillet 2002, cause civile pendante entre X. S.A. et Y. S.A. , n° 4C.108/2002.

droit d'être renseigné sur l'état du compte et qui n'est pas débiteur d'éventuels découverts sur celui-ci [...]. »

En principe donc, l'ayant droit économique, identifié pour des motifs de lutte contre le blanchiment, n'est pas en position juridique de revendiquer un traitement particulier de la part du banquier cocontractant de la personne, physique ou morale, derrière laquelle il a choisi de se cacher.

21-61. La même solution devrait prévaloir à Luxembourg.

En effet, même si, contrairement au droit suisse, qui n'exige de déclaration que du titulaire du compte, l'autorité de contrôle luxembourgeoise recommande au banquier de se faire remettre une déclaration d'ayant droit économique signée par ce dernier, cette formalité n'est pas suffisante pour créer des effets de droit civil entre le banquier et l'ayant droit économique. Aucun contrat ne lie l'un à l'autre.

La circulaire 2000/15 de la CSSF relative aux règles de conduite confirme cette analyse. En effet, celle-ci impose certaines obligations au banquier, en particulier celle, dans l'hypothèse de la gestion externe du compte bancaire par un tiers, d'informer le client en cas de perte importante survenue sur le compte. Or, la circulaire ne fait aucune référence à l'ayant droit économique et se limite à imposer au banquier des obligations vis-à-vis du seul client.

21-62. La solution, en l'absence de toute relation contractuelle entre banquier et ayant droit économique, est justifiée et a été rappelée avec sévérité dans la motivation du jugement précité :

« La demanderesse [était] malvenue de reprocher après coup à celle-ci d'avoir respecté la volonté de l'ayant droit économique de rester caché derrière le paravent qu'il avait lui-même installé. », et

« Il [n'appartenait] pas à la défenderesse de supporter les conséquences de la confiance aveugle dont le gérant de fortune a bénéficié de la part de l'ayant droit économique. La bonne foi de celui-ci n'y change rien. Si le banquier n'est pas le tuteur du titulaire du compte, à plus forte raison ne l'est-il pas de l'ayant droit économique. »

Conséquences de l'identification de l'ayant droit économique sur les relations du banquier avec les tiers : cas du séquestre ou de la saisie, entre les mains du banquier, de biens détenus pour l'ayant droit économique

21-63. Il n'est pas rare qu'un créancier, las de poursuivre un débiteur devenu expert dans l'art de la dissimulation de ses avoirs, tente de procéder à une exécution forcée prétendant concerner les biens dont son débiteur serait, non seulement juridiquement, mais également réellement, propriétaire.

Il peut solliciter la nomination d'un séquestre des avoirs qu'une banque détient au nom de son débiteur ou de tous autres titulaires de comptes dont ledit débiteur serait l'ayant droit économique. Il peut obtenir l'autorisation du président du tribunal d'arrondissement visant à saisir les biens appartenant à son débiteur ou détenus au nom de toute autre personne agissant pour compte du débiteur.

Quelle peut être alors la réaction du banquier ?

21-64. La solution se dégage d'une décision du tribunal d'arrondissement de Luxembourg⁴⁴, dans l'affaire *L. c. B.N.P.*

Dans cette affaire, les requérants avaient demandé et obtenu l'autorisation de saisir-arrêter entre les mains de diverses parties débitrices de leur débiteur,

« toutes sommes, deniers, objets, valeurs ou créances de quelque nature que ce soit, qu'elles ont ou auront, doivent ou devront à F.C., directeur de société, ou à toute personne agissant pour son compte et/ou en son nom, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit, et notamment, mais pas exclusivement, en vertu de tout contrat de dépôt, de prêt, d'avance d'actionnaire, de dividende, ou autre produit à distribuer, ainsi qu'en vertu d'éventuels contrats fiduciaires et plus généralement de tout contrat faisant naître au profit de F.C. ou de toute personne agissant pour son compte et/ou en son nom, un quelconque droit de créance, que ce soit en qualité de titulaire de droit ou de bénéficiaire économique ».

Le débiteur saisi ne s'était pas opposé à cette formulation du créancier saisissant (« [...] ou à toute personne agissant pour son compte [...] ») et la saisie arrêt avait été validée par le tribunal.

Lorsque que la procédure de déclaration affirmative avait été entamée, la B.N.P., partie tierce saisie, avait formé tierce opposition à l'encontre du jugement de validation. Elle faisait en particulier valoir

« que la saisie ne pourrait porter que sur les sommes et effets appartenant au débiteur du créancier saisissant et qu'il y aurait donc lieu d'écarter de la saisie toutes les autres parties saisies, à savoir toute personne agissant pour le compte et/ou en son nom et les droits de créance dont F.C. serait le bénéficiaire économique ».

L'on pourrait, en premier lieu, s'étonner du fait que la tierce opposition de la banque à l'encontre du jugement de validation ait été déclarée recevable par le tribunal. L'on enseigne, en effet, d'une manière générale, qu'en matière de saisie-arrêt, « le tiers saisi se trouve engagé malgré lui dans une procédure judiciaire dont le fond ne le concerne en aucune façon »⁴⁵. Le jugement de validation concerne effectivement au premier chef le créancier saisissant et le débiteur saisi.

⁴⁴ 2 décembre 1999, *Bull. Droit et Banque*, n° 30, p. 65.

⁴⁵ Th. HOSCHEIT, « La saisie-arrêt de droit commun », *Pas.*, XXVIII, p. 68 et s.

Or, l'article 612 du Nouveau Code de procédure civile dispose qu'« une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés ». *A priori*, un jugement qui ne concerne que les rapports du créancier saisissant et du débiteur saisi, et non le tiers saisi, ne préjudicie pas aux droits dudit tiers saisi.

Celui-ci est ensuite, si nécessaire, impliqué dans la procédure de saisie-arrêt par une assignation en déclaration affirmative. Il lui est parfaitement loisible, dans ce contexte, de faire valoir son point de vue sur l'étendue de la saisie à laquelle on lui a demandé de coopérer.

C'est d'ailleurs ce que le tribunal a relevé dans l'affaire *L. c. B.N.P.*, en considérant que :

« En admettant que le tiers saisi peut faire valoir ses droits dans le cadre de la procédure de la déclaration affirmative, il y a lieu de constater qu'il a néanmoins intérêt à former tierce opposition au jugement de validation, ne serait-ce que pour éviter toute contradiction de jugement entre le jugement de validation et le jugement statuant le cas échéant sur les contestations de la déclaration affirmative »,

laissant ainsi ouverte, au tiers saisi, deux possibilités de faire valoir son point de vue.

Sur la question de l'étendue de la saisie-arrêt, le tribunal a estimé que :

« La saisie ne peut, en principe, être pratiquée qu'à charge du débiteur et non d'un tiers même si celui-ci a des liens économiques avec celui-là ; la réalité juridique doit, en règle, prévaloir, nonobstant une certaine identité économique entre le débiteur poursuivi et un tiers. Celui-ci ne pourrait être tenu comme débiteur qu'en cas de simulation, de confusion et généralement d'attitude fautive engageant sa responsabilité envers le poursuivant (*Traité des saisies, Règles générales*, par Georges de Leval, n° 140, A).

Il est par ailleurs admis par la jurisprudence et la doctrine que le débiteur peut être saisi par l'intermédiaire de son mandataire, détenteur actuel ou futur des sommes ou effets lui appartenant (*op. cit.*, n° 141, A).

Il est encore admis que le débiteur saisi peut parfaitement être le débiteur du débiteur puisque la jurisprudence admet depuis de nombreuses années et de façon constante que la saisie-arrêt peut être pratiquée en vertu de l'article 1166 du Code civil (*Jurisclasseur procédure civile*, fascicule 800, « Généralité et condition », n° 43).

Cependant, le tiers saisi n'est pas investi d'un devoir de recherche général au profit du créancier saisissant. Il n'appartient pas au tiers saisi de découvrir qui détient le cas échéant des avoirs pour le compte de son client, débiteur saisi. C'est au créancier saisissant de fournir ces renseignements au tiers saisi. »

Selon Jean-Jacques Rommes, commentateur de cette décision :

« La communauté bancaire est particulièrement sensible à la question de saisies au nom d'ayants droit économiques. La notion d'ayant droit ou de bénéficiaire économique est sans aucun contenu en droit civil et n'existe dans aucun texte de loi. Elle fut introduite par les circulaires de l'IML dans le cadre très restreint

de la lutte contre le blanchiment de l'argent de la drogue. L'article 39 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier donne lieu, au niveau de la banque, à l'enregistrement d'une information qui est attachée à l'identification d'un client de la banque, mais il ne crée pas un ayant droit qui aurait une quelconque qualité juridique. La personne dont le client certifie qu'il agit pour son compte, reste un tiers pour la banque et les droits qu'elle peut avoir ne sauraient s'exercer que contre le client de la banque et non pas contre la banque elle-même. Le principe de l'absence de tous droits et obligations du bénéficiaire économique vaut à tous égards et est systématiquement appliqué par les banques notamment en droit successoral. En l'absence de droit de créance à l'encontre de la banque, il n'y a rien à saisir. »

Le principe dégagé par l'auteur ne prête pas à discussion. L'ayant droit économique n'a pas de droits vis-à-vis de la banque. Néanmoins, nous estimons que cette affirmation mériterait d'être nuancée au vu des termes du jugement. Si le tribunal fait état de ce que le tiers saisi n'est pas investi d'un devoir de recherche général au profit du créancier, il n'en précise pas moins que « c'est au créancier saisissant de fournir ces renseignements au tiers saisi », ce qui laisse ouverte la question de savoir si le tiers saisi ne pourrait pas avoir à tenir compte, identité juridique ou non, des renseignements (notamment faisant présumer une simulation, une confusion ou une fraude) qui lui seraient fournis par le créancier saisissant, ceci dans une mesure qui reste à déterminer.

Jean-Jacques Rommes relève à juste titre qu'« en pratique, la banque ignore tout de la nature juridique du lien éventuel entre le titulaire de compte et le bénéficiaire économique », ce qui l'empêcherait de bloquer les avoirs de personnes dont le débiteur serait bénéficiaire économique sans qu'aient été clairement précisés leurs liens juridiques avec celui-ci.

En serait-il différemment si le banquier, pour une raison ou une autre, avait connaissance de ces liens ? La plus grande prudence s'imposerait à lui.

Le tribunal relève expressément qu'un tiers titulaire de compte pourrait parfaitement être considéré comme débiteur saisi en cas de « simulation, de confusion, et généralement d'attitude fautive engageant sa responsabilité envers le poursuivant ». Il faut supposer que, dans une telle situation, le créancier serait admis à faire valoir « l'identité économique absolue », selon les termes de la jurisprudence suisse⁴⁶, entre son débiteur et le tiers. Mais il lui appartiendra de l'établir, et ce probablement avant la mise en œuvre de la procédure de saisie, et non après.

21-65. En raison des incertitudes en la matière, il reste plus prudent de conseiller aux banquiers tiers saisis, dans une telle hypothèse, de bloquer les avoirs saisis et de suggérer aux tiers supposés ne faire qu'un, économiquement, avec le débiteur saisi, de faire trancher la question par l'autorité judiciaire.

⁴⁶ Affaire *X c. Pictet & Cie*, arrêt de la chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral suisse du 29 mars 1994, *Bull. Droit et Banque*, n° 26, p. 59.

Conclusion

21-66. Finalement, ce que l'on peut retenir de l'exercice auquel nous nous sommes livrés, c'est que la notion d'ayant droit économique est évolutive. Elle s'adapte aux variations des données économiques et aux circonstances de fait. Il s'agit d'un concept éminemment pratique et précieux qui sert les États, tant comme moyen de répression (blanchiment) que comme instrument de collecte (d'impôts). L'absence de réglementation détaillée, l'absence également de doctrine laisse⁴⁷, dès lors, quelque peu perplexe. L'on aurait pu escompter qu'en plaçant le professionnel du secteur financier luxembourgeois devant une notion politiquement si importante, le législateur, ou l'autorité de surveillance, aurait éprouvé un besoin plus impérieux de guider ses pas.

21-67. Les tribunaux, de leur côté, ont, à notre avis, fort justement analysé les implications, dans la sphère juridique, de ce personnage énigmatique qu'est l'ayant droit économique, insistant à juste titre sur l'absence de relation juridique entre le banquier et l'ayant droit économique. Ce dernier choisit, à dessein et pour des raisons dont le banquier n'a pas à juger, de rester dans l'ombre.

Il serait inacceptable de permettre après coup à l'ayant droit économique déçu, voire trahi, par son « bouclier » d'intervenir directement auprès du banquier pour exercer des droits qu'il n'a pas voulu assumer.

En fait, on pourrait se demander si plutôt que d'adresser le présent article au professionnel du secteur financier, nous n'aurions pas dû l'adresser à l'ayant droit économique lui-même...

Une chose est certaine, celui-ci doit, vis-à-vis de son banquier, renoncer définitivement à jouer de son mystère !

⁴⁷ Signalons toutefois le document émis par l'ABBL en 2003 sous l'intitulé « Les obligations professionnelles du banquier en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme – Manuel de référence en vue de l'élaboration de procédures ».