

COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

(Convention relative à l'obligation de diligence des banques)

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance informe les banques et le public de sa jurisprudence, en respectant le secret bancaire et le secret des affaires. La Commission de surveillance publie depuis la création des règles de diligence en 1977 (CDB 77) tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016. Il a été publié² sur le portail de l'Association suisse des banquiers (ASB) le 5 juillet 2017.

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance a publié à intervalles plus rapprochés sur le portail ASB un résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature consacrée aux „leading cases“ de la Commission de surveillance a eu lieu le 18 janvier 2007. Le présent compte-rendu est consacré aux „leading cases“ de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2017.

B. QUESTIONS PROCÉDURALES

La Commission de surveillance a examiné pour la première fois la requête d'une banque en application de la procédure sommaire de l'art. 62 CDB 16. La Commission a constaté que la procédure sommaire n'est pas suffisamment réglementée dans la CDB 16 et, en particulier, dans son règlement de procédure. La Commission de surveillance a décidé de réviser les dispositions du Règlement de procédure consacrées à la procédure

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Cf. Circulaire no 7933 ASB du 5 juillet 2017. De surcroît, le rapport d'activité 2011–2016 sera, comme c'est l'usage, également publié dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA). La publication est prévue dans la livraison 05/2017 de la RSDA.

sommaire. La version révisée du Règlement de procédure du 27 mars 2017 est entrée en vigueur³ le 1^{er} avril 2017.

C. ÉTATS DE FAITS PARTICULIERS

1. Vérification de l'identité du cocontractant

1.1. Selon le ch. 15 al. 3 des Dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08, un Trustee doit confirmer par écrit (par ex. au moyen du formulaire T) qu'il est autorisé à établir une relation d'affaires pour le trust auprès de la banque. Au lieu d'une confirmation écrite par le Trustee, la preuve que celui-ci est autorisé à établir une relation d'affaires pour le trust peut également être apportée par une Legal Opinion.⁴ Cette Legal Opinion peut émaner d'un tiers (par ex. un avocat). Les règles de diligence n'exigent pas que la Legal Opinion émane du Trustee.

1.2. Le ch. 14 des Dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 ne comporte pas l'obligation pour la banque de vérifier l'adresse de domicile de la personne physique qui agit en qualité de représentant d'une personne morale ou d'une société de personnes lors de l'ouverture d'un compte. L'obligation de vérifier l'adresse de domicile du cocontractant ne s'applique que lorsque la personne physique agit en qualité de cocontractant et non lorsque la personne physique se borne à établir la relation d'affaires (*Eröffner*).

2. Identification de l'ayant droit économique

2.1. Les règles de diligence exigent d'obtenir une déclaration distincte selon le formulaire A pour chaque compte et dépôt. Cette règle s'applique a fortiori lorsque plusieurs comptes sont ouverts sous diverses rubriques, ce qui laisse inférer qu'il existe un ayant droit économique différent pour chacune d'elles.⁵ L'ouverture d'un compte sous la rubrique „Clienti“ laisse à penser que les fonds déposés sur ce compte ne sont pas des fonds du cocontractant mais bien plutôt des fonds de clients, c.-à-d. de tiers, qui sont simplement gérés à titre fiduciaire par le titulaire du compte. Lors de l'ouverture du compte, la banque aurait dû recueillir des éclaircissements complémentaires au sujet de l'ayant droit

³ Cf. Circulaire no 7928 ASB du 31 mai 2017.

⁴ Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), art. 2 ch. 15.

⁵ Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken* 2001–2005, RSDA 2005, p. 248.

économique du compte rubrique „Clienti“ et aurait dû exiger de sa cocontractante une déclaration relative à l'ayant droit économique.

2.2. Pour déterminer l'adresse effective du domicile ou du siège du cocontractant, la banque peut en principe se fier aux déclarations du cocontractant. Elle n'est tenue de procéder à des clarifications complémentaires qu'en présence d'anomalies conformément à une approche fondée sur les risques.⁶ Cette règle s'applique par analogie à l'identification de l'ayant droit économique.

3. Personnes tenues à un secret professionnel

Selon l'art. 5 CDB 08, les banques pouvaient renoncer à l'identification de l'ayant droit économique en cas de comptes ou de dépôts établis par des avocats ou notaires autorisés à exercer en Suisse ou par des études d'avocats ou de notaires organisées en la forme de sociétés pour le compte de leurs clients, dans la mesure où ces cocontractants confirmaient par écrit à la banque qu'ils n'étaient pas eux-mêmes l'ayant droit économique des valeurs en compte, qu'ils exerçaient l'activité d'avocat ou de notaire et étaient soumis à la législation cantonale et fédérale en la matière, qu'ils étaient soumis au secret professionnel protégé par la loi (art. 321 CPS) en ce qui concerne les valeurs en compte et que le compte/dépôt était exclusivement utilisé dans le cadre de l'activité d'avocat, respectivement de notaire. Il s'agit d'une disposition exceptionnelle, dont seules les personnes tenues à un secret professionnel peuvent se prévaloir.

En tant que norme exceptionnelle, l'art. 5 CDB 08 doit être interprété restrictivement. Une application stricte de cette règle se justifie d'autant plus que la nécessité légitime de protéger le secret professionnel ne saurait être invoquée abusivement, pour garantir la confidentialité au sujet de la qualité d'ayant droit économique selon l'art. 5 CDB 08.

4. Répétition de la procédure de vérification

4.1. Les banques ont également l'obligation en application de la CDB 16 de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique, lorsque des doutes surviennent au sujet de la véracité de la déclaration au moyen d'un formulaire A et que ces doutes ne peuvent être levés par des éclaircissements éventuels (cf. art. 46 al. 1 CDB 16). La CDB 16 ne contient cependant pas de règle analogue au ch. 45 des Dispositions d'exécution de

⁶ Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2^{ème} éd., art. 7.

l'art. 4 CDB 08 relativement aux changements intervenant dans les signatures autorisées d'une société de domicile. Dès lors que le ch. 45 des Dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08 ne représentait qu'une concrétisation des obligations découlant de l'art. 6 al. 1 CDB 08 en relation avec l'obligation d'identification de l'ayant droit économique d'une société de domicile,⁷ la règle autrefois expressément énoncée au ch. 45 des Dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08 reste en vigueur par application de l'art. 46 al. 1 CDB 16.

4.2. Selon la pratique de la Commission de surveillance, commet une violation des devoirs de diligence la banque qui omet de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique en cas d'octroi d'un pouvoir de signature individuelle sur le compte d'une société de domicile sur lequel existait un pouvoir de signature collective à deux.⁸ L'application de la procédure selon l'art. 4 al. 3 let. b CDB 08 s'impose particulièrement, lorsque la personne qui exerce pour la première fois le droit de signature individuelle sur le compte d'une société de domicile n'avait jusque-là pas de pouvoir de signature et la nature de sa relation avec le cocontractant et/ou l'ayant droit économique n'est pas claire.

4.3. Lorsqu'une banque constate que le client cherche intentionnellement à la tromper sur l'identité de l'ayant droit économique, elle a l'obligation, conformément à l'art. 6 al. 3 CDB 08, de rompre la relation avec le client.⁹ Les règles de diligence n'imposent par contre pas d'obligations de clarification complémentaire avant ou au moment de la rupture des relations avec le cocontractant.

D. SANCTIONS

Bien que la banque ait mentionné dans ses dossiers relatifs à plusieurs sociétés qu'il s'agissait de sociétés de domicile, elle a omis – à l'encontre du texte clair et dépourvu de toute ambiguïté de l'art. 4 al. 3 let. b CDB 08 – d'exiger une déclaration relative à l'ayant droit économique. Il y avait lieu d'en inférer un manque d'organisation propre à aggraver la sanction.

Berne, octobre 2017

X1193009.docx

⁷ Cf. Georg Friedli, ch. 3.2.2, p. 35, du Rapport d'activité 2005-2010 publié sur le portail de l'Association suisse des banquiers sous „Topics“.

⁸ Cf. Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken*, RSDA 2005, p. 257.

⁹ La relation avec le cocontractant ne peut toutefois plus être rompue, lorsque les conditions de l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) sont remplies (art. 6 al. 4 CDB 08).

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1^{er} juillet – 31 décembre 2017)

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance, dans le respect du secret bancaire et des affaires, informe les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis la création des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité détaillé en application de cette disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.²

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance a publié sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance a eu lieu le 18 janvier 2007. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2017.

B. ÉTAT DE FAITS PARTICULIERS

1. Vérification de l'identité du cocontractant

Un cocontractant, dont l'identité a été correctement vérifiée, qui a ouvert des relations d'affaires supplémentaires, ne devait pas faire l'objet de nouvelles vérifications selon l'art. 2 al. 3 CDB 08. Cette règle s'appliquait également à la vérification de l'identité de la personne qui a établi la relation d'affaires et pour la prise de connaissance des pouvoirs de représentation selon le ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08. L'art. 2 al. 3 CDB 08 n'était toutefois applicable qu'aux relations d'affaires existantes. Dans le cas d'une relation d'affaires complètement liquidée mais à nouveau ouverte ultérieurement, la procédure d'identification devait être répétée.³ Il s'ensuit qu'une banque ne peut pas se satisfaire d'une copie de pièce d'identité se trouvant déjà dans ses

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité de la Commission de surveillance CDB pour les années 2011-2016 a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers (ASB) (cf. Circulaire no 7933 de l'ASB du 5 juillet 2017) ainsi que dans la *Revue Suisse de Droit des Affaires et du Marché Financier* (RSDA), 5/2017, p. 676 ss.

³ Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques pour les années 2011 à 2016*, RSDA 5/2017, p. 686, cf. aussi Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des Banques (CDB 08), art. 2 CDB 08.

dossiers si la relation d'affaires dans le cadre de laquelle la copie de la pièce d'identité a été prélevée a dans l'intervalle été clôturée.

2. Identification de l'ayant droit économique

2.1. Constitue une constatation insolite le fait qu'un client disposant d'une fortune d'environ CHF 1 mio effectue des opérations sur devises, sur ses comptes privés, représentant un chiffre d'affaires dépassant largement le milliard au total.

2.2. L'acceptation d'un formulaire T, sur lequel le nom du trust ne figure pas, ne satisfait pas aux exigences de la CDB 16.

3. Vérification du détenteur de contrôle

Conformément au Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), à l'art. 20 CDB 16, lors de l'identification du détenteur de contrôle, il convient de déterminer premièrement s'il existe des personnes physiques ou morales qui détiennent au moins 25% des parts du cocontractant. S'il existe des personnes physiques répondant à ces critères, le cocontractant doit les identifier au moyen du formulaire K. Si, en revanche, c'est une personne morale qui détient une participation d'au moins 25% des droits de vote ou du capital, il y a lieu d'identifier, selon le principe d'imputation, les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent effectivement de la société interposée. Dans ce cas, il y a lieu de percer le voile corporatif, afin d'identifier les personnes physiques qui exercent le contrôle effectif de la société interposée. Selon le Commentaire, à l'art. 20 CDB 16, on parle de contrôle effectif d'une société interposée exerçant une activité opérationnelle *"lorsqu'une personne physique détient plus de 50% des droits de vote ou du capital de cette société ou exerce le contrôle de cette société d'une autre manière reconnaissable. Les participations détenues par les sociétés interposées sont imputées aux personnes physiques qui, en dernier lieu, exercent le contrôle effectif de ces sociétés interposées (principe d'imputation)." Si une société de domicile détient au moins une part de 25% du cocontractant, il convient d'indiquer sur le formulaire K tous les ayants droit économiques de cette société de domicile.*

Même si, selon le principe d'imputation, il suffit d'identifier la personne physique qui constitue le dernier maillon de la chaîne de contrôle, il est évidemment permis – comme le soutient à bon droit la banque – de faire usage d'une documentation plus étendue (ce qui est souvent justifié). Il est ainsi parfaitement admissible de prélever plusieurs déclarations complémentaires dans le cadre de l'identification du détenteur de contrôle en présence de structures de détention à plusieurs niveaux. Indépendamment du fait que la banque identifie le détenteur de contrôle à l'aide d'une seule ou plusieurs déclarations écrites (par ex. des formulaires), la déclaration du cocontractant relative au détenteur de contrôle doit matériellement respecter les prescriptions de la CDB 16.

4. Répétition de la procédure de vérification

4.1. Sur 18 paiements effectués sur le compte privé d'un client par des tiers ou des "inconnus" s'élevant entre CHF 100'000.00 et CHF 900'000.00, une banque n'avait prélevé que 9 formulaires A. Dans chaque cas, le cocontractant avait déclaré qu'il n'était pas l'ayant droit économique des paiements mais que l'ayant droit économique était respectivement chacun des auteurs des instructions de paiement. Dans ces conditions, il existait des doutes sérieux que le cocontractant fût l'ayant droit économique des 9 autres paiements. La banque aurait dès lors dû répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique également en relation avec ces autres paiements.

4.2. Selon la jurisprudence ancienne et constante de la Commission de surveillance, ne commet pas une violation (additionnelle) des règles de diligence, la banque qui, s'efforçant de corriger une identification défectueuse de l'ayant droit économique, prélève un formulaire A complété de manière erronée⁴ car, dans ce cas, la banque serait traitée plus sévèrement que si elle était restée totalement inactive. Cette pratique vaut sans autre également en ce qui concerne le nouveau formulaire K selon la CDB 16.

4.3. Lorsqu'une banque noue une relation d'affaires avec une société de domicile et considère, à tort, qu'il n'y a pas lieu d'identifier l'ayant droit économique, et renonce par conséquent à prélever un formulaire A, il y a lieu de la sanctionner pour violation de l'art. 4 al. 3 let. b en relation avec l'art. 3 CDB 08.⁵ Si, en raison de cette appréciation (erronée), la banque renonce à renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique d'une relation d'affaires à l'occasion d'une modification des pouvoirs de signature, il s'agit dans ce cas d'une conséquence de l'erreur d'appréciation initiale commise par la banque et ne constitue pas une nouvelle violation des règles de diligence car, en cas d'exonération de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique – en présence par ex. d'une exception au sens des ch. 33 ou ch. 34 des Dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 - il n'existe en règle générale pas de raison de renouveler (respectivement de procéder à) l'identification de l'ayant droit économique en cas de modification du pouvoir de signature.⁶

4.4. Si, en présence de "Special Purpose Vehicles (SPV)" au sens du ch. 33 al. 1 CDB 08 des Dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, le pouvoir de signature change, cela ne permet pas en règle générale de conclure à une modification de l'ayant droit économique.

⁴ Cf. à ce sujet, Georg Friedli, ch. 2.11 du Rapport d'activité 2001-2005 publié sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers sous "Topics".

⁵ A condition que cette violation des obligations de diligence ne soit pas déjà prescrite.

⁶ La situation est évidemment différente, lorsque la modification des pouvoirs de signature fait naître des doutes quant au maintien des conditions de renonciation à la vérification de l'ayant droit économique

5. Prescription

5.1. Selon l'art. 65 CDB 16, les violations de la Convention ne sont plus poursuivies, lorsqu'elles remontent à plus de cinq ans. Le délai de prescription de cinq ans est suspendu pendant la durée de la procédure.

Alors que le délai de prescription est resté inchangé avec l'entrée en vigueur de la CDB 16⁷, le début de celle-ci a été nouvellement réglé avec la CDB 16 : le délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. 65 CDB 16 commence à courir dans chaque cas à compter de la violation de la Convention. En revanche, sous la CDB 08, le délai de prescription (de cinq ans) ne commençait pas à courir au même moment pour toutes les violations des règles de diligence : l'art. 11 al. 4, 2^{ème} phrase CDB 08 disposait que, en cas de manquement à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou d'identifier l'ayant droit économique⁸, le délai de cinq ans ne commençait à courir qu'après que le manquement avait été réparé ou que la relation d'affaires avait pris fin. Pour tout autre manquement, la prescription commençait en revanche à courir dès la violation de la règle concernée.

Avec l'art. 65 CDB 16, le début du délai de prescription a donc été avancé pour certaines violations de la Convention (dans la mesure où la prescription court dorénavant depuis la commission de la violation et non pas depuis la correction de la violation, respectivement la rupture de la relation d'affaires). En conséquence, le nouveau règlement de la prescription prévu à l'art. 65 CDB 16 a pour effet que, dans la grande majorité des violations de la Convention (manquements à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou à l'obligation d'identifier le détenteur de contrôle et l'ayant droit économique), la prescription survient plus tôt que sous l'ancien droit. Le nouveau règlement de prescription de l'art. 65 CDB 16 se révèle ainsi considérablement plus clément en comparaison de l'ancien règlement de prescription de la CDB 08. Cela est d'autant plus vrai que l'art. 65 CDB 16 sur la base de l'art. 70 al. 3 CDB 16 („lex mitior“) s'applique à toutes les violations de la Convention qui doivent être jugées après l'entrée en vigueur de la CDB 16, c.à.d. également aux violations de la CDB 08.

Aussi, la Commission de surveillance est-elle arrivée à la conclusion qu'en application du nouveau règlement de prescription de l'art. 65 CDB 16, les agissements de la banque ne pouvaient plus être poursuivis en raison de la prescription de l'infraction dans de très nombreux cas.

5.2. Pour un aperçu complet de la problématique de la prescription, voir Dominik Eichenberger, *Die Verjährungsregelung der VSB 16* dans la *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, RSDA, 4/2017, p. 441 ss.

⁷ Tant en application de l'art. 11 al. 4 CDB 08 que de l'art. 65 CDB 16, le délai de prescription est de cinq ans.

⁸ C.à.d. en cas de violation des art. 2 à 6 CDB 08 (cf. let D des Leading Cases de la Commission de surveillance de novembre 2013 publiés par l'ASB sur son portail sous „Topics“).

C. SANCTIONS

1. Cas bénins

Par analogie avec l'art. 63 let b CDB 16, qui stipule qu'un formulaire A incomplètement ou incorrectement rempli ne constitue un cas bénin que s'il mentionne à tout le moins le nom et le prénom (respectivement la raison sociale) de l'ayant droit économique, un formulaire T doit au moins désigner correctement le Trust et les bénéficiaires (Beneficiaries), pour qu'il puisse être question d'un cas bénin.

2. Fixation de l'amende conventionnelle

2.1. Selon l'art. 64 al. 1 CDB 16, lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il doit être dûment tenu compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. L'accent est mis en premier lieu sur les sanctions de surveillance de la FINMA. Toutefois, toutes autres mesures prises par d'autres autorités, notamment les autorités pénales, doivent également être prises en compte.

Contrairement à l'avis de la Banque, un accord transactionnel conclu dans le cadre d'une procédure pénale contre la Banque par lequel la Banque s'engage au paiement d'un montant de CHF 4 mio. aux lésés ne doit pas être pris en compte car les CHF 4 mio. correspondent à des dommages-intérêts payés à diverses personnes privées et non à une mesure imposée par une instance (étatique) sanctionnant la faute de la Banque.

2.2. Le fait que, dans le cadre d'une violation des règles de diligence affectant une relation donnée, celle-ci s'est vue créditée de montants importants à hauteur de millions constitue une circonstance aggravante aux termes de la jurisprudence de la Commission de surveillance.

Berne, février 2018

X1231427.docx

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1^{er} janvier au 30 juin 2018)

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance informe les banques et le public de sa jurisprudence, en respectant le secret bancaire et le secret des affaires. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016².

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance a publié, à intervalles plus rapprochés, sur le portail ASB un résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2018.

B. CAS PARTICULIERS

1. Identification de l'ayant droit économique

1.1 Si au moment de nouer la relation d'affaires des doutes sérieux persistent relativement à l'identité de l'ayant droit économique, la banque doit refuser d'entrer en relation d'affaires. La règle énoncée au ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 n'a certes pas été reprise textuellement dans la CDB 16, elle demeure évidemment valable sous l'empire de la CDB 16.

1.2 Les règles de diligence exigent de la banque qu'elle connaisse, sans aucun doute et en tout temps, au début ainsi que tout au long de la relation d'affaires, l'ayant droit économique des valeurs mobilières gérées. La banque ne peut ni nouer ni maintenir une relation d'affaires dans la mesure, respectivement aussi longtemps

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association suisse des banquiers (ASB) (cf. Circulaire N° 7933 ASB du 5 juillet 2017) et publié dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RFDA) 5/2017, p. 676 ss.

qu'elle entretient des doutes quant à l'ayant droit économique. Des doutes qui ne peuvent être levés lors de l'entrée en relation d'affaires ont pour conséquence que la banque doit refuser d'entrer en relation d'affaires³. Si des doutes surgissent au sujet de l'ayant droit économique dans le courant de la relation d'affaires et qu'ils ne peuvent être écartés, la banque, conformément à l'art. 46 al. 2 CDB 16 (antérieurement : art. 6 al. 3 CDB 08) a l'obligation de mettre un terme à la relation d'affaires.

La banque n'a par contre pas l'obligation (ni lors de l'ouverture d'une relation d'affaires ni dans le cadre d'une relation existante) de conduire des investigations jusqu'à ce que celles-ci aboutissent à un résultat satisfaisant (d'autant que cela peut s'avérer impossible si le client ne peut ou ne veut pas lever les doutes existants). La banque est, au contraire, libre de renoncer à des clarifications complémentaires et peut décliner l'ouverture de la relation affectée de doutes, respectivement mettre un terme à une telle relation (sous réserve que les conditions de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA ne sont pas remplies cf. art. 46 al. 3 CDB 16 respectivement 6 al. 4 CDB 08)⁴.

1.3 En application du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, les banques pouvaient en principe se fonder sur l'exactitude des indications données par le cocontractant concernant l'ayant droit économique. Elles n'avaient pas l'obligation de vérifier l'exactitude des indications contenues dans le formulaire A. C'est à la condition toutefois qu'il n'existe pas des doutes sérieux quant à l'exactitude de la déclaration du cocontractant.

La Commission de surveillance a précisé que la notion de doutes au sens du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 a le même sens que celle de constatations insolites au sens du ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08, respectivement de doute au sens de l'art. 6 al. 1 lit. c CDB 08. Le fait qu'au ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, contrairement au ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 respectivement de l'art. 6 al. 1 lit. c CDB 08, il est question de doutes *sérieux* n'a pas de portée particulière. Il n'existe en effet pas de motifs pour lesquels une banque ne devrait procéder à des vérifications complémentaires qu'en présence de doutes "*sérieux*" au sujet de l'exactitude de la déclaration relative à l'ayant droit économique alors qu'ultérieurement, dans la poursuite de la relation d'affaires, elle aurait l'obligation de renouveler la vérification de l'ayant droit économique en application de l'art. 6 al. 1 let. c CDB 08 en présence de "*simples*" doutes déjà.

³ Cf. ch. 1.1. *supra*.

⁴ Il n'incombe pas à la Commission de surveillance de décider si, en application d'autres normes, par exemple l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, la banque aurait des obligations complémentaires de clarification.

1.4 Lorsqu'une banque constatait que des indications sciemment erronées lui avaient été données à propos de l'ayant droit économique ou lorsque des doutes subsistaient au sujet des indications fournies par le cocontractant après que la procédure visée à l'art. 6 al. 1 CDB 08 eût été menée à bien, elle avait l'obligation de rompre la relation d'affaires avec le cocontractant (art. 6 al. 3 CDB 08)⁵.

Il va de soi que la banque peut être trompée sur l'identité de l'ayant droit économique, non seulement en raison des indications contenues dans le formulaire A mais également en raison d'informations complémentaires au sujet de l'ayant droit économique. Tel est en particulier le cas lorsqu'il s'agit d'indications qui peuvent s'avérer pertinentes pour établir la qualité d'ayant droit économique. Dans le cas d'espèce, la cliente avait intentionnellement donné de fausses indications sur l'ayant droit économique dans un questionnaire de *due diligence*. Dans ce cas, la banque aurait dû rompre la relation d'affaires.

1.5 Une société de domicile ne peut être elle-même ayant droit économique, ce qui était expressément stipulé dans la CDB 08 (cf. ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08) vaut évidemment aussi sous l'empire de la CDB 16.

1.6 Des personnes physiques doivent en principe être identifiées comme ayants droit économiques (art. 27 al. 2 CDB 16). Il suit de là que la banque doit exiger une déclaration complémentaire si le cocontractant ne mentionne pas une personne physique en qualité d'ayant droit économique mais une société (pour autant qu'il n'existe pas une exception à l'obligation d'identification conformément aux art. 30 ss CDB 16). Si une société exerçant une activité opérationnelle est mentionnée comme ayant droit économique, il y a lieu d'identifier, de surcroît, les détenteurs de contrôle au moyen du formulaire K⁶. Si, par contre, une société de domicile est mentionnée en qualité d'ayant droit économique, il y a lieu d'identifier les personnes physiques ayant la qualité d'ayant droit économique de la société de domicile. Une société de domicile ne peut en effet revêtir la qualité d'ayant droit économique⁷.

1.7 Une banque a ouvert un compte destiné à l'exécution conforme à la Charia d'une opération relevant de l'"islamic banking". Bien que des transactions soient intervenues sur le compte dans le cadre d'un acte juridique soumis au droit islamique qui s'écarterait substantiellement de l'activité bancaire traditionnelle, la banque a omis de procéder à des clarifications complémentaires qui lui auraient permis de comprendre réellement cette opération inhabituelle. La banque a ainsi violé ses devoirs de diligence lors de l'identification de l'ayant droit économique. A cette occasion, la Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence selon laquelle les banques qui prennent part à des opérations doivent effectivement pouvoir les comprendre : lorsqu'une banque

⁵ Sous réserve de l'obligation de communiquer conformément à l'art. 9 LBA (cf. art. 6 al. 4 CDB 08).

⁶ Cf. Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 39 CDB 16, p. 32.

⁷ Cf., ch. 1.5 *supra*.

ne comprend pas une opération, respectivement les contrats qui lui servent de fondement, elle doit soit prendre des informations et prélever des documents complémentaires où renoncer à participer à l'exécution de cette opération⁸.

2. Obligation de documentation

2.1. Il découle de l'obligation de documentation (art. 44 CDB 16; cf. aussi ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08, respectivement ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08), qu'une banque a l'obligation de saisir la date de réception des documents, respectivement de leur disponibilité dans le système. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque doit, en particulier, documenter la date de réception de ces documents. L'obligation de documentation ne requiert en principe pas que la banque documente dans ses dossiers l'identité de la personne qui lui a transmis lesdits documents.

2.2. Selon l'art. 45 CDB 16, en règle générale tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que pour l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique doivent avoir été obtenus dans leur intégralité et sous la forme voulue avant que le compte ne puisse être utilisé. Si quelques données et/ou documents seulement font défaut, le compte peut néanmoins être utilisé à titre exceptionnel, étant entendu que les données et/ou documents manquants doivent être obtenus dès que possible. Au plus tard après 90 jours, le compte doit être bloqué pour toutes les sorties de fonds jusqu'à ce que la documentation complète soit en possession de la banque.

La jurisprudence développée par la Commission de surveillance, sous l'empire de la CDB 08, concernant l'obligation de documentation au sens du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 respectivement du ch. 35 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08⁹ s'applique également à l'art. 45 CDB 16. En effet, l'art. 45 CDB 16 suppose également que seules "*quelques données et/ou documents*" font défaut. La disposition exceptionnelle de l'art. 45 CDB 16 ne s'applique ainsi qu'à la relation d'affaires dont la documentation n'est pas complète ou dont les documents d'identification disponibles sont défectueux. Par contre, en l'absence de tout document d'identification, l'art. 45 CDB 16 n'a pas lieu de s'appliquer.

⁸ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, RSDA 5/2017, p. 691, r36.

⁹ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, RSDA 5/2017, p. 692, r 41.

3. Mesure de l'amende conventionnelle

Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il y a lieu, conformément à l'art. 64 al. 1 CDB 16 de tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le cas d'espèce. Il s'agit à cet égard principalement de sanctions prononcées dans le cadre de l'activité de surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA. La confiscation d'un gain illicite par la FINMA ne constitue toutefois pas une mesure ayant un caractère de sanction dont il y aurait lieu de tenir compte dans la fixation de l'amende conventionnelle. La confiscation du gain constitue bien plutôt une mesure de droit administratif à but de compensation dont l'objectif est de rétablir une situation juridique conforme par le prélèvement des bénéfices et qui contribue ainsi à traiter équitablement les instituts financiers. La confiscation a ainsi d'abord un but de compensation plutôt qu'un caractère pénal¹⁰. C'est pourquoi elle n'a pas de conséquence pour la fixation de l'amende conventionnelle.

Berne, octobre 2018
Dominik Eichenberger, Avocat
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

¹⁰ Cf. jugement du Tribunal administratif fédéral B-798/2012 du 27 novembre 2013, c. 9.3.3 avec renvoi au message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers du 1^{er} février 2006 (FF 2006, 2829 ss).

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1^{er} juillet au 31 décembre 2018)

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence, en respectant le secret bancaire et le secret des affaires. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016².

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance a publié sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2018.

B. QUESTIONS DE PROCEDURE

Une banque s'est opposée à une extension d'enquête par le chargé d'enquête et a refusé de produire les pièces complémentaires demandées concernant d'autres relations d'affaires au motif que les conditions à l'extension de l'enquête n'étaient pas remplies : la demande de pièces complémentaires constituait une „fishing expedition“ prohibée. Le chargé d'enquête a soumis la question au Président de la Commission de surveillance pour décision.

Même si la lettre de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête du 1^{er} décembre 2015 ne fait référence qu'aux décisions relatives à l'admissibilité de mesures d'investigation spécifiques, il n'est pas contesté que le Président de la Commission de surveillance est également compétent s'agissant de l'extension de l'enquête réglée à l'art. 3 al. 2 du Règlement d'enquête s'agissant d'une enquête déjà en cours. Par ailleurs, la Commission de surveillance a déjà décidé que la procédure de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête s'applique également en cas de divergence

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association suisse des banquiers (ASB) (cf. Circulaire N° 7933 ASB du 5 juillet 2017) et publié dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

entre le chargé d'enquête et la banque au sujet de l'ouverture d'une enquête (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken* 2005-2010, *Revue suisse du droit des affaires*, RSDA 1/2011, p. 50). Cette règle s'applique également à la question de l'admissibilité d'une extension de l'enquête dans une procédure pendante.

En l'espèce, le Président de la commission de surveillance, en accord avec la jurisprudence (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken* 2005-2010, RSDA 1/2011, p. 50 ; cf. aussi Décision du Président de la Commission de surveillance du 14 août 2009, publiée sous ch. 9 des „Leading Cases“ d'août 2009 par l'Association suisse des banquiers sur son portail sous Topics, rubrique CDB) a confirmé que les règles de l'art. 3 et de l'art. 4 du Règlement d'enquête relatives à l'ouverture d'une enquête respectivement aux actes d'enquête effectués par les chargés d'enquête sont interprétées de manière extensive. Une interprétation restrictive des art. 3 et 4 du Règlement d'enquête serait en effet contraire au sens et au but des règles de diligence et porterait atteinte à la crédibilité du système d'autorégulation tel qu'il est institué par la CDB. Cela ne saurait être dans l'intérêt de la place financière suisse dont la défense de la réputation est un des buts déclarés de la CDB (cf. let. a du Préambule de la CDB 16). Le but de la CDB et du Règlement d'enquête édicté en application de l'art. 60 al. 5 CDB 16 est de permettre une clarification aussi complète que possible d'éventuelles violations des devoirs de diligence, sans pour autant autoriser le chargé d'enquête à procéder à de véritables „fishing expeditions“ en prélevant au hasard des informations et des pièces qui n'ont pas de lien reconnaissables avec d'éventuelles violations des devoirs de diligence³.

C. CAS PARTICULIERS

1. Etendue de la diligence

Conformément au principe de la CDB qui préconise une approche fondée sur le risque (cf. à ce sujet Commentaire CDB 08 Convention relative à l'obligation de diligence des banques, p. 22), le degré de diligence dont la banque doit faire preuve lors de l'identification de l'ayant droit économique dépend des circonstances concrètes relatives à la relation d'affaires. Lorsqu'une banque qualifie elle-même – à juste titre – une relation d'affaires de relation présentant des risques accrus, elle doit faire preuve d'un degré accru de diligence.

³ Le Président de la Commission de surveillance a admis la demande du chargé d'enquête car l'extension de l'enquête et la demande de production de pièces en lien avec celle-ci se distinguaient clairement d'une recherche de preuve prohibée. S'est avéré décisif le fait que l'extension de l'enquête ne portait pas sur un nombre illimité de relations d'affaires mais seulement sur des comptes spécifiquement désignés dans la procédure qui présentaient un lien concret et clair avec l'enquête déjà ouverte. Le Président a par conséquent autorisé le chargé d'enquête à poursuivre l'enquête telle qu'étendue par lui. Il a ordonné à la banque de donner suite à la demande de production de pièces du chargé d'enquête.

2. Devoirs de répétition

2.1. L'obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique ne présuppose pas que la banque a la certitude que les déclarations faites initialement au sujet de l'ayant droit économique ne sont pas (plus) exactes. Il suffit plutôt que la banque ait des doutes (ou qu'elle ait dû avoir des doutes) et que ces doutes n'aient pas pu être levés par des clarifications complémentaires. Il existe toujours un doute en présence de constatations insolites⁴.

2.2. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance viole déjà son devoir de répétition la banque qui, à l'occasion de l'octroi de la signature individuelle en faveur d'un représentant habilité à signer collectivement à deux pour une société de domicile, omet de procéder à des clarifications complémentaires relatives à l'ayant droit économique (cf. Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken* 2001-2005, RSDA 2005, p. 257). A fortiori, la banque ne saurait-elle demeurer inactive lorsque – comme dans le cas d'espèce – deux titulaires de la signature individuelle se voient retirer leur pouvoir de signature. C'est à plus forte raison encore le cas lorsque la société de domicile (une Sàrl suisse) n'a pas seulement modifié les pouvoirs de signature mais aussi ses associés-gérants dans la mesure où deux des associés et gérants ont quitté la société. Les modifications des pouvoirs de signature, des droits de participation et de représentation de la Sàrl auraient impérativement dû conduire la banque à renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique et à exiger de sa cocontractante une déclaration relative à l'ayant droit économique si les doutes survenus ne pouvaient être écartés par des clarifications postérieures.

2.3. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la règle des 90 jours énoncée au ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08, respectivement à l'art. 45 CDB 16, s'applique par analogie aux devoirs de répétition. La procédure prévue à l'art. 6 CDB 08, respectivement à l'art. 46 CDB 16, doit ainsi également être diligentée dans le délai de 90 jours (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht* RSDA 5/2017, p. 694 ss, ch. 53). Cela signifie que l'ensemble des pièces qui doivent être prélevées à l'occasion de la répétition de la procédure doivent être disponibles dans le délai de 90 jours. La banque qui n'a prélevé un nouveau formulaire A que nettement plus de 90 jours après, a violé son obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

⁴ Dans le cas d'espèce, il s'agissait de versements en espèces totalisant CHF 450'000.00. Ce montant dépassait en outre la fortune totale de la cliente telle qu'elle avait été relevée dans le profil client de la banque. Il s'agissait donc manifestement d'une constatation insolite.

3. Intention

Les violations des art. 6-8 CDB 08 n'étaient sanctionnées que si elles étaient commises intentionnellement. La CDB 16 ne contient pas de réglementation à ce sujet. Selon le Commentaire-16 Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques, à l'art. 64 CDB 16, les violations des art. 46-57 CDB 16 ne sont sanctionnées que si elles ont été commises intentionnellement. La Commission de surveillance n'a pas de motif de s'écarter de l'opinion exprimée dans le commentaire dans la mesure où dès le 1^{er} janvier 2020 lors de l'entrée en vigueur de la CDB 20, le caractère intentionnel sera (à nouveau) explicitement stipulé (cf. art. 64 al. 2 CDB 20).

Berne, mars 2019

Dominik Eichenberger, Avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

(Convention relative à l'obligation de diligence des banques)

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1^{er} janvier au 30 juin 2019)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 16 – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – la Commission de surveillance informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.²

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie périodiquement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2019.

B. NOUVEAU REGLEMENT DE PROCEDURE

Le 1^{er} mai 2019, est entré en vigueur le nouveau règlement de procédure adopté le 14 mars 2019. Il remplace le règlement de procédure du 27 mai 2017 et s'applique à tous les cas pendants devant la Commission de surveillance dès son entrée en vigueur.⁴

Le nouveau règlement de procédure ne contient pas de modifications matérielles. Le règlement a essentiellement été adapté à la pratique actuelle de la Commission de surveillance. En outre, il a été procédé à quelques légères modifications d'ordre rédactionnel.

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association suisse des banquiers (ASB) (cf. Circulaire ASB N° 7933 du 5 juillet 2017) et dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB N° 7989 du 9 avril 2019 couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2018 que la Commission de surveillance a publié en dernier lieu ses „Leading Cases“.

⁴ Les banques ont été informées par la Circulaire ASB N° 7990 du 21 mai 2019 de l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure.

C. COMPETENCE

1. Délimitation entre la CDB et la LBA/OBA-FINMA

Une banque a objecté que le reproche formulé à son encontre par le chargé d'enquête concernait une violation de la LBA et non de la CDB. Le chargé d'enquête n'était pas compétent pour examiner de telles questions. La Commission de surveillance CDB a dès lors examiné la question de sa compétence et de la délimitation entre les obligations de diligence selon la CDB, respectivement selon la législation en matière de blanchiment d'argent.

La Commission de surveillance a d'abord relevé que les chargés d'enquête et la Commission de surveillance CDB n'étaient pas compétents pour instruire respectivement sanctionner, des violations touchant à la législation en matière de blanchiment d'argent (à l'exclusion de la CDB) (cf. art. 60 al. 2 CDB 16). S'agissant de la compétence de la Commission de surveillance et des chargés d'enquête CDB, il est donc décisif de déterminer si les devoirs de diligence, dont la violation est reprochée à la banque ont leur source dans la CDB ou (seulement) dans la LBA, respectivement l'OBA-FINMA. S'agissant des devoirs de diligence existant en cas de constatations inhabituelles, il y a lieu de délimiter le champ d'application entre la CDB et la législation de blanchiment d'argent de la manière suivante :

Les règles de diligence prévoient que les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique, lorsqu'au cours de la relation d'affaires des doutes surviennent au sujet de l'ayant droit économique et que ces doutes n'ont pas pu être levés par d'éventuelles clarifications (art. 46 CDB 16 ; cf. aussi art. 6 CDB 08). Un doute au sens de l'art. 46 CDB 16, respectivement de l'art. 6 CDB 08, existe toujours en présence de constatations inhabituelles (ch. 2.1 des Leading Cases de juillet à décembre 2018). La Loi sur le blanchiment d'argent connaît une disposition analogue concernant l'obligation de renouveler l'identification de l'ayant droit économique (cf. art. 5 LBA).

Outre les obligations de diligence stipulées à charge des banques par la CDB relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification des ayants droit économiques, la Loi sur le blanchiment d'argent prévoit des obligations de diligence particulières (cf. art. 6 LBA cum art. 13 ss OBA-FINMA). Ces obligations de diligence particulières exigent entre autres de l'intermédiaire financier qu'il éclaire l'arrière-plan économique en présence de transactions et de relations d'affaires présentant un caractère inhabituel et en présence d'une transaction ou d'une relation d'affaires comportant un risque accru (cf. art. 6 al. 2 let. a et let. c LBA). La CDB ne contient pas de disposition semblable à l'art. 6 LBA.

La Commission de surveillance ne pouvait ni ne devait par conséquent juger si la banque avait des obligations de diligence particulières au sens de l'art. 6 LBA relativement aux relations d'affaires et aux transactions, objets de la procédure CDB. Cette tâche incombe exclusivement à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA.

La Commission de surveillance a précisé à cette occasion que les obligations de diligence particulières au sens de la Loi sur le blanchiment d'argent (respect. leur violation) n'étaient pas équivalentes aux devoirs de répétition stipulés à l'art. 46 CDB 16, respectivement l'art. 6 CDB 08 (resp. leur violation). Il est parfaitement possible qu'une transaction inhabituelle ou une relation d'affaires inhabituelle au sens de la législation en matière de blanchiment d'argent constitue également une constatation inhabituelle au sens de la CDB ; tel n'est cependant pas nécessairement le cas. Une relation d'affaires ou une transaction inhabituelle au sens de la législation en matière de blanchiment d'argent peut mais ne doit pas nécessairement représenter une constatation inhabituelle au sens de la CDB.

2. Champ d'application de la CDB

Une banque a dénoncé une violation des devoirs de diligence qu'elle n'avait pas commise elle-même mais qui était imputable à une filiale agissant en qualité de gérant de fortune, qui n'avait pas adhéré à la CDB.⁵

Faute d'avoir ratifié la CDB, la filiale n'est pas soumise aux sanctions des art. 58-65 CDB 16. La Commission de surveillance n'est ainsi pas compétente pour prendre des sanctions au sens de l'art. 61 CDB 16 à l'encontre de la filiale.

La Commission de surveillance a par contre examiné si la CDB contenait une base légale suffisante pour sanctionner une banque ayant adhéré à la CDB pour des violations des devoirs de diligence qui n'ont pas été commises par la banque elle-même mais par sa filiale (seulement) active dans le domaine bancaire ou financier.⁶ Il y avait lieu de décider si le champ d'application de la CDB s'étendait seulement aux banques ayant adhéré à la CDB ou également à leurs filiales.

Le champ d'application de la CDB est défini à l'art. 1 CDB 16. L'art. 1 CDB 16 dispose ce qui suit :

„¹Sont soumis à la Convention les banques et les négociants en valeurs mobilières pour tous leurs comptoirs situés en Suisse, mais pas leurs succursales, représentations et filiales à l'étranger (cf. toutefois les articles 11, 19 et 43).

²Les banques ne doivent pas utiliser leurs succursales étrangères, ni les sociétés du groupe à l'étranger actives dans le domaine bancaire ou financier, pour contourner la présente Convention.

³Les dispositions de la présente Convention s'appliquent sans réserve aux comptes, livrets, dépôts et compartiments de coffre-fort désignés par un numéro ou un code.“

⁵ La filiale a adhéré à l'OAR de l'Association Suisse des Gérants de Fortune (ASG).

⁶ Si la banque (respect. ses collaborateurs) avait elle-même participé aux violations des devoirs de diligence dans le cadre de l'activité de la filiale, elle aurait à répondre des violations aux obligations de diligence selon les règles de droit qui lui sont applicables. Dans le cas d'espèce, il n'y avait pas la moindre indication que la banque ou ses collaborateurs aient été impliqués dans les violations des devoirs de diligence commises par la filiale.

Le libellé de l'art. 1 al. 1 CDB 16 ne permet pas de déterminer, si les banques qui ont adhéré à la Convention y sont soumises avec leurs filiales suisses ou non. La première partie de la phrase de l'art. 1 al. 1 CDB 16 (*„Sont soumis à la Convention les banques et les négociants en valeurs mobilières pour tous leurs comptoirs situés en Suisse“*) ne mentionne que les comptoirs, ce qui tend plutôt à exclure les filiales, lesquelles – contrairement aux comptoirs – jouissent de l'autonomie juridique. La deuxième partie de la phrase de l'art. 1 al. 1 CDB 16 (*„mais pas leurs succursales, représentations et filiales à l'étranger“*) exclut explicitement les filiales étrangères, ce qui – *a contrario* – peut être une indication que les filiales nationales (c.-à-d. suisses) entreraient dans le champ d'application de la CDB.⁷

Après avoir pris en considération divers autres éléments d'interprétation, la Commission de surveillance est arrivée à la conclusion que la CDB 16 ne se prononce pas avec une clarté suffisante sur la question de savoir si les banques sont soumises à la CDB conjointement avec leurs filiales (suisses). En considération de la réglementation à maints égards peu claire de l'art. 1 CDB 16, la Commission de surveillance a décidé qu'il n'existait pas une base légale suffisamment claire pour étendre les obligations de diligence aux filiales (suisses) des banques affiliées.

Une banque ne peut par conséquent pas être sanctionnée pour des violations des devoirs de diligence commises par une de ses filiales.⁸ La Commission de surveillance a par conséquent classé la procédure contre la banque⁹.

⁷ En revanche, selon la version italienne de l'art. 1 al. 1 CDB 16, les banques sont soumises à la CDB avec leurs filiales suisses également (*„Sottostanno alla Convenzione di diligenza le banche e i commercianti di valori mobiliari con tutte le loro sedi, filiali e agenzie stabilite in Svizzera“*).

⁸ Demeure réservé le cas où la banque a participé aux violations des devoirs de diligence commises (en premier lieu) par la filiale (cf. note de bas de page 6 ci-dessus) ou si la banque a abusivement eu recours à sa filiale pour contourner les obligations de diligence (cf. art. 1 al. 2 CDB 16).

⁹ Les frais n'ont, dans ce cas, pas été mis à charge de la banque.

D. CAS PARTICULIERS

1. Obligation de documentation

Les banques doivent s'assurer que la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique sont dûment documentées. Les documents d'identification requis à cet effet doivent être conservés. Fait notamment partie de cette obligation de documentation la saisie par la banque de la réception des documents ou de leur disponibilité dans le système de façon à ce qu'elle puisse être retracée (art. 44 CDB 16 ; cf. aussi ch. 23 des Dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et ch. 36 des Dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08).

Une banque avait apposé un timbre de réception sur la demande d'ouverture de compte signée par le client. Le formulaire A signé le même jour ne comportait pas de timbre correspondant. La date de réception du formulaire A par la banque était dès lors incertaine. Contrairement au point de vue exprimé par la banque, le fait d'apposer le timbre de réception sur la demande d'ouverture de compte ne permet pas d'établir que tous les autres documents d'ouverture de compte, en particulier le formulaire A, étaient également disponibles en mains de la banque à ce moment. Il n'existe pas de présomption de fait (naturelle) que les documents contenus dans le dossier de la banque aient été prélevés à temps, c.-à-d. au moment de l'établissement de la relation d'affaire (cf. Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005, RSDA 2005, p. 246). Il incombe bien plutôt aux banques de consigner ce fait dans leurs dossiers de manière claire. A défaut, elles violent leur obligation de documentation.

2. Obligation de répétition

2.1. Il y a toujours un doute quant à la qualité d'ayant droit économique en cas de constatations inhabituelles. Un cas fréquent, propre à éveiller des doutes, est celui des paiements, respectivement des retraits au comptant, en raison du fait que les opérations au comptant sont propres à interrompre le „Paper Trail“. La jurisprudence de la Commission de surveillance selon laquelle un retrait au comptant de plus de CHF 50'000 doit être qualifié de constatation inhabituelle n'est cependant plus valable d'une manière aussi générale (cf. Georg Friedli, let. C ch. 4.8 du Rapport d'activité 2001-2005 publié sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers sous „Topics“). Les opérations au comptant portant sur des montants à six, voire sept chiffres, sont en revanche clairement de nature à provoquer des doutes au sens de l'art. 6 CDB 08 (cf. Georg Friedli, let. C ch. 4.9 du Rapport d'activité 2001-2005 publié sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers sous „Topics“; Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005, Revue Suisse Droit des Affaires et du Marché Financier, RSDA 2005, p. 255 ; Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, Revue Suisse Droit des Affaires et du Marché Financier, Revue Suisse Droit des Affaires et du Marché Financier, RSDA 2002, p. 179).¹⁰

¹⁰ Le cas d'espèce concernait 50 retraits au comptant d'une valeur totale de plus de CHF 4 mio. Cela constituait clairement une constatation inhabituelle qui aurait dû inciter la banque à procéder conformément à l'art. 6 CDB 08.

2.2. Dans le cadre de la relation d'affaires avec une société de domicile étrangère, la banque a eu des doutes au sujet de l'exactitude de la déclaration concernant l'ayant droit économique faite au moyen d'un formulaire A. La banque a toutefois renoncé à répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique. Au lieu de cela, elle a procédé au blocage du compte et a procédé à une dénonciation au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). Cette manière de procéder est conforme aux obligations de diligence. La banque peut en effet renoncer à des clarifications complémentaires, resp. à prélever un nouveau formulaire A, si elle décide de rompre la relation d'affaires douteuse, dans la mesure où les conditions de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA ne sont pas remplies (cf. let. B/ch. 1.2 des Leading Cases de la Commission de surveillance du 1^{er} janvier au 30 juin 2018 publiés sur le Portail de l'Association Suisse des Banquiers sous Topics, rubrique CDB). Lorsque, comme dans le cas d'espèce, il existe une obligation de communiquer conformément à l'art. 9 LBA, le fait que la banque, au lieu de procéder à des clarifications complémentaires, bloque le compte et communique ses soupçons au MROS, n'est pas critiquable.

2.3. La procédure prévue à l'art. 6 CDB 08 doit, selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, être mise en oeuvre dans un délai de 90 jours (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2011-2016, RSDA 5/2017, p. 695, ch. 53). Il en va de même lorsque la banque décide, en cas de doute au sujet de l'ayant droit économique, de ne pas prélever un nouveau formulaire A mais de rompre la relation d'affaires (respect. selon les circonstances, de procéder à une communication MROS).¹¹ Les banques sont ainsi obligées, en cas de doute au sujet de l'exactitude du formulaire A, soit de renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique dans le délai de 90 jours, soit de rompre la relation d'affaires ou – s'il existe un devoir de communiquer au sens de l'art. 9 LBA – de procéder à une communication MROS.

2.4. Les banques ont l'obligation de procéder conformément à l'art. 6 CDB 08, respect. l'art. 46 CDB 16, en cas de constatations inhabituelles dans le cadre de la relation d'affaires. Il y a constatations inhabituelles, notamment lorsqu'un compte est utilisé pour des transactions de passage (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2011-2016, Revue Suisse Droit des Affaires et du Marché Financier, RSDA 5/2017, p. 694, ch. 50). Le recours à la procédure prévue aux art. 6 CDB 08, resp. 46 CDB 16, n'est pas seulement exigée, lorsqu'il est certain qu'un compte bancaire est utilisé comme compte de passage. Le soupçon suffit que les paiements intervenant sur le compte constituent des opérations de passage (cf. aussi ch. 2.1 des Leading Cases du 1^{er} juillet au 31 décembre 2018).

¹¹ La banque y est fondamentalement autorisée (cf. ch. 2.2 ci-dessus).

2.5. Une opération de passage ne se caractérise pas nécessairement par le fait qu'une somme d'argent payée sur un compte soit intégralement transférée sur un autre compte. Il est parfaitement possible qu'une opération de passage soit réalisée même si les montants transférés ne correspondent pas exactement à ceux reçus précédemment. Le fait que ce soit seulement une partie des fonds crédités sur le compte qui sont transférés n'affecte pas l'existence d'une opération de passage. De même, on ne peut d'emblée écarter l'existence d'une opération de passage au seul motif que l'entrée des fonds et leur sortie n'ont pas eu lieu le même jour. Certes, il doit exister une certaine connexité temporelle entre l'entrée et la sortie des fonds. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, il n'est cependant pas pertinent par exemple que les fonds crédités sur le compte de passage soient virés plus tard ou qu'ils servent à compenser un transfert antérieur (cf. let. C/ch. 1.3 des Leading Cases du 1^{er} janvier au 31 décembre 2011). Lorsque seuls quelques jours se sont écoulés entre l'entrée et la sortie des fonds, l'élément de proximité temporelle est sans autre réalisé.¹²

2.6. Une banque a noué une relation d'affaires en 2001 avec un ressortissant français. Un an plus tard, la banque a également noué une relation d'affaires avec son épouse, ressortissante américaine. La fortune de l'époux provenait principalement d'opérations immobilières, alors que la fortune de l'épouse provenait d'une succession. En 2008, les époux ont transféré leurs avoirs placés jusque-là de manière séparée d'un montant d'environ EUR 2 mio chacun sur un compte nouvellement ouvert au nom d'une société de domicile étrangère. La société de domicile a dès lors déclaré au moyen d'un formulaire A que l'époux et l'épouse étaient les ayants droit économiques des valeurs mobilières détenues sous la relation nouvellement ouverte. En 2013, la banque a reçu un nouveau formulaire A pour le compte de la société de domicile selon lequel la cocontractante a déclaré que, désormais, seul le mari était ayant droit économique. Les époux ont expliqué que, dans le cadre d'une réorganisation de leur patrimoine, ils ont décidé que le mari s'occuperait seul des avoirs déposés à la banque, alors que l'épouse s'occuperait davantage d'autres valeurs patrimoniales. La banque a accepté la modification de l'ayant droit économique notifiée au moyen d'un formulaire A sans demander aucunes autres clarifications ni de documents complémentaires.

¹²

Dans le cas d'espèce, il s'agissait de 45 entrées et sorties de fonds, à chaque fois pour des montants de cinq à sept chiffres en Dollars (par ex. une entrée de USD 260'000.00 le 12 août et une sortie de USD 250'000.00 le 13 août). Il y avait ainsi des motifs suffisants de soupçonner que les entrées et sorties de fonds constituaient des opérations de passage. La banque devait donc procéder conformément à l'art. 6 CDB 08. Ce d'autant plus que d'autres constatations insolites ont été effectuées en relation avec ces transactions: ainsi les paiements reçus excédaient de beaucoup ceux attendus selon le profil client. Le client avait en outre requis que le donneur d'ordre et le bénéficiaire des paiements ne soient pas nommés en relation avec ces entrées et sorties de fonds.

Le changement d'ayant droit économique du compte de la société de domicile cinq ans après que la relation d'affaires a été nouée commandait clairement que la banque procède à des clarifications complémentaires. La procédure prévue à l'art. 6 CDB 08 ne doit en effet pas seulement être suivie, lorsqu'il est certain que la déclaration concernant l'ayant droit économique n'est pas exacte, il suffit au contraire d'un soupçon que la déclaration du cocontractant pourrait ne pas être exacte (cf. aussi ch. 2.4 ci-dessus). Dans le contexte du différend fiscal survenu avec les Etats-Unis qui devenait de plus en plus aigu, l'idée devait s'imposer que le changement d'ayant droit économique de la société de domicile, communiqué à la banque au moyen du formulaire A en avril 2013, par lequel la qualité d'ayant droit économique de l'époux français et de son épouse américaine était dorénavant attribuée à l'époux seulement, a été opéré à seule fin de masquer le lien américain des avoirs placés au nom de la société de domicile. Il existait donc un fort soupçon que la déclaration effectuée par la cocontractante au moyen du formulaire A en avril 2013 concernant l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales sur le compte de la société de domicile était inexacte.¹³

La déclaration faite par les clients selon laquelle la modification de l'ayant droit économique du compte de la société de domicile était motivée par une réorganisation de leur patrimoine n'était pas propre, dans ce contexte, à dissiper les doutes affectant les indications contenues dans le formulaire A, alors qu'il n'existait aucun document permettant d'expliquer pourquoi et de quelle manière les valeurs patrimoniales ayant d'abord appartenu à l'épouse ont été transférées au mari. Dans la mesure où la banque a accepté le formulaire A en l'absence d'une quelconque documentation écrite relative à la prétendue réorganisation du patrimoine, elle a violé son obligation de répétition selon l'art. 6 CDB 08.¹⁴

¹³ Militait également en faveur de l'hypothèse que le couple franco-américain a tenté en 2013 de masquer le lien américain des valeurs patrimoniales de l'épouse le fait que, parallèlement au changement d'ayant droit économique de la société de domicile, des avoirs détenus encore à ce moment sur un compte au nom de l'épouse ont été liquidés et transférés à une nouvelle rubrique ouverte sous le compte de l'époux.

¹⁴ Une assistance active à la soustraction fiscale et des actes analogues interdits au sens de l'art. 8 CDB 08 n'ont pas été constatés, dès lors que la banque n'a pas émis des attestations incomplètes ou de nature à induire en erreur d'une autre manière en relation avec ces faits.

E. NORMES DE CONTRÔLE ET DE PROCEDURE

1. Mesure de l'amende conventionnelle

1.1. Est tout d'abord déterminante pour la fixation de l'amende conventionnelle la gravité de la violation (art. 64 al. 1 CDB 16). La question de savoir si la violation d'un devoir de diligence commis par la banque doit être qualifiée de grave s'apprécie d'après la jurisprudence constante de la Commission de surveillance selon que la banque a violé des dispositions centrales de la CDB ou simplement des dispositions moins importantes, de détails ou d'exécution. Il y a également lieu de tenir compte du nombre de violations commises.¹⁵

1.2. Il y a par ailleurs lieu de tenir compte du degré de culpabilité, s'agissant de mesurer le montant de l'amende conventionnelle en cas de violation des devoirs diligence (art. 64 al. 1 CDB 16). Sous l'angle de la culpabilité, il y a lieu principalement de considérer si la violation des devoirs de diligence a été commise intentionnellement ou simplement par négligence. C'est la culpabilité des collaborateurs fautifs qui doit être prise en compte car les banques répondent de la culpabilité de leurs collaborateurs (Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995-1997, RSDA 1998, p. 107).

Une banque a fait valoir à ce propos qu'elle avait exercé la cura in eligendo, la cura in instruendo et la cura in custodiendo à l'égard du gestionnaire responsable de la violation du devoir de diligence. Dans le cas d'espèce, il n'était raisonnablement pas possible pour la banque de prévenir le comportement illégal, hors de toute logique et hors de toute prévisibilité ainsi que pénalement relevant du gestionnaire (qui dans l'intervalle a été licencié avec effet immédiat). Pour ce motif, il n'était pas possible de retenir une intention à charge de la banque.

La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence constante selon laquelle les banques répondent de toutes fautes de leurs collaborateurs, même lorsque le comportement fautif est particulièrement grossier (et dans tous les cas même pénalement relevant) (cf. Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, RSDA 2002, p. 182). Le fondement de cette responsabilité se trouve dans la norme d'imputation résultant de l'art. 101 de la Loi fédérale complétant le Code Civil Suisse (Livre cinquième : droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220), qui prévoit la responsabilité du maître pour ses auxiliaires (collaborateurs). Il résulte de l'article 101 CO que les banques répondent du comportement de leurs collaborateurs, même si elles-mêmes n'ont commis aucune faute. La banque ne peut se libérer de sa responsabilité en rapportant la preuve qu'elle a voué une attention suffisante dans le choix, l'instruction et la surveillance du collaborateur de sorte qu'elle n'a pas commis de faute.

¹⁵ Est également déterminant le montant des valeurs patrimoniales impliquées. Le fait que les relations sujettes aux violations des devoirs de diligence ont été créditées de montants importants, a un effet aggravant sur la peine selon la jurisprudence de la Commission de surveillance (let. C/ch. 2.2 des Leading Cases de la Commission de surveillance publiés par l'Association Suisse des Banquiers sur son Portail sous Topics de mars 2018).

L'objection de la banque selon laquelle on ne pouvait lui faire aucun reproche concernant le choix, l'instruction et la surveillance du gestionnaire fautif s'avère ainsi irrelevante. La banque doit en effet se voir dans tous les cas reprocher le comportement du gestionnaire en particulier et indépendamment de sa propre culpabilité.¹⁶

1.3. La Commission de surveillance doit en outre tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas pour fixer l'amende conventionnelle (art. 64 al. 1 CDB 16, 2^{ème} phrase). Les „autres instances“ au sens de l'art. 64 al. 1 CDB 16 sont les tribunaux ou autorités civiles, pénales et administratives, qui ont déjà sanctionné la banque pour le même comportement fautif.

Une banque a fait valoir qu'elle a été sanctionnée d'une amende dans le cadre du programme DOJ américain concernant la même relation d'affaires. La question de savoir si la notion d'„autres instances“ inclut des autorités judiciaires étrangères telles que le Department of Justice (DOJ américain), a été laissée ouverte car le dossier ne contenait aucune pièce permettant d'établir que la banque avait effectivement procédé au paiement d'une amende en mains du DOJ (et, si oui, de quel montant). Si la banque se prévaut du fait que la Commission de surveillance pour fixer la peine conventionnelle doit tenir compte d'une mesure imposée par une autre instance dans la même affaire, elle doit clairement le documenter – par exemple, en produisant la décision ou le jugement établissant ce fait. A défaut, les allégations relatives à de telles mesures (qui ne sont pas prouvées) ne sont d'emblée pas prises en considération par la Commission de surveillance.

1.4. La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence selon laquelle la confiscation du profit ordonné par la FINMA n'équivaut pas à une mesure d'une „autre instance“ au sens de l'art. 64 al. 1 CDB 16 et n'a par conséquent pas d'effet sur le montant de l'amende conventionnelle (cf. let B/ch. 3 des Leading Cases de la Commission de surveillance d'octobre 2018 publiés sur le Portail de l'Association Suisse des Banquiers sous Topics, rubrique CDB). A fortiori, les frais de procédure mis à charge par la FINMA dans le cadre d'une procédure d'enforcement contre la banque ne sauraient avoir une incidence sur le calcul de l'amende conventionnelle.

1.5. De même, les frais à charge de la banque résultant d'un mandat donné à une société d'audit qui avait rédigé un rapport spécial sur des relations d'affaires objets d'une procédure CDB n'ont pas d'incidence sur le calcul de l'amende conventionnelle. Il ne s'agit manifestement pas de „mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas d'espèce“.

¹⁶ La Commission de surveillance, pour calculer le montant de l'amende conventionnelle, a considéré que sous l'angle de la culpabilité, la violation des devoirs de diligence avait été commise intentionnellement dans le cas d'espèce, dès lors que le gestionnaire responsable a violé la CDB avec conscience et volonté.

1.6. La mesure de l'amende conventionnelle tient compte, outre d'autres critères, de la situation financière de la banque (art. 64 al. 1 CDB 16). Selon une jurisprudence datant de plusieurs années, la Commission de surveillance tient compte des chiffres résultant du bilan annuel concernant le profit, respect. la perte, ainsi que le capital propre de la banque (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010, RSDA 1/2011, p. 59; Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, für die Jahre 2011 bis 2016 RSDA 5/2017, p. 700, nm. 75). L'amende conventionnelle est fixée par référence à la situation financière au moment où la Commission de surveillance rend sa décision (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2011-2016, für die Jahre 2011 bis 2016, RSDA 5/2017, p. 700, nm. 74). Elle ne considère pas seulement les derniers chiffres connus. Elle prend également en compte ceux de l'année précédente. Est ainsi déterminante la moyenne des périodes les plus récentes.

1.7. Le fait pour la banque de renoncer à l'exception de prescription est un facteur de réduction de l'amende conventionnelle.¹⁷

2. Répartition des frais

3.1. Une banque avait contesté en partie les violations des devoirs de diligence qui lui étaient reprochées par le chargé d'enquête et avait sollicité une réduction de l'amende conventionnelle requise par le chargé d'enquête. Les frais mis à charge de la banque devaient être réduits de manière correspondante. La Commission de surveillance a considéré que, dans certains cas, les violations des devoirs de diligence retenues par le chargé d'enquête n'étaient pas réalisées et ne pouvaient pas être sanctionnées. Contrairement à l'opinion de la banque, il ne s'agissait pas là d'un motif de réduction partiel des frais à charge de la banque. L'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure prévoit en effet que la totalité des frais peuvent être mis à la charge de la banque, même en cas de classement de la procédure. Il se justifie par conséquent d'autant plus de mettre à la charge de la banque la totalité des frais d'enquête et de procédure, lorsque – comme dans le cas d'espèce – elle a été condamnée à une amende conventionnelle en raison de nombreuses violations des obligations de diligence.

3.2. Conformément à l'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure, les frais de procédure peuvent être mis (en totalité ou partiellement) à charge de la banque, même en cas de classement de la procédure. Les frais peuvent être mis à charge de la banque, même si celle-ci ne les a pas causés. Il suffit que les actes d'instruction ne paraissent pas d'emblée injustifiés.

¹⁷ La renonciation à l'objection de prescription est sans autre admissible (cf. ch. 4.1 ci-dessous).

3. Motivation

3.1. Les décisions de classement ne sont en général pas motivées (art. 7 al. 4 du Règlement de procédure). Il est cependant parfaitement admissible et, parfois, indiqué de motiver les décisions de classement, en particulier lorsque des questions fondamentales sont soulevées en relation avec la décision de classement et/ou le chargé d'enquête et la banque ont pris des conclusions différentes relativement au sort de la procédure.¹⁸

4. Prescription

4.1. Conformément à la Règlementation de la prescription selon l'art. 65 CDB 16, les violations de la Convention qui remontent à plus de cinq ans ne sont plus poursuivies. Le délai est interrompu par l'ouverture de l'instruction par le chargé d'enquête.

Les banques sont évidemment libres de renoncer à l'exception de prescription selon l'art. 65 CDB 16 dans le cadre de la procédure devant la Commission de surveillance.¹⁹

Berne, juillet 2019

Dominik Eichenberger, Avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1362364.docx

¹⁸ Dans la décision concernée, la Commission de surveillance a dû trancher des questions fondamentales concernant le champ d'application de la Convention de diligence (il s'agissait du cas décrit sous let. C/ch.2 ci-dessus). C'est pourquoi il se justifiait exceptionnellement de motiver la décision de classement.

¹⁹ Dans ce cas, la FINMA avait mené sa propre enquête dans le cadre de laquelle elle a convenu, avec la banque, que le délai de prescription devait être calculé à partir d'une autre date que celle qui aurait dû être retenue en application de la CDB. Ainsi, la violation en question n'était pas prescrite selon la FINMA dans le cadre de la procédure CDB, la banque a donc déclaré à l'attention de la Commission de surveillance qu'elle entendait assumer sa responsabilité et qu'elle renonçait à se prévaloir de la prescription. La violation des devoirs de diligence commise par la banque, qui était en principe prescrite, a pour ce motif été sanctionnée par la Commission de surveillance qui a toutefois tenu compte de la renonciation à se prévaloir de la prescription au titre de facteur de réduction de l'amende (cf. ch. 1.7 ci-dessus).

COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

(Convention relative à l'obligation de diligence des banques)

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(du 1^{er} juillet au 31 décembre 2019)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20 la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition.¹ Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.²

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2019.

B. LA CDB 20

La CDB a été révisée à plusieurs reprises depuis son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1977. C'est la version révisée de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 13 juin 2018 (CDB 20) qui s'applique depuis le 1^{er} janvier 2020.⁴

La dernière révision de la CDB a pour objet la mise en œuvre des conclusions du rapport d'évaluation mutuelle du groupe d'action financière (GAFI/FATF) du 7 décembre 2016 : elle concerne en particulier les seuils applicables à l'exécution d'opérations de négoce et les opérations de caisse qui s'élevaient jusque-là à CHF 25'000.00, lesquels ont été supprimés, respectivement réduits à CHF 15'000.00 (art. 4, art. 20 et art. 27 CDB 20). En outre, les conditions auxquelles des données ou documents manquants peuvent à titre exceptionnel être obtenus ultérieurement ont été renforcées. D'une part, le délai pour obtenir les données et/ou documents manquants a été réduit de 90 à 30 jours (art. 45 al. 4 CDB 20).

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association suisse des banquiers (ASB) (cf. Circulaire ASB N° 7933 du 5 juillet 2017) et dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB N° 8003 du 25 septembre 2019 couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2019 que la Commission de surveillance a publié en dernier lieu ses „Leading Cases“.

⁴ Cf. art. 69 al. 1 CDB 20.

D'autre part, l'application de cette disposition exceptionnelle a été assortie de conditions additionnelles⁵ (art. 45 al. 3 CDB 20). De surcroît, la CDB 20 autorise dorénavant expressément l'identification par vidéo et en ligne en faisant référence aux prescriptions en vigueur de la FINMA, soit la Circulaire relative à l'identification par vidéo en ligne et reconnaît ainsi sa conformité aux obligations de diligence (art. 9 al. 2, art. 10 al. 2, art. 21 al. 5, art. 28 al. 6 CDB 20). Les règles relatives à la procédure sommaire ont en outre été actualisées (art. 62 CDB 20).⁶ Enfin, les formulaires modèles annexés à la CDB 20 (formulaires A, I, K, S et T) ont fait l'objet de précisions.

Les nouvelles règles de la CDB 20 s'appliquent lors de l'ouverture d'une nouvelle relation d'affaires après le 1^{er} janvier 2020 ou, en cas de répétition des obligations de diligence, conformément à l'art. 46.⁷ En outre, avec l'entrée en vigueur de la CDB 20, les violations de dispositions des CDB antérieures sont tranchées selon les règles de procédure et de prescription de la CDB 20.⁸

Les Leading Cases publiés ci-après pour la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2019 concernent donc encore la CDB 16. Les premiers Leading Cases relatifs à la CDB 20 seront publiés au plus tôt dans l'Aperçu de jurisprudence concernant le premier semestre 2020 (1^{er} janvier au 30 juin 2020). Dans la mesure où la CDB 20 n'apporte pas de changement matériel aux dispositions de la CDB 16, les Leading Cases publiés ci-après gardent leur validité sous l'empire de la CDB 20.

C. QUESTIONS DE PROCEDURE

1. Délimitation entre la CDB et d'autres dispositions réglementaires (LBA, OBA-FINMA, etc.)

1.1. La Commission de surveillance est exclusivement compétente pour l'instruction et la sanction de violations des obligations de diligence CDB,⁹ à l'exclusion des violations d'obligations qui résultent d'autres dispositions réglementaires¹⁰ (comme, par ex., le Code pénal ou la législation en matière de blanchiment d'argent).

⁵ La CDB 20 exige que l'application de cette disposition d'exception apparaisse appropriée au vu d'une analyse basée sur les risques. En particulier, il y a lieu de s'assurer que l'on dispose de données suffisantes concernant l'identité du cocontractant ainsi que celle de l'ayant droit économique et/ou du détenteur de contrôle (cf. art. 45 al. 3 CDB 20).

⁶ Les dispositions contenues jusque-là dans le Règlement de procédure seulement figurent désormais pour l'essentiel dans la CDB (cf. au surplus concernant la procédure sommaire, le ch. 4 ci-dessous).

⁷ art. 70 al. 2 CDB 20.

⁸ art. 70 al. 3 CDB 20.

⁹ Cf. art. 61 al. 1 CDB 16.

¹⁰ Cf. art. 60 al. 2 CDB 16.

1.2. Une banque a objecté que le chargé d'enquête CDB a conclu à tort à la violation des devoirs de diligence selon la CDB en se fondant sur des clarifications opérées par la banque en application de l'art. 6 LBA. La Commission de surveillance a rejeté cette objection comme mal fondée.

Il est certes exact que la LBA stipule des obligations de diligence dites particulières (art. 6 LBA) en complément des obligations de diligence résultant pour les banques de l'application de la CDB, lesquelles exigent qu'en présence de transactions ou de relations d'affaires inhabituelles, l'intermédiaire financier clarifie leur arrière-plan et leur but. Comme le souligne à juste titre la banque, le chargé d'enquête n'est pas compétent, pour instruire le respect de telles obligations particulières de diligence (cf. art. 60 al. 2 CDB 16).¹¹ Il est cependant tout à fait envisageable qu'une transaction inhabituelle ou une relation d'affaires inhabituelle au sens de la législation en matière de blanchiment d'argent constitue également une constatation inhabituelle au sens de la CDB propre à déclencher des obligations de clarification selon les règles de la CDB.¹² Lorsque, comme en l'espèce, plus de 50 transactions au comptant d'un volume de plus de CHF 1 mio ont été effectuées, ce fait ne déclenche pas seulement des obligations de clarification selon la LBA mais aussi des obligations de répétition selon l'art. 6 CDB 08 resp. l'art. 46 CDB 16.

2. Charge de la preuve

Dans le cadre d'une procédure CDB, c'est à la banque qu'il incombe de prouver qu'elle a rempli ses devoirs de diligence.¹³ Cela est d'autant plus vrai lorsque la banque entend se prévaloir d'une disposition d'exception.¹⁴ Si une banque entend se prévaloir d'une exception à l'obligation d'identification, elle a l'obligation d'établir sa réalisation et de la documenter.¹⁵

¹¹ Cf. également ch. 1.1 ci-dessus.

¹² Cf. let. C ch. 1 des Leading Cases de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} janvier 2019 au 30 juin 2019 publiés par l'Association Suisse des Banquiers sur son portail sous Topics, rubrique CDB.

¹³ Georg Friedli, let. C ch. 1.6 du *Tätigkeitsbericht* 2001-2005 publié par l'Association Suisse des Banquiers sur son site web sous „Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent → Documents“. L'ancienne Commission d'arbitrage CDB avait déjà indiqué dans son rapport d'activité pour les années 1981-1983 que les banques avaient la charge de la preuve du respect des devoirs de diligence (cf. Lorenz Meyer, *Weitere drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken* [1981-1983], p. 14 f). Il en va évidemment de même s'agissant de la nouvelle obligation d'identifier les détenteurs de contrôle stipulée par la CDB 16.

¹⁴ Dans le cas d'espèce, la banque avait fait valoir que la cocontractante était une autorité étrangère, de sorte qu'en application de l'art. 23 CDB 16, il n'y avait pas lieu d'identifier les détenteurs de contrôle. La documentation prélevée par la banque ne permettait toutefois pas de déterminer de manière fiable si la cocontractante était effectivement une autorité au sens de l'art. 23 CDB 16, de sorte que la Commission de surveillance a retenu une violation des devoirs de diligence.

¹⁵ Cf. art. 44 CDB 16.

3. Autorité du Commentaire de l'Association Suisse des Banquiers / nature juridique des obligations de diligence

La Commission de diligence n'est pas liée par le Commentaire CDB publié par l'ASB. Elle doit certes tenir compte du Commentaire de l'ASB. La Commission de surveillance interprète librement les règles relatives aux devoirs de diligence, le Commentaire représentant (cependant) un des moyens d'interprétation.

La Commission de surveillance a ainsi rejeté l'objection de la banque que la CDB était un contrat entre l'ASB et les banques signataires, dont l'interprétation était régie par les règles générales applicables à l'interprétation des contrats, en particulier la règle de la bonne foi avec pour conséquence que les banques pouvaient se fier à l'interprétation de l'ASB publiée dans le Commentaire CDB. Les décisions de la Commission de surveillance ne pouvaient donc s'écarter du Commentaire CDB au préjudice de la banque.¹⁶

Contrairement à l'opinion de la banque, les devoirs de diligence des banques stipulés dans la CDB ne sont pas des obligations de droit privé. La FINMA a en effet expressément reconnu la CDB comme standard minimum régissant l'activité des banques en Suisse.¹⁷ De surcroît, l'OBA-FINMA précise que les dispositions de la CDB relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi qu'à l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique lient les banques également dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent.¹⁸ C'est pour ce motif que le Tribunal fédéral, déjà en application de la CDB 08, a constaté que les dispositions des art. 2 à 6 CDB 08 avaient le caractère d'une ordonnance.¹⁹ Les dispositions contenues dans les chapitres 1 à 7 CDB 16 ne sont par conséquent pas des dispositions contractuelles de droit privé mais bien plutôt des dispositions contraignantes de nature prudentielle.

Il en résulte que la CDB ne doit pas être interprétée à l'aune des règles applicables à l'interprétation des contrats de droit privé. C'est pourquoi le Commentaire de la CDB 16 publié par l'ASB ne fait pas autorité s'agissant d'interpréter les dispositions de la CDB. La constatation que la Commission de surveillance n'est pas liée par le Commentaire pour l'application de la CDB résulte aussi du fait que le Commentaire, contrairement à la CDB 16, n'est pas soumis à l'approbation de la FINMA et n'a pas été reconnu par elle comme standard minimum. Le Commentaire CDB lui-même précise qu'il constitue une aide à l'interprétation des devoirs de diligence. Il ne fait pas partie intégrante de la CDB.²⁰

¹⁶ Le fait que la banque se soit fondée sur le Commentaire de l'ASB doit toutefois être pris en compte dans le cadre de la mesure de l'amende conventionnelle (cf. à ce sujet let. E ci-dessous).

¹⁷ Cf. Circulaire FINMA 2008/10, l'autorégulation comme standard minimum (qui a cependant été révoquée début 2020). Les normes d'autorégulation reconnues et autorisées sont dorénavant publiées sur le site Internet de la FINMA sous "Documentation → Autorégulation". Il y est fait mention de la CDB.

¹⁸ Art. 35 OBA-FINMA.

¹⁹ Arrêt 6B_501/2009 du 17 janvier 2011, C. 2.1.3 avec renvoi à Ralph Wyss *in* Thelesklaf/Wyss/Zollinger/van Thiel, GwG Kommentar, 2^{ème} édition, Zurich 2009, N 1-2 à l'art. 14 OBA-FINMA.

²⁰ Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 3, p. 6.

L'interprétation des dispositions de la CDB reconnues et déclarées obligatoires par la FINMA ne sauraient dès lors dépendre d'un Commentaire qui n'a pas été approuvé par la FINMA et qui n'a manifestement pas force obligatoire.

4. Procédure sommaire

Pendant la période en revue, la Commission de surveillance a, pour la première fois, rendu une décision selon la procédure sommaire prévue à l'art. 62 CDB 16. L'espoir que la procédure sommaire applicable à des cas simples soit plus rapide²¹ et moins coûteuse²² s'est réalisé : la décision de la Commission de surveillance a été rendue en moins de cinq mois depuis l'ouverture de la procédure et les frais mis à charge de la banque ont été nettement moins élevés que dans des cas similaires pour lesquels une instruction préalable a été menée par le chargé d'enquête avant l'ouverture de la procédure de sanction devant la Commission de surveillance.

Contrairement à la procédure de sanction ordinaire, la décision rendue par la Commission de surveillance en procédure sommaire n'est pas motivée. La Commission de surveillance ne notifie à la banque que le dispositif de sa décision. Dans un délai de dix jours, la banque a cependant la possibilité de demander une motivation écrite (art. 62 al. 4 CDB 16). Si la Commission de surveillance (suite à la demande de la banque) doit motiver sa décision, les frais mis à charge de la banque sont augmentés d'un émolument de motivation de la décision. Le dispositif de la décision rendue par la Commission de surveillance mentionne déjà le montant de cet émolument.

D. CASUISTIQUE

1. Degré de diligence

Selon l'approche fondée sur les risques²³ de la CDB, le degré de diligence exigé de la banque dépend des circonstances concrètes de la relation d'affaires concernée.²⁴ Si, dans le cadre d'une relation d'affaires naît un soupçon sérieux que des personnes impliquées (en qualité de cocontractant, d'ayant droit économique et/ou de signataire) participent à une activité criminelle, en particulier de blanchiment d'argent, la banque doit faire preuve d'un degré de diligence accru.

²¹ Car il n'y a pas de procédure d'instruction.

²² Car les frais de la procédure d'instruction ainsi que les frais de motivation de la décision tombent, sauf à ce que la banque demande une motivation écrite.

²³ Cf. Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 08], p. 22.

²⁴ Cf. let. C ch. 1 des Leading Cases du 1^{er} juillet – 31 décembre 2018.

2. Obligation d'identification des détenteurs de contrôle

Selon l'art. 25 al. 1 CDB 16, aucune déclaration relative aux détenteurs de contrôle n'est exigée des sociétés et communautés qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens, ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, pour autant qu'elles se tiennent exclusivement aux buts précités et ne présentent pas de lien reconnaissable avec des pays à risque accru.

L'art. 25 al. 1 CDB 16 ne fait référence qu'à des „sociétés et communautés“. Les fondations et les associations sont des personnes morales (selon le droit suisse en tout cas) mais ne sont pas des sociétés ou des communautés, de sorte qu'elles ne paraissent pas incluses dans le libellé de l'art. 25 al. 1 CDB. Il n'existe cependant aucun motif et il ne serait pas raisonnable d'interpréter les notions de „sociétés et communautés“ au sens de l'art. 25 al. 1 CDB 16 autrement que les notions de „personnes morales et sociétés de personnes“ auxquelles fait référence l'art. 20 al. 1 CDB 16. Selon l'approche fondée sur les risques, également applicable sous l'angle de l'art. 25 al. 1 CDB 16,²⁵ il ne serait pas raisonnable d'exonérer exceptionnellement de l'obligation d'identifier les détenteurs de contrôle des personnes morales qui poursuivent un but d'intérêt public et sont constituées en la forme d'une société (c.-à-d. même des sociétés anonymes) mais d'exclure de cette exception des personnes morales qui ne constituent pas des sociétés comme par exemple les fondations et les associations. Une telle approche serait contraire au sens et au but de l'art. 25 al. 1 CDB 16. La disposition exceptionnelle de l'art. 25 al. 1 CDB 16 doit au contraire être interprétée dans le sens qu'elle s'applique à toutes les sociétés opérationnelles qui revêtent la forme d'une personne morale ou d'une société de personne, à charge desquelles l'art. 20 CDB 16 stipule une obligation générale d'identifier les détenteurs de contrôle, et ce, *indépendamment de leur forme juridique*, pour autant qu'elles poursuivent exclusivement un but idéal, respectivement d'intérêt public (et ne présentent pas de lien reconnaissable avec des pays à risques accrus).²⁶

²⁵ Cf. aussi Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 25.

²⁶ Selon la Commission de surveillance, le fait que l'art. 25 CDB 16 („sociétés et communautés“) et l'art. 20 CDB 16 („personnes morales et sociétés de personnes“) n'emploient pas exactement les mêmes termes, constitue une erreur de rédaction et non une distinction intentionnelle. Dès lors, l'art. 25 al. 1 CDB 16 s'applique également à des fondations et des associations (dans ce sens, Heim, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 3^{ème} édition, Zurich / Bâle / Genève, 2016, nm. 7 art. 25 al. 1 CDB 16), ce d'autant plus que les versions italienne et anglaise de l'art. 25 CDB 16 (contrairement aux versions allemande et française) font expressément mention des associations („*associazioni*“, respectivement „*associations*“).

3. Obligation d'identification de l'ayant droit économique

Selon l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16, les sociétés de domicile, qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, n'ont pas l'obligation de remettre une déclaration relative à l'identification des ayants droit économiques, pour autant qu'elles se tiennent exclusivement aux buts précités.

Contrairement aux exceptions stipulées à l'art. 25 al. 1 CDB 16 (applicables à l'identification du détenteur de contrôle de sociétés et de communautés)²⁷ et à l'art. 34 al. 2 CDB 16 (concernant l'identification de l'ayant droit économique de sociétés simples poursuivant un but d'intérêt public ayant plus de quatre associés), l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16 n'exige pas que le cocontractant n'entretienne pas de liens avec des pays présentant des risques accrus. Il s'agit certainement d'une erreur de rédaction. Il n'existe en effet aucun motif reconnaissable d'exonérer des organismes poursuivant un but d'intérêt public des obligations d'identification selon qu'il s'agit ou non de sociétés de domicile. L'exigence de ne pas présenter de lien avec des pays à risques accrus stipulée à l'art. 25 al. 1 CDB 16 et à l'art. 34 al. 2 CDB 16 vaut par conséquent également en application de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.²⁸

Ainsi, s'agissant de sociétés de domicile, qui, au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB, ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, elles ne sont dispensées de fournir une déclaration concernant l'ayant droit économique, que pour autant qu'elles ne présentent également pas de lien avec des pays à risques accrus.

4. Obligations d'identification en lien avec des fondations

La Commission de surveillance a eu à examiner, si une banque, dans le cadre de l'ouverture d'une relation d'affaires avec une fondation sans activité opérationnelle, poursuivant un but d'intérêt public mais présentant un lien avec un pays qui, selon la liste interne de la banque, était qualifié de pays à risque, avait violé ses devoirs de diligence en lien avec l'identification du détenteur de contrôle et/ou l'identification de l'ayant droit économique. A cette fin, il y avait lieu de délimiter les dispositions de la CDB applicables à l'identification des détenteurs de contrôle d'avec celles applicables à l'identification de l'ayant droit économique.

²⁷ Cf. à ce sujet également ch. 2 ci-dessus.

²⁸ Sous ce rapport, il y a également lieu de souligner que même les nouvelles dispositions résultant des art. 25 al. 1 CDB 16 et art. 34 al. 2 CDB 16 ne sont pas libellées de la même manière. Ainsi, l'art. 25 al. 1 CDB 16 parle de sociétés et communautés, qui ne présentent „pas de lien reconnaissable avec des pays à risques accrus“. A l'art. 34 al. 2 CDB 16, il manque par contre le mot „reconnaissable“. Il n'est cependant pas contesté qu'il n'existe aucune différence matérielle entre l'art. 25 al. 1 CDB 16 et l'art. 34 al. 2 CDB 16 (cf. Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 34, p. 28). Il en va de même en ce qui concerne la terminologie différente retenue à l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.

S'agissant de l'*identification des détenteurs de contrôle*, la Commission de surveillance a statué que les banques ont l'obligation d'identifier les détenteurs de contrôle de personnes morales ou de sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle (cf. art. 20 al. 1 CDB 16) en l'absence d'une des exceptions à l'obligation d'identification énoncées dans la deuxième section du troisième chapitre CDB 16 (art. 22-26 CDB 16). Les dispositions du troisième chapitre CDB 16 concernant l'identification des détenteurs de contrôle (art. 20-26 CDB 16) ne contiennent pas de dispositions particulières pour les fondations. La question de savoir si et sous quelle forme les détenteurs de contrôle d'une fondation doivent être identifiés s'apprécie par conséquent en fonction des règles générales des art. 20 ss CDB 16.

S'agissant de l'*identification de l'ayant droit économique*, la Commission de surveillance a relevé que, certes, le quatrième chapitre de la CDB 16 (art. 27-42 CDB 16) contenait à l'art. 40 CDB 16 une disposition spéciale applicable aux fondations. L'art. 40 CDB 16, contrairement à plusieurs autres dispositions de la troisième section du quatrième chapitre de la CDB 16, ne prévoit cependant pas d'exception.²⁹ L'art. 40 CDB 16 dispose au contraire, sans aucune exception, que les banques doivent obtenir du cocontractant, c.-à-d. de la fondation, les informations nécessaires en prélevant un formulaire S (ou une déclaration écrite équivalente). L'art. 40 CDB 16 ne contient aucune exception selon laquelle, dans certains cas, notamment en fonction du but et/ou des activités de la fondation, il serait possible de renoncer à l'obtention d'un formulaire S.

Selon le commentaire de l'ASB de la CDB 16, les banques peuvent toutefois renoncer à identifier l'ayant droit économique d'une fondation et à prélever un formulaire S, lorsque la fondation poursuit exclusivement un but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.³⁰ En d'autres termes, l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16 s'appliquerait par analogie aux fondations.³¹

²⁹ Dans plusieurs cas particuliers visés dans la troisième partie du quatrième chapitre de la CDB 16, il existe des exceptions à l'obligation d'identification, comme par exemple dans le cas de comptes globaux détenus par des sociétés exerçant une activité opérationnelle sur lesquelles sont effectuées des transactions liées à des prestations professionnelles (art. 37 al. 2 CDB 16), dans le cas des formes de placement collectif et des sociétés de participations regroupant plus de 20 investisseurs assujetties à une surveillance et une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (art. 38 al. 2 CDB 16), dans le cas de placements collectifs et des sociétés de participation cotées en bourse (art. 38 al. 4 CDB 16), dans le cas des sociétés de domicile cotées en bourse (art. 39 al. 5 CDB 16) ou dans le cas de sociétés de domicile qui ont pour seul but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues (art. 39 al. 4 let. a CDB 16 ; cf. à ce sujet également ch. 3 ci-dessus).

³⁰ Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], p. 33 ; la même, règle s'applique, selon le commentaire, aux trusts qui poursuivent exclusivement un but idéal.

³¹ Et aux Trusts.

La Commission de surveillance, après avoir procédé à une interprétation systématique et historique, est arrivée à la conclusion qu'il n'existait pas de raison impérieuse de s'écarter du texte clair de l'art. 40 CDB 16 (lequel ne formule pas d'exception à l'obligation d'identification en faveur de fondations poursuivant un but d'intérêt public), en appliquant (par analogie) aux fondations la disposition d'exception de l'art. 39 al. 4 lit. a CDB 16 prévu pour les sociétés de domicile.

Ainsi les banques doivent également prélever un formulaire S, lorsque la cocontractante est une fondation à but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 lit. a CDB 16.³²

5. Obligations de répétition

Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, les banques ont l'obligation de répéter la vérification de l'identité du cocontractant et d'identifier l'ayant droit économique³³, lorsque le cocontractant de la banque a fusionné. En tout cas, lorsque – comme dans le cas d'espèce – le client existant de la banque est repris à la suite de la fusion, de sorte que la relation d'affaires, de par la fusion, passe à un nouveau cocontractant.³⁴

Lorsque la banque obtient une déclaration du cocontractant selon laquelle l'identité de l'ayant droit économique n'a pas changé suite à la fusion, elle doit, avec le soin commandé par les circonstances, vérifier si, au vu de cette déclaration, elle peut considérer que la déclaration initiale relative à l'identification de l'ayant droit économique est toujours valable. Si tel n'est pas le cas, la banque doit répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique et doit exiger de sa (nouvelle) cocontractante une nouvelle déclaration relative à l'ayant droit économique.³⁵

³² Le fait que, en se fondant sur le Commentaire à l'art. 40/41 [CDB 16], la banque a considéré qu'en présence de fondations à but idéal, il n'était pas nécessaire d'identifier l'ayant droit économique et de prélever un formulaire S a toutefois eu pour conséquence que la banque, respectivement ses collaborateurs, ne pouvaient subjectivement se voir reprocher aucune faute, en raison de quoi la violation objective de l'art. 40 CDB 16 n'a pas été sanctionnée par une amende conventionnelle (cf. également let. E ci-dessous).

³³ Dans un tel cas, il s'impose évidemment de répéter également l'identification du détenteur de contrôle depuis l'entrée en vigueur de la CDB 16.

³⁴ Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005*, RSDA 2005, p. 254.

³⁵ Dans le cas d'espèce, la cocontractante était une compagnie d'assurance qui avait fusionné avec la société-mère. Les valeurs patrimoniales déposées à la banque avaient trait à une police d'assurance déterminée, de sorte que la cocontractante avait désigné, à l'aide du formulaire I, le souscripteur et payeur de primes en qualité d'ayant droit économique. Dès lors qu'il n'existait aucun motif reconnaissable de considérer que, en raison de la fusion de la compagnie d'assurance avec la cocontractante, les informations identifiant comme ayant droit économique le détenteur de la police et payeur de prime avaient changé, la banque pouvait renoncer à réclamer à sa (nouvelle) cocontractante une nouvelle déclaration relative à l'ayant droit économique (d'autant plus que la cocontractante avait expressément déclaré à la banque que la qualité d'ayant droit économique n'avait pas changé de par la fusion).

E. MESURE DE L'AMENDE CONVENTIONNELLE

1.1. Lors de l'ouverture d'un compte en faveur d'une fondation poursuivant un but d'intérêt public, une banque avait violé l'obligation de prélever un formulaire S.³⁶ La conseillère-client responsable s'était renseignée au préalable auprès de la division compliance de la banque, pour savoir si, dans ce cas, un formulaire S devait être prélevé. La spécialiste compétente de la division compliance a informé la conseillère-client que, dans le cas des fondations poursuivant un but d'intérêt public, il n'y avait pas d'obligation de prélever un formulaire S. Elle s'est expressément référée au Commentaire ASB à l'art. 40/41 CDB 16. Au plan subjectif, il n'y avait pas lieu de retenir une faute à charge de la banque, respectivement de ses employées, en relation avec cette violation des obligations de diligence. C'est pourquoi la banque n'a pas été sanctionnée pour violation de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique.

A l'avenir (c.-à-d. après la publication de la décision de la Commission de surveillance, qui a statué qu'en présence de fondations poursuivant un but d'intérêt public il y a lieu de prélever un formulaire S),³⁷ les banques ne pourront plus se prévaloir du Commentaire ASB. Dans le cadre de ses obligations de diligence, la banque doit en effet se tenir régulièrement informée de la jurisprudence de la Commission de surveillance et doit s'assurer qu'elle ne contrevient pas à cette jurisprudence.³⁸ D'éventuelles violations des obligations de diligence précitées postérieurement à la publication des présents Leading Cases seront par conséquent sanctionnées, dès lors qu'à l'avenir les banques ne pourront plus se prévaloir d'une absence de faute au plan subjectif.

1.2. La Commission de surveillance a, en relation avec une opération inhabituelle à l'occasion de laquelle la banque n'a pas procédé à des clarifications lors du transfert d'un montant à six chiffres du compte commercial d'une personne morale au compte privé d'une personne physique, constaté une violation des devoirs de diligence affectant les deux relations d'affaires. La Commission de surveillance a rejeté l'objection de la banque selon laquelle il s'agissait d'un „doublon“, de sorte que, pour mesurer l'amende conventionnelle, la violation ne devait être prise en considération qu'une seule fois : lorsqu'une transaction inhabituelle provoque des doutes quant à l'ayant droit économique aussi bien à la sortie (du compte débité) qu'à l'entrée (du compte crédité), la banque a, conformément à ses obligations de diligence, l'obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique (auprès du donneur d'ordre, comme auprès du bénéficiaire du paiement). Si elle ne le fait pas (ou d'une manière défectueuse), elle a logiquement commis une violation de la CDB dans le cadre de chacune des relations d'affaires.

³⁶ Il s'agit du cas décrit sous let. D ch. 4 ci-dessus.

³⁷ Cf. let D ch. 4 ci-dessus.

³⁸ Let. B ch. 4 des Leading Cases d'octobre 2008.

1.3. Une banque avait fait valoir une réduction de l'amende conventionnelle, dès lors que les violations des devoirs de diligence avaient été commises depuis passablement de temps sans toutefois être prescrites. La CDB ne prévoit pas une atténuation de l'amende pour le cas où les violations des devoirs de diligence remontraient à une période relativement ancienne.³⁹

1.4. Pour la mesure de l'amende conventionnelle, il y a en principe lieu de se fonder sur la situation financière de la banque au moment de la décision de la Commission de surveillance.⁴⁰ Il en va autrement lorsque la banque qui a commis la violation de l'obligation de diligence a fusionné avec une autre banque avant la décision de la Commission de surveillance. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de se fonder sur la situation patrimoniale actuelle de la banque (fusionnée) mais bien plutôt sur la situation patrimoniale de la banque avant la fusion.⁴¹

Berne, février 2020

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1424631.docx

³⁹ La prescription de cinq ans prévue par la CDB (cf. art. 65 CDB 16) est de toute manière relativement brève (sur la question de la prescription des obligations de diligence, voir pour le surplus Dominik Eichenberger, *Die Verjährungsregelung der VSB 16, in Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierung*, GesKR, 4/2017, p. 441 ss).

⁴⁰ Cf. Georg Friedli / Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, RSDA 5/2017, p. 700, nm 75.

⁴¹ Let A ch. 3 du Rapport d'activité de la Commission de surveillance des banques 1990-1992.

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(du 1^{er} janvier au 30 juin 2020)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20 la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition.¹ Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.²

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2020.

En raison de la pandémie Covid 19 („crise du Coronavirus“), la Commission de surveillance n'a pu tenir qu'une seule réunion au cours du premier semestre 2020. Le nombre de „Leading Cases“ sélectionnés en vue d'une publication est donc plus faible que d'habitude.

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association suisse des banquiers (ASB) (cf. Circulaire ASB n° 7933 du 5 juillet 2017) et dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8025 du 3 avril 2020 couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2019 que la Commission de surveillance a publié en dernier lieu ses „Leading Cases“.

B. DROIT TRANSITOIRE

Le 1^{er} janvier 2020 est entrée en vigueur la version révisée de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 13 juin 2018 (CDB 20).⁴

Conformément à la disposition transitoire de l'art. 70 al. 2 CDB 20, les prescriptions de la CDB 20 s'appliquent aux relations d'affaires établies après le 1^{er} janvier 2020. Dans le cas de relations d'affaires existantes, la CDB 20 s'applique si les obligations de diligence prévues à l'art. 46 sont répétées après le 1^{er} janvier 2020. Contrairement aux versions antérieures de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques,⁵ la CDB 20 ne contient plus de „lex mitior“ selon laquelle les règles de la nouvelle CDB s'appliquent aux relations d'affaires existantes si elles sont plus favorables. Toutefois, selon l'art. 70 al. 3 CDB 20, les violations des versions antérieures de la CDB sont sanctionnées selon les règles de procédure et de prescription de la CDB 20. L'art. 70 al. 3 CDB 20 renvoie donc aux dispositions relatives à l'audit et à la procédure du chapitre 8 de la CDB 20, qui comprennent notamment les dispositions relatives aux cas bénins (art. 63 CDB 20) et à la prescription (art. 65 CDB 20).

Depuis le 1^{er} janvier 2020, les violations des versions antérieures de la CDB continuent donc d'être évaluées et, le cas échéant, sanctionnées selon les prescriptions des conventions de diligence qui étaient alors applicables,⁶ mais en application des dispositions d'audit et de procédure des art. 58-68 CDB 20.

C. OBLIGATION D'IDENTIFIER LES DÉTENTEURS DE CONTRÔLE

L'art. 20 CDB 16 oblige les banques à identifier les détenteurs de contrôle des personnes morales ou des sociétés de personnes qui exercent une activité opérationnelle. Il existe toujours une obligation d'identification des détenteurs de contrôle si aucune des exceptions à l'obligation d'identification des détenteurs de contrôle énoncées dans la deuxième section du troisième chapitre de la CDB 16 (art. 22-26 CDB 16) ne s'applique. Selon l'art. 24 CDB 16, une telle exception existe par exemple pour „les banques et autres intermédiaires financiers en qualité de cocontractants“ (cf. la note marginale de l'art. 24 CDB 16).

Une banque avait supposé que l'art. 24 al. 1 CDB 16 était applicable de manière générale aux intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0), raison pour laquelle elle a renoncé à prélever un formulaire K pour toutes les relations d'affaires nouées avec des intermédiaires financiers.

⁴ Cf. également let. B des Leading Cases de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} juillet 2019 au 31 décembre 2019 publiés par l'Association suisse des banquiers sur son portail sous Topics, rubrique « Lutte contre le blanchiment d'argent ».

⁵ Cf. par ex. l'art. 70, al. 3, CDB 16 et l'art. 15, al. 2, CDB 08.

⁶ C.-à-d. conformément aux dispositions de la CDB 16, éventuellement de la CDB 08.

La Commission de surveillance devait donc décider de la manière dont il convenait d'interpréter la notion d'„autres intermédiaires financiers“ au sens de l'art. 24 al. 1 CDB 16. En se fondant sur le sens littéral,⁷ l'interprétation historique,⁸ le commentaire CDB,⁹ la doctrine¹⁰ et sa jurisprudence relative à la notion d'intermédiaire financier en relation avec l'obligation d'identifier l'ayant droit économique selon la CDB 03,¹¹ la Commission de surveillance a conclu que les „autres intermédiaires financiers“ au sens de l'art. 24 al. 1 CDB 16 étaient (uniquement) les intermédiaires financiers soumis à une surveillance légale spéciale au sens de l'art. 2 al. 2 LBA et les institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts au sens de l'art. 2 al. 4 lit. b LBA et non l'ensemble des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 LBA. La notion d'„autre intermédiaire financier“ au sens de l'art. 24 al. 1 CDB 16 est donc identique à celle d'„autre intermédiaire financier“ au sens de l'art. 33 al. 1 CDB 16.

⁷ La note marginale de l'art. 24 CDB 16 parle sans plus de précision d'„autres intermédiaires financiers“. Toutefois, l'art. 24 al. 1 CDB 16 définit ensuite concrètement ce que l'on entend par „autres intermédiaires financiers“ au sens de cette exception, à savoir les négociants en valeurs mobilières, les directions de fonds, les compagnies d'assurance-vie, les sociétés d'investissement et gestionnaires de placements au sens de la LPCC ainsi que les institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts (dont le siège est en Suisse). Il ne résulte pas de son libellé que d'autres institutions doivent être considérées comme „autres intermédiaires financiers“ au sens de cette disposition, en plus de celles explicitement mentionnées à l'art. 24 al. 1 CDB 16.

⁸ Le terme „autres intermédiaires financiers“ utilisé à l'art. 24 CDB 16 n'est pas nouveau : la CDB 98 utilisait déjà le terme „autres intermédiaires financiers“ en relation avec une exception aux obligations d'identification stipulés par la CDB (voir le ch. 30 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 98, qui précise que „les autres intermédiaires financiers domiciliés ou résidant en Suisse“ ne sont pas tenus de fournir une déclaration relative à l'ayant droit économique). Depuis sa première mention dans la CDB 98, le terme „autre intermédiaire financier“ a été défini de différentes manières (cf. ch. 34 al. 3 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 03, ch. 34 al. 3 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 et art. 24 al. 1 et 33 al. 1 CDB 16); toutefois, malgré les changements intervenus dans sa définition, le sens du terme „autre intermédiaire financier“ n'a pas changé en substance.

⁹ Selon le Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), les „autres intermédiaires financiers“ sont les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 al. 2 et de l'art. 2 al. 4 lit. b LBA (voir commentaire de l'art. 33 CDB 16).

¹⁰ Selon Heim (Heim, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3e édition, Zurich/Bâle/Genève 2016, note 3 de l'art. 24 al. 1 CDB 16), la CDB définit de manière exhaustive les institutions qui relèvent de l'exception prévue à l'art. 24 al. 1 CDB 16 (également Heim/Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4^{ème} édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 3 de l'art. 24 al. 1 CDB 20)

¹¹ La Commission de surveillance avait déjà décidé, sous l'empire de la CDB 03, que le fait pour un client d'être affilié à un organisme d'autorégulation (OAR) n'affecte pas l'obligation d'identification de l'ayant droit économique : bien que le client en question fût membre d'un OAR, il n'était pas pour autant un „autre intermédiaire financier“ au sens du ch. 34, al. 2 et 3 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 et de l'art. 2, al. 2 LBA (cf. Georg Friedli, ch. V/2.3.8 du Rapport d'activité 2005-2010 publié par l'Association suisse des banquiers sur son portail sous „Topics“).

D. MESURE DE L'AMENDE CONVENTIONNELLE

En ce qui concerne la mesure de l'amende conventionnelle, une banque a fait valoir au titre de circonstance atténuante le fait qu'elle avait mis à profit la violation constatée de l'obligation de diligence, pour analyser et contrôler immédiatement et de manière critique l'ensemble des relations d'affaires similaires. Sur la base de cette analyse, elle a constaté que la même violation affectait d'autres relations d'affaires. Dans toutes ces relations d'affaires, la banque avait immédiatement remédié aux violations qui avaient été constatées. En outre, la banque a expressément admis les violations de la CDB qu'elle a elle-même dénoncées à la Commission de surveillance CDB.

La banque est ainsi allée à l'encontre d'une jurisprudence de longue date fondée sur une décision arbitrale.¹²

Après un examen approfondi des arguments avancés par la banque, la Commission de surveillance est arrivée à la conclusion qu'il existe des raisons sérieuses et fondées de réviser partiellement sa jurisprudence, qui remonte à la décision arbitrale du 14 septembre 2009. De l'avis de la Commission de surveillance, il est tout à fait approprié de réduire la peine si - comme dans le cas d'espèce - une banque procède à une (authentique) autodénunciation,¹³ reconnaît expressément avoir violé les obligations de diligence et a remédié aux violations constatées ou pris des mesures pour que ces violations ne puissent plus se produire. Tous ces comportements démontrent que la banque prend au sérieux le respect des obligations de diligence et reconnaît l'importance d'une procédure CDB. Il apparaît justifié que ce comportement soit sanctionné avec plus de clémence que si une banque a, par exemple, renoncé à se dénoncer ou si, au cours de la procédure devant la Commission de surveillance, elle soutient avoir respecté les obligations de diligence en dépit de violations évidentes de la CDB.

Cependant, comme le Tribunal arbitral l'a reconnu à juste titre dans sa décision du 14 septembre 2009, la rectification des violations identifiées est une obligation générale découlant du droit bancaire. Le fait qu'une banque dénonce à la Commission de surveillance des manquements aux obligations de diligence et coopère à la procédure devant la Commission de surveillance ne devrait pas constituer une exception particulièrement louable mais devrait plutôt aller de soi car les banques se sont volontairement soumises aux dispositions de la CDB en matière d'audit et de procédure en signant la Convention (voir art. 58 CDB 20).

¹² Selon la décision du Tribunal arbitral du 14 septembre 2009, il n'y a pas lieu d'atténuer la peine, lorsque la banque s'est efforcée de remédier aux manquements existants. La correction d'irrégularités constatées est selon la jurisprudence du Tribunal arbitral bien plus une obligation générale de droit bancaire et ne constitue ainsi pas une exception louable qui devrait faire l'objet d'une appréciation positive. La circonstance qu'une banque a procédé elle-même à la dénonciation des manquements constatés et qu'elle a expressément reconnu l'existence de violations aux obligations de diligence n'a par conséquent pas été considérée comme circonstance atténuante (cf. de manière générale, Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010*, RSDA, 1/2011, p. 60).

¹³ Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, on ne peut parler de „véritable“ autodénunciation que si une banque procède spontanément à une dénonciation, c.-à-d. de son propre chef et sans aucune influence extérieure. En revanche, une banque n'est pas considérée comme ayant procédé à une véritable autodénunciation, en particulier si elle l'a fait à l'invitation de l'Autorité suisse de surveillance des marchés financiers (FINMA) (voir Georg Friedli, *Die Sorgfaltspflichtvereinbarung vom 1. Juli. 1987*, *Wirtschaft und Recht*, Jg. 42, 1990, p. 128).

Il s'ensuit que seul un comportement particulièrement exemplaire de la Banque doit être pris en compte en tant que circonstance atténuante. L'atténuation de l'amende au vu du comportement de la Banque consécutivement à une violation des obligations de diligence ne doit donc pas être accordée à la légère. Des efforts particuliers sont requis de la part de la Banque.¹⁴

Berne, septembre 2020

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1466689.docx

Traduit par Me Robert Fiechter, Secrétaire adjoint de la Commission de surveillance CDB

¹⁴ Dans le cas présent, la banque a d'abord clarifié de manière exemplaire, si la violation identifiée dans une relation d'affaires affectait également d'autres relations d'affaires similaires, puis a immédiatement remédié aux violations identifiées et enfin a signalé les manquements aux obligations de diligence à la Commission de surveillance dans le cadre d'une „authentique“ autodénunciation. Ce comportement, suite à la découverte par la Banque de violations des obligations de diligence, a été pris en compte par la Commission de surveillance comme une importante circonstance atténuante.

COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

(Convention relative à l'obligation de diligence des banques)

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(du 1^{er} juillet au 31 décembre 2020)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20 la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition.¹ Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.²

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus rapprochés, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2020.

En raison de la pandémie Covid 19 („crise du Coronavirus“), la Commission de surveillance n'a pu tenir qu'une seule séance au cours du premier semestre 2020. Les activités de la Commission de surveillance ont repris leur cours normal dès le second semestre 2020.

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 7933 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 5 juillet 2017 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8041 du 28 octobre 2020 couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2020 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

1. Récusation

1.1. Ni la CDB ni le Règlement d'enquête du 16 décembre 2019 ne contiennent de dispositions relatives à la récusation. Il ne fait cependant aucun doute qu'il existe également une prétention en récusation à l'encontre des chargés d'enquête dans le cadre des procédures d'enquête conduites selon l'art. 60 CDB 20.⁴ Les règles de récusation de l'art. 10 LPA s'appliquent alors par analogie.

1.2. Comme le stipule la règle de compétence énoncée à l'article 3, paragraphe 3 du Règlement d'enquête (selon laquelle le Président de la Commission de surveillance est compétent pour statuer sur l'admissibilité des actes d'instruction des chargés d'enquête) et celle de l'article 7, paragraphe 2 du Règlement d'enquête (selon lequel le Président de la Commission de surveillance est compétent pour statuer en cas de désaccord sur la coordination des actes d'instruction entre les chargés d'enquête), le Président de la Commission de surveillance est, de même, compétent pour statuer sur la demande de récusation formée à l'endroit d'un chargé d'enquête.⁵

2. Ouverture de la procédure d'enquête

2.1. L'art. 4, al. 1 du Règlement d'enquête dispose que les chargés d'enquête sont habilités à ouvrir une enquête au vu de leurs propres constatations, d'une dénonciation du réviseur, de la FINMA ou d'une autre autorité nationale, d'une dénonciation spontanée d'une banque ou sur la base d'informations diffusées dans les médias. Il est vrai que la Commission de surveillance peut également décider de l'ouverture d'une enquête CDB et désigner un chargé d'enquête à cet effet. En pratique, ce sont cependant les chargés d'enquête qui, généralement, ouvrent la procédure d'enquête (par exemple au vu d'une dénonciation spontanée d'une banque).⁶

L'objection soulevée par une banque selon laquelle l'ouverture d'une enquête était illégale parce que le chargé d'enquête l'avait ouverte de sa propre initiative et non sur mandat de la Commission de surveillance⁷ a été rejetée

⁴ En ce qui concerne la procédure de sanction devant la Commission de surveillance, l'art. 10 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (LPA, RS 172.021) est applicable à titre subsidiaire en vertu de l'art. 2, al. 2, du Règlement de procédure du 14 mars 2019.

⁵ Si la récusation d'un membre de la Commission de surveillance est litigieuse, la Commission de surveillance applique par analogie l'art. 10, al. 2 LPA, et statue en l'absence de ce membre.

⁶ Les chargés d'enquête qui ouvrent une procédure d'enquête de leur propre initiative doivent en informer la Commission de surveillance (cf. art. 5, al. 1 du Règlement d'enquête).

⁷ Dans le cas d'espèce, le chargé d'enquête avait ouvert une enquête CDB contre la banque au vu d'un communiqué de presse de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, selon lequel une procédure d'enforcement introduite contre la banque avait permis d'établir que celle-ci n'avait pas suffisamment identifié les titulaires et les ayants droit économiques de diverses relations d'affaires.

par le Président de la Commission de surveillance comme dénuée de fondement.⁸ Il ne découle pas du libellé de l'art. 60 al. 1 CDB 20, selon lequel le chargé d'enquête mène les investigations nécessaires „*sur mandat de la Commission de surveillance*“, que l'ouverture d'une procédure par le chargé d'enquête requiert nécessairement un mandat spécifique de la Commission de surveillance. L'art. 60 al. 1 CDB 20 doit plutôt être compris comme signifiant que le chargé d'enquête mène les investigations nécessaires et rassemble les preuves pour la Commission de surveillance, respectivement à l'attention de celle-ci – qui est compétente pour établir et réprimer les violations des obligations de diligence en vertu de l'art. 61 al. 1 CDB 20 – afin qu'elle soit en mesure de rendre une décision motivée sur le point de savoir si la banque a enfreint la CDB.⁹ On ne saurait donc déduire de l'art. 60 al. 1 CDB 20 que la Commission de surveillance doit d'abord décider formellement d'ouvrir une enquête avant que le chargé d'enquête ne puisse procéder aux investigations nécessaires. L'ouverture d'une enquête par le chargé d'enquête de son propre chef, sans le concours de la Commission de surveillance comme le prévoit expressément l'art. 4, al. 1 du Règlement d'enquête de l'ASB, correspond à une pratique constante et n'est pas contestable.

3. Procédure sommaire

Bien que la Commission de surveillance soit très favorable à la nouvelle procédure sommaire introduite par l'art. 62 CDB 16¹⁰, elle n'a pris à ce jour que quelques décisions en application de cette procédure. La raison en est que, dans plusieurs cas, la banque et/ou la société d'audit¹¹ ont méconnu les conditions applicables à cette procédure. La requête de mise en œuvre de la procédure sommaire n'était en effet pas suffisamment fondée, respectivement documentée.

Conformément à l'art. 62 al. 1 et 2 CDB, la mise en œuvre de la procédure sommaire pose deux conditions cumulatives. Il doit s'agir, d'une part, d'un „cas simple“¹² et la banque doit, d'autre part, soumettre à l'appui de sa dénonciation spontanée les dossiers complets ainsi qu'un rapport d'une société d'audit qui, à la fois, décrit les faits pertinents et vise les prescriptions concernées de la Convention. Le Président de la Commission de surveillance a saisi l'opportunité d'un cas soumis à son appréciation pour émettre quelques considérations de

⁸ A teneur de l'article 3, paragraphe 3, du Règlement d'enquête, le Président de la Commission de surveillance est compétent pour décider de l'admissibilité de l'ouverture d'une enquête (voir également Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken* 2005 - 2010, RSDA 1/2011, p. 50).

⁹ La version anglaise de l'art. 60 al. 1 CDB 20, disposant que le chargé d'enquête effectue les investigations nécessaires „on behalf of the supervisory board“, exprime mieux ce point.

¹⁰ Sur les avantages de la procédure sommaire, voir *Leading Cases* de la Commission de surveillance de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} juillet 2019 au 31 décembre 2019, let. C, ch. 4, disponibles sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹¹ Conformément à l'art. 62 al. 1 CDB 16, resp. 62 al. 2 CDB 20, la requête de mise en œuvre de la procédure sommaire doit être accompagnée d'un rapport d'une société d'audit.

¹² Allemand : „in einfach gelagerten Fällen“ ; italien : „nei casi che presentano una configurazione semplice“ ; anglais : „for simple cases“.

base sur les exigences relatives au rapport de la société d'audit.¹³ Il a notamment mis en exergue les points suivants (traduction du texte original allemand) :

„En procédure sommaire, la Commission de surveillance fixe directement le montant de l'amende conventionnelle en application de l'art. 64 CDB 20 et/ou suspend la procédure en tout ou partie. La procédure d'enquête instruite par un chargé d'enquête tombe donc en procédure sommaire (voir aussi le Commentaire à l'art. 62 CDB 20).

Par conséquent, en procédure sommaire, le rapport de la société d'audit remplace le rapport d'enquête établi par le chargé d'enquête en procédure ordinaire selon l'art. 60 al. 1 CDB en lien avec l'art. 6 du Règlement d'enquête du 14 mars 2019. Le rapport de la société d'audit doit dès lors présenter les faits pertinents de manière à ce que la Commission de surveillance soit en état de rendre une décision au vu des faits exposés dans ledit rapport (voir Commentaire à l'art. 62 CDB 20). (...) Outre la description la plus précise possible des faits, le rapport d'audit doit faire mention des dispositions de la Convention concernées (voir l'art. 62 al. 2 CDB 20). Le rapport d'audit doit donc également indiquer quelles prescriptions de la CDB sont supposées avoir été violées par les faits dénoncés. En conséquence, la société d'audit doit qualifier de manière précise les violations aux devoirs de diligence qu'elle considère comme réalisées par l'état de fait, en indiquant les dispositions applicables de la Convention.“

La mise en œuvre de la procédure sommaire exige donc la production d'un rapport d'une société d'audit qui décrit à la fois les faits pertinents et les dispositions concernées de la Convention, de telle sorte que, sur la base de ce rapport et sans autre clarification des faits, la Commission de surveillance soit en mesure de prendre une décision motivée sur le point de savoir si la banque a violé la Convention dans les cas portés à sa connaissance par la dénonciation ou l'auto-dénonciation.

4. Cas bénins

La Commission de surveillance avait prononcé que, depuis l'entrée en vigueur de la CDB 20 au 1^{er} janvier 2020, en application de la disposition transitoire de l'art. 70 al. 3 CDB, les violations aux versions antérieures de la CDB continueraient à être jugées et, le cas échéant, sanctionnées conformément aux dispositions de la Convention alors applicable, mais en application des (nouvelles) dispositions d'audit et de procédure des art. 58 - 68 CDB 20.¹⁴ Lors d'une décision plus récente, la Commission de surveillance a partiellement révisé sa jurisprudence en précisant que la règle applicable aux cas bénins énoncée à l'art. 63 CDB 20 ne fait pas partie des dispositions de procédure au sens de l'art. 70 al. 3 CDB 20.¹⁵ Pour apprécier si la violation d'une version antérieure de la CDB peut être

¹³ C'est le Président de la Commission de surveillance qui décide en premier ressort de l'ouverture d'une procédure sommaire (art. 9, al. 3 du Règlement de procédure). Si la banque conteste la décision du Président, la Commission de surveillance statue définitivement sur la mise en œuvre de la procédure sommaire (art. 62 al. 2 CDB 16 en relation avec l'art. 9 al. 3 du Règlement de procédure).

¹⁴ Voir à ce sujet Leading Cases de la Commission de surveillance de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} janvier 2020 au 30 juin 2020, let. B, disponibles sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹⁵ La disposition relative aux cas bénins de l'art. 63 CDB 20 n'est ni une disposition de procédure ni une norme de prescription, mais au contraire une disposition de sanction qui stipule que la procédure doit être abandonnée sans sanction en présence d'une violation des obligations de diligence qualifiée de cas bénin. Au plan systématique, l'art. 63 CDB 20 se trouve non pas dans la première section du chapitre 8 de la CDB sous la note marginale „Procédure“ mais dans la deuxième section sous la note marginale „Dispositions relatives aux sanctions“.

qualifiée de cas bénin, ce n'est donc pas la définition de l'art. 63 CDB 20 qui est pertinente mais bien plutôt celle applicable au cas bénin à l'époque des faits.¹⁶

5. Droit transitoire

Lorsque la banque doute que les détenteurs de contrôle soient toujours les mêmes et que ces doutes n'ont pas pu être dissipés par des clarifications appropriées, elle doit, conformément à l'art. 46 al. 1 lit. b CDB 16, renouveler l'identification des détenteurs de contrôle.¹⁷ Il en va de même si la relation d'affaires a été ouverte à une époque où il n'existait pas encore d'obligation d'identifier le détenteur de contrôle en vertu des règles de diligence alors applicables.¹⁸ En effet, l'art. 70 al. 3 CDB 16 stipule que les nouvelles règles de la CDB 16 relatives à l'identification des détenteurs de contrôle s'appliquent lorsque la procédure d'identification doit être renouvelée, au sens de l'art. 46 CDB, après l'entrée en vigueur de la CDB 16, c'est-à-dire après le 1^{er} janvier 2016.¹⁹

C. CASUISTIQUE

1. Obligation d'identifier le cocontractant

1.1. En vertu de la disposition d'exception de l'art. 15 al. 4 CDB 16, des listes de signatures autorisées, des clés électroniques ou d'autres moyens usuels dans les affaires peuvent être échangés dans le cadre des relations d'affaires avec des intermédiaires financiers selon l'art. 24 CDB 16 ou l'art. 33 CDB 16, en lieu et place de la procédure prévue à l'art. 15 al. 1 à 3 CDB 16.²⁰ Les art. 24 CDB 16 et 33 CDB 16 ne coïncident toutefois pas exactement. Ainsi dans l'énoncé de l'art. 33 al. 2 et 3 CDB, l'existence d'une surveillance prudentielle n'est pas mentionnée en lien avec l'identification de l'ayant droit économique pour les banques et négociants en valeurs mobilières domiciliés à l'étranger alors que, au contraire, l'art. 24 al. 2 CDB 16 exige l'existence d'une surveillance (réglementation) prudentielle en lien avec l'identification des détenteurs de contrôle. La Commission de surveillance

¹⁶ Art. 63 CDB 16, respectivement art. 11 al. 2 CDB 08.

¹⁷ Le cas d'espèce concernait une relation d'affaires avec une société à responsabilité limitée (Sàrl) dont l'un des deux associés avait quitté la société (voir let. C ch. 5.3 ci-dessous).

¹⁸ L'obligation d'identifier les détenteurs de contrôle n'a été introduite que par la CDB 16 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Il n'y avait aucune obligation d'identifier les détenteurs de contrôle sous l'empire de la CDB 08 et de ses versions antérieures.

¹⁹ La CDB 20 contient une disposition analogue en ce qui concerne la répétition des obligations de diligence conformément à l'art. 46 (voir art. 70 al. 2 CDB 20).

²⁰ La règle spéciale de l'art. 15 al. 4 CDB 16 s'explique par le fait que des normes spéciales s'appliquent en particulier aux opérations interbancaires. L'identification se fait souvent par l'échange de clés sans que des personnes au sens de l'art. 15 al. 1 et 2 CDB 16 n'agissent en qualité de personnes qui établissent la relation d'affaires. L'art. 15 al. 4 CDB 16 permet donc, dans les opérations commerciales avec des intermédiaires financiers soumis à une surveillance particulière au sens de l'art. 24 CDB 16 ou de l'art. 33 CDB 16, d'échanger des listes de signatures autorisées, des clés électroniques ou d'autres moyens usuels dans les affaires en lieu et place de la procédure prévue à l'art. 15 al. 1 à 3 CDB 16 (voir Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 15).

a conclu qu'en dépit du libellé différent de ces deux dispositions, il n'existe pas de différence matérielle²¹. C'est pourquoi une surveillance *prudentielle* appropriée et (cumulativement) une réglementation appropriée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme sont exigées dans le contexte aussi bien de l'art. 24 que de l'art. 33 CDB 16 s'agissant des banques et autres intermédiaires financiers ayant leur siège à l'étranger.

1.2. La notion de „réglementation adéquate en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme“ au sens des art. 24 CDB 16 et 33 CDB 16²² n'est pas précisée dans la CDB. Il est vrai que l'art. 38 CDB 16 (note marginale : formes de placement collectif et sociétés de participations) contient une définition de la réglementation et de la surveillance adéquates. Toutefois, la définition de l'art. 38 al. 3 CDB 16²³ ne se réfère expressément qu'à l'art. 38 al. 2 CDB 16 et ne s'applique ainsi pas aux art. 24 CDB et 33 CDB 16.²⁴ Il appartient donc aux banques de décider au cas par cas s'il existe une surveillance et une réglementation appropriées en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans un pays donné. La liste des pays du GAFI²⁵ peut servir de critère à cet égard, bien que d'autres critères tels que les évaluations de Transparency International, les avis d'autres ONG, etc. doivent être pris en considération. Les circonstances concrètes du cas particulier sont toujours déterminantes.²⁶

2. Obligation d'identifier les détenteurs de contrôle

2.1. La Commission de surveillance a de nouveau été confrontée au cas d'une banque qui s'est écartée des modèles de formulaires annexés à la CDB pour utiliser ses propres formulaires²⁷. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance confirmée par le Tribunal arbitral, un formulaire A, propre à la banque, qui ne mentionne pas que le fait de le compléter de manière erronée est punissable et qui ne fait pas référence à la disposition légale pertinente de l'art. 251 CP, ne répond pas aux exigences de diligence.²⁸ Cela vaut également pour le nouveau formulaire K institué par la CDB 16 concernant l'identification des détenteurs de contrôle de personnes morales non

²¹ A.M. Heim, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3ème édition, Zurich/Bâle/Genève 2016, note 5 relative à l'art. 33, al. 2, CDB 16.

²² Voir également le point 1.1 ci-dessus.

²³ „Sont considérées comme non assujetties à une surveillance et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme au sens de l'alinéa 2 les formes de placement collectif ou les sociétés de participations dont le siège est situé dans une juridiction à haut risque ou non coopérative au sens du GAFI.“

²⁴ Voir également Heim, loc. cit., note 2 relative à l'art. 24 al. 2 CDB 16 et note 4 relative à l'art. 33 al. 2 CDB 16, selon lesquelles la définition de l'art. 38 al. 3 CDB 16 ne s'applique pas à l'art. 24 al. 2 CDB 16 ou à l'art. 33 al. 2 CDB 16.

²⁵ Voir Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 24 et art. 33.

²⁶ Voir Heim, op. cit. note 2 ad art. 24 al. 2, CDB 16.

²⁷ Voir à ce sujet Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, RSDA 5/2017, ch. II/4 p. 681 et ch. III/V p. 689, nm 26-nm28 avec d'autres références.

²⁸ Voir Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010, ch. V/2.3.7.1 disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

cotées en bourse, et sociétés de personnes, exerçant une activité opérationnelle. Le formulaire K, propre à une banque, qui ne contient pas la mise en garde découlant de l'article 251 du Code pénal n'a pas un contenu équivalent au formulaire K modèle. Il est donc défectueux.

2.2. Il en va de même de la rubrique du formulaire K modèle consacrée à la „détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire“. La question de la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire²⁹ a pour but de garantir que la banque n'identifie pas seulement les détenteurs de contrôle mais aussi, au besoin, les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales. La rubrique concernant la détention fiduciaire de valeurs patrimoniales est donc un élément important du formulaire K modèle. Un formulaire K qui omet cette rubrique est par conséquent défectueux.³⁰

3. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

3.1. Dans un cas concret, la Commission de surveillance, a été amenée à formuler quelques considérations de base sur l'obligation d'identifier l'ayant droit économique en général et plus particulièrement sur l'obligation d'identifier l'ayant droit économique en ce qui concerne les personnes morales non cotées en bourse, et sociétés de personnes, qui exercent une activité opérationnelle. La Commission de surveillance a notamment déclaré ce qui suit (traduction du texte original allemand):

„Avec l'entrée en vigueur de la CDB 16, l'obligation d'identifier l'ayant droit économique a connu un changement de systématique. Conformément à la législation révisée sur le blanchiment d'argent, la CDB impose désormais à la banque une obligation générale d'identifier l'ayant droit économique pour toutes les relations d'affaires (art. 27 al. 1 CDB 16 ; voir également le commentaire de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], p. 24). La présomption de la CDB 08 selon laquelle le cocontractant est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales apportées (cf. art. 3 al. 1 CDB 08) ne vaut plus sous l'empire de la CDB 16. Fondamentalement, il y a désormais lieu d'identifier l'ayant droit économique à l'occasion de chaque nouvelle relation d'affaires (voir Commentaire de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 29).

Toutefois, pour les relations d'affaires nouées avec des personnes morales non cotées en bourse, et sociétés de personnes, exerçant une activité opérationnelle, l'art. 30 CDB 16 contient un allègement ; la banque n'est tenue de prélever une déclaration relative à l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, conformément à l'art. 27 CDB 16, que si la cocontractante déclare que les valeurs patrimoniales déposées auprès de la banque sont détenues pour un tiers déterminé. L'exception à l'obligation d'identification prévue par l'art. 30 CDB 16 exige donc que la cocontractante (la personne morale non cotée en bourse, ou la société de personnes, exerçant une activité opérationnelle) confirme à la banque qu'aucun tiers n'est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales déposées auprès de la banque. En l'absence d'une telle déclaration (ou si la cocontractante déclare même explicitement que des tiers sont les

²⁹ „Une tierce personne est-elle ayant droit économique des valeurs patrimoniales comptabilisées sur le compte/dépôt ?“ (voir formulaire K modèle annexé à la CDB 16), resp. „Une tierce personne est-elle ayant droit économique des valeurs patrimoniales comptabilisées sur la relation d'affaires susmentionnée ?“ (voir formulaire K modèle annexé à la CDB 20).

³⁰ La rubrique „Détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire“ du formulaire K modèle se fonde sur la disposition de l'art. 30 CDB 16, qui stipule qu'il y a lieu de prélever une déclaration relative à l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales des personnes morales non cotées en bourse, et sociétés de personnes, qui exercent une activité opérationnelle, lorsque la cocontractante déclare détenir les valeurs patrimoniales déposées auprès de la banque pour le compte d'un tiers. La question de savoir si les valeurs patrimoniales sont détenues à titre fiduciaire ne se rapporte ainsi pas à l'identification du détenteur de contrôle mais vise bien plutôt à identifier correctement l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales (cf. en détail ch. 3.1 ci-dessous).

ayants droit économiques des valeurs patrimoniales déposées sur le compte/dépôt), la banque est tenue d'obtenir une déclaration identifiant l'ayant droit/les ayants droit économique(s) des valeurs patrimoniales.

La question de savoir si la cocontractante détient les valeurs patrimoniales déposées auprès de la banque pour son propre compte ou (à titre fiduciaire) pour un tiers résulte de la déclaration sur les détenteurs de contrôle que la banque doit impérativement prélever des personnes morales et sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle : Sous la rubrique „Détenition de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire“ le formulaire K modèle contient la question : „Une tierce personne est-elle ayant droit économique des valeurs patrimoniales comptabilisées sur le compte/dépôt ?“ à laquelle la cocontractante doit répondre en cochant la case „non“ ou „oui“. Si la réponse à la question concernant la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire est „oui“, le formulaire K modèle indique expressément que „les informations correspondantes concernant l'ayant droit/les ayants droit économique(s) doivent être fournies au moyen d'un formulaire A séparé.“

Ainsi, il résulte de l'art. 30 CDB 16 mis en relation avec le formulaire K modèle, que la CDB 16 prévoit une procédure en deux étapes pour identifier l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales détenues par des personnes morales non cotées en bourse, et sociétés de personnes, exerçant une activité opérationnelle : dans un premier temps, chaque fois qu'une nouvelle relation d'affaires est établie avec une personne morale non cotée en bourse, ou société de personnes, exerçant activité opérationnelle, la cocontractante doit au moyen du formulaire K déclarer si les valeurs patrimoniales sont détenues à titre fiduciaire et si une tierce personne est l'ayant droit économique de valeurs patrimoniales détenues sur le compte/dépôt. Ce n'est que si la cocontractante répond à cette question par la négative que la banque peut renoncer à identifier l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales en application de l'art. 30 CDB 16. Si, en revanche, la cocontractante répond par l'affirmative (ou si la banque a des doutes quant à l'exactitude de la réponse négative de la cocontractante), la banque doit impérativement prélever, en plus du formulaire K, une déclaration au sujet de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales.³¹

La question contenue dans le formulaire K modèle, de savoir si un tiers est ayant droit économique des valeurs patrimoniales en compte/dépôt, ne concerne donc pas l'identification du détenteur de contrôle, mais vise à identifier correctement l'ayant droit économique. La question relative à la détention fiduciaire des valeurs patrimoniales garantit que la banque prélève auprès de sa cocontractante, si nécessaire, un formulaire A en plus du formulaire K, formulaire A auquel le formulaire K modèle fait expressément référence.“

4. Obligations en matière de documentation et de mise en sûreté

4.1. Selon l'art. 45 CDB 16, un compte ne peut être utilisé que lorsque tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que pour l'identification des détenteurs de contrôle et de l'ayant droit économique sont disponibles dans leur intégralité et sous la forme voulue. Bien que l'art. 45 CDB 16 ne vise que l'ouverture d'un *compte*, soit à teneur de sa formulation se réfère uniquement l'art. 4 al. 2 lit. a CDB 16, il est évident que la règle de l'art. 45 CDB 16³² s'applique mutatis mutandis à toutes les opérations visées à l'art. 4 al. 2 CDB 16. La vérification de l'identité du cocontractant tout comme l'identification des détenteurs de contrôle et de l'ayant droit économique doit donc être effectuée au plus tard lors de l'ouverture du compte (ou du livret) au sens de l'art. 4 al. 2 lit. a CDB 16, de l'ouverture du dépôt au sens de l'art. 4 al. 2 lit. b CDB 16, de la conclusion

³¹ Les banques sont bien entendu libres de renoncer à une déclaration de la cocontractante concernant la détention fiduciaire des valeurs patrimoniales et, en lieu et place, d'identifier directement l'ayant droit économique au moyen d'un formulaire A. Toutefois, si une banque souhaite invoquer l'exemption de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique au sens de l'art. 30 CDB 16, elle doit obtenir de la cocontractante une déclaration selon laquelle aucun tiers n'est ayant droit économique des valeurs patrimoniales déposées auprès de la banque.

³² Règle selon laquelle les documents requis doivent être disponibles dans leur intégralité avant qu'un compte puisse être utilisé.

de l'opération fiduciaire au sens de l'art. 4 al. 2 lit. c CDB 16, de la location du compartiment de coffre-fort au sens de l'art. 4 al. 2 lit. d CDB 16, de la conclusion du contrat de gestion de fortune au sens de l'art. 4 al. 2 lit. e CDB 16, de l'exécution de l'opération de négoce au sens de l'art. 4 al. 2 lit. f CDB 16 ou de l'exécution de l'opération de caisse au sens de l'art. 4 al. 2 lit. g CDB 16.

4.2. Il découle de l'obligation de documentation et de mise en sûreté³³ que la banque doit documenter son appréciation de l'existence d'une réglementation adéquate en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme si elle souhaite appliquer l'exception³⁴ prévue aux art. 24 al. 2 et 33 al. 2 et 3 CDB 16³⁵.

5. Obligations de répétition

5.1. Selon l'art. 46 al. 1 CDB 16, les banques doivent répéter l'identification du détenteur de contrôle s'il est douteux que le détenteur de contrôle soit toujours le même ou que la déclaration faite au moyen du formulaire K soit correcte et que ces doutes n'ont pas pu être dissipés par des clarifications appropriées.

Lorsque la banque a renoncé à identifier les détenteurs de contrôle lors de l'entrée en relation d'affaires, par application d'une des exceptions prévues aux art. 22 à 26 CDB 16, elle doit répéter la procédure d'identification des détenteurs de contrôle si des doutes surgissent au cours de la relation d'affaires quant au maintien de l'exception. Il en va de même si des doutes surgissent ultérieurement quant à l'existence effective d'une exception à l'époque où la relation d'affaires avait été nouée.³⁶

5.2. Les obligations de diligence selon la LBA sont plus étendues que les obligations de diligence découlant de la CDB. Les chargés d'enquête et la Commission de surveillance CDB sont en effet uniquement chargés d'instruire et de sanctionner les violations de la CDB et non les violations des obligations stipulées par la législation (ou d'autres dispositions réglementaires) sur le blanchiment d'argent³⁷. Par exemple, le fait que les

³³ Art. 44 CDB 16.

³⁴ Concernant cette exception, voir également les points 1.1 et 1.2 ci-dessus.

³⁵ Leading Cases de la Commission de surveillance de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} juillet 2019 au 31 décembre 2019, let. C, ch. 2, disponibles sur le site www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

³⁶ Dans le cas d'espèce, la banque avait renoncé à identifier les détenteurs de contrôle sur la base de l'art. 22 CDB 16 lors de l'établissement de la relation d'affaires, car la cocontractante était cotée en bourse. Au cours de la relation d'affaires, la banque a appris que sa cocontractante allait se retirer de la bourse, ce qui a eu pour conséquence que l'exemption de l'obligation d'identifier les détenteurs de contrôle stipulée en faveur des sociétés cotées en bourse par l'art. 22 CDB 16, n'était plus applicable. La banque était donc tenue, en vertu de l'art. 46 CDB, d'appliquer la procédure d'identification des détenteurs de contrôle.

³⁷ Art. 60 al. 2 CDB 20 et art. 61 al. 1 CDB 20. Voir également Leading Cases de la Commission de surveillance de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} juillet 2019 au 31 décembre 2019, let. C., ch. 1.1,

clarifications relatives à l'arrière-plan économique d'une transaction ou à l'origine des valeurs patrimoniales apportées relèvent fondamentalement des obligations LBA ne signifie pas que lesdites clarifications ne puissent pas également être pertinentes sous l'angle des obligations de diligence découlant de la CDB. Tel est le cas notamment lorsqu'il y a lieu de déterminer si les informations et documents recueillis suscitent des doutes au sens de l'art. 6 CDB 08.^{38 39} Lorsque la banque entreprend de clarifier l'origine des valeurs patrimoniales au sens de la LBA, elle doit également avoir une bonne compréhension des documents qui lui sont remis dans ce contexte et, le cas échéant, demander des informations complémentaires afin de dissiper tout doute sur l'ayant droit économique au sens de la CDB. Ce faisant, la banque doit faire preuve d'esprit critique et mettre en œuvre des critères d'appréciation raisonnables fondés sur une pratique bancaire irréprochable. Si elle ne le fait pas, elle viole les obligations de répétition de la CDB.

5.3. Lorsque, dans le cas d'une société à responsabilité limitée (Sàrl) ayant deux associés qui détiennent chacun 50 % des parts sociales, l'un des associés reprend l'ensemble des parts sociales de l'autre et que ce dernier quitte la société, il est évident qu'un changement intervient dans les détenteurs de contrôle. Conformément à l'art. 46, al. 1, let. b, CDB 16, la banque est donc tenue de prélever une nouvelle déclaration relative aux détenteurs de contrôle lorsqu'elle a connaissance de la sortie d'un des associés de la Sàrl.⁴⁰

D. MESURE DE L'AMENDE CONVENTIONNELLE

1.1. Ce qui est déterminant en matière de fixation de l'amende conventionnelle est tout d'abord la gravité des violations de la Convention.⁴¹ Les violations de la CDB commises par la banque sont d'autant plus graves que les clarifications effectuées n'ont pas permis de lever les doutes suscités par les informations fournies par le cocontractant au sujet de l'ayant droit économique, mais qu'au contraire elles ont fait naître des doutes supplémentaires.

1.2. Pour fixer l'amende conventionnelle, il faut également tenir compte, entre autres critères, de la situation financière de la banque.⁴² Dans sa jurisprudence de longue date, la Commission de surveillance tient compte des informations les plus récentes relatives au bilan, au bénéfice, respectivement à la perte ainsi qu'aux

disponibles sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

³⁸ Respect. art. 46 CDB 16, ou art. 46 CDB 20.

³⁹ Voir également Leading Cases de la Commission de surveillance de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} juillet 2019 au 31 décembre 2019, let. C, ch. 1.2. disponibles sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁴⁰ Dans le cas d'espèce, la cliente avait informé le responsable de relation d'affaires auprès de la banque que l'un des associés allait se retirer de la Sàrl. Après ledit retrait, la banque a prélevé et mis au dossier la publication du registre du commerce (FOSC) y relative. Toutefois la banque s'est abstenue de prélever un (nouveau) formulaire K.

⁴¹ Art. 64, al. 1, CDB 20.

⁴² Art. 64, al. 1, CDB 20.

fonds propres de la banque.⁴³ Toutefois, la Commission de surveillance n'accorde pas la même importance à chacune de ces données. Pour déterminer la situation financière de la banque, le critère des fonds propres est de première importance. Les autres données (bénéfice ou perte et total du bilan) ne doivent être prises en compte (à titre subsidiaire) que si la capacité financière de la banque ne peut être évaluée de manière satisfaisante en se référant aux seuls fonds propres. Le point de départ pour évaluer la situation financière de la banque est donc l'importance des fonds propres. Les autres indicateurs, particulièrement le bénéfice ou la perte n'ont, le cas échéant, qu'une fonction corrective.

La jurisprudence de la Commission de surveillance relative à la prise en considération de la situation financière de la banque publiée dans le rapport d'activité 2005 – 2010⁴⁴, doit donc être précisée en ce sens que les fonds propres de la banque constituent le principal critère d'appréciation de sa capacité financière, sous réserve, le cas échéant, d'une correction, pour tenir compte de circonstances particulières (par exemple, en raison d'une rentabilité particulièrement faible ou particulièrement bonne)⁴⁵.

Berne, avril 2021

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1524266.docx

Traduit de l'allemand par Me Robert Fiechter, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance CDB

⁴³ Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, RSDA 2011, ch. V/1.1., p. 59.

⁴⁴ Voir la note de bas de page 43 ci-dessus.

⁴⁵ C'est toujours la situation financière concrète de la banque qui est déterminante.

COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

(Convention relative à l'obligation de diligence des banques)

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(du 1^{er} janvier au 30 juin 2021)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20 la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition.¹ Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.²

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2021.

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 7933 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 5 juillet 2017 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8057 du 25 janvier 2021 couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2020 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

1. Le devoir de coopération des banques

1.1. En vertu de l'art. 18 du Règlement d'enquête du 16 décembre 2019, les banques sont tenues, dans le cadre d'une procédure CDB, de collaborer à l'établissement des faits pertinents. Elles doivent en particulier conserver les dossiers pertinents et les mettre à disposition du chargé d'enquête dès la notification de l'ouverture de la procédure d'enquête. Si les documents requis par le chargé d'enquête ne sont plus disponibles au moment de l'enquête, la banque doit fournir des informations sur leur localisation. Si une banque refuse de collaborer aux actes d'enquête de la Commission de surveillance ou d'un chargé d'enquête, la Commission de surveillance peut prononcer une amende conventionnelle au sens de l'art. 64 CDB 20 en vertu de l'art. 61 al. 2 CDB 20.

L'imposition d'une sanction pour violation de l'obligation de coopérer selon l'art. 61 al. 2 CDB 20 suppose que la banque n'ait pas donné suite à une demande spécifique et claire de production de documents de la part du chargé d'enquête (ou de la Commission de surveillance).

2. Conclusion de l'enquête

2.1. En application de l'art. 6 du Règlement de procédure du 14 mars 2019, le chargé d'enquête doit transmettre à la Commission de surveillance le dossier complet ainsi que ses réquisitions écrites à l'issue de l'enquête. Outre l'ensemble des pièces produites, les réquisitions du chargé d'enquête (appelées "rapport d'enquête") doivent contenir la désignation de la banque concernée, les conclusions juridiques, des informations sur la compétence de la Commission de surveillance, la présentation des faits qui justifient les conclusions juridiques, la référence aux preuves numérotées pour chaque fait, avec le bordereau des pièces jointes, ainsi que la date et la signature.⁴

Dans une décision récente, la Commission de surveillance a dû se pencher sur la nature juridique du rapport d'enquête des chargés d'enquête CDB. Elle a statué ce qui suit (traduction du texte original allemand) :

" Le rapport d'enquête concluant la procédure d'enquête avec les conclusions du chargé d'enquête n'a ni le caractère d'une demande au sens de la procédure civile, ni celui d'un acte d'accusation au sens de la procédure pénale. La procédure CDB s'apparente plutôt à une procédure administrative, même si le Règlement d'enquête - contrairement au Règlement de procédure - ne prévoit pas explicitement l'application subsidiaire de la PA, d'autant plus que l'Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3 juin 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA -FINMA ; RS 955.033.0) fait plusieurs fois référence à la CDB. Ainsi, le rapport d'enquête n'a pas à respecter les exigences d'allégation et de preuve de la procédure civile ou les exigences découlant du principe de l'accusation de la procédure pénale. Dans une procédure CDB - par analogie avec une procédure administrative (voir art. 12 PA) - les faits doivent être établis d'office. La CDB ne stipule pas qu'après sa réception la Commission de surveillance doit vérifier si le rapport d'enquête a été correctement établi. Elle ne stipule pas non plus que la Commission de surveillance serait tenue de renvoyer au chargé d'enquête un rapport d'enquête irrégulier pour complément ou correction ou qu'elle ne pourrait pas entrer en matière sur des conclusions sans preuves du chargé d'enquête.

⁴ Art. 6 al. 2 du Règlement de procédure.

Dans sa décision, la Commission de surveillance n'est expressément pas liée par le rapport d'enquête et les conclusions du chargé d'enquête (art. 2 al. 3 du Règlement de procédure). Elle jouit au contraire d'un plein pouvoir de cognition, aux fins d'élucider et de sanctionner les violations de la Convention de diligence sur la base du dossier qui lui est transmis par le chargé d'enquête (voir l'art. 13, al. 1, en liaison avec l'art. 6 al. 2 let. a du Règlement de procédure), étant précisé que la Commission de surveillance peut également recueillir des preuves supplémentaires et compléter le dossier de sa propre initiative, si nécessaire (art. 13 al. 2 du Règlement de procédure)."

2.2. Dans le rapport d'enquête du chargé d'enquête⁵ les faits⁶ doivent être décrits uniquement, mais au moins, de manière suffisamment précise pour permettre à la banque concernée de reconnaître ce qui lui est spécifiquement reproché, afin qu'elle puisse exercer de manière adéquate ses droits de la défense. De légères inexactitudes ou des lacunes dans la description des faits sont sans importance décisive, pour autant que la banque sache clairement quels sont les manquements aux devoirs de diligence qui lui sont reprochés. Que le chargé d'enquête présente les faits, c'est-à-dire l'exposé de l'état de fait, dans le corps même du rapport d'enquête ou dans une annexe au rapport d'enquête est en principe sans importance, tant que les droits de défense de la banque concernée et son droit d'être entendu demeurent respectés.

2.3. Selon l'art. 20 al. 2 du Règlement d'enquête, une procédure d'enquête doit normalement être achevée dans les neuf mois dès son ouverture ; dans le cas contraire, le chargé d'enquête doit justifier les raisons du retard de la procédure auprès de la Commission de surveillance.

La disposition de l'art. 20 al. 2 du Règlement d'enquête n'est cependant qu'une simple règle d'ordre, dont la méconnaissance n'affecte pas la validité de la procédure d'enquête et/ou du rapport d'enquête du chargé d'enquête. La banque ne peut donc rien tirer en sa faveur du fait que le délai de neuf mois n'ait pas été respecté dans une procédure d'enquête ou que le chargé d'enquête n'ait pas motivé le retard de la procédure dans son rapport d'enquête, d'autant plus que les enquêtes ne sont censées être terminées qu'"en règle générale" dans un délai de neuf mois.

3. (Dis) proportionnalité des enquêtes

3.1. Si une banque estime qu'un acte d'enquête du chargé d'enquête est disproportionné, elle peut refuser de coopérer à la mesure d'enquête conformément à l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête et présenter ses objections au chargé d'enquête. Si la banque et le chargé d'enquête ne parviennent pas à un accord, le Président de la Commission de surveillance décide de l'admissibilité de la mesure d'enquête contestée.

Cependant, ni la CDB ni le Règlement d'enquête ne contiennent de dispositions plus précises sur la procédure applicable à la décision du Président. Il appartient donc au Président, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, de trancher les questions de procédure qui se posent. Dans une décision récente, le Président a notamment clarifié les questions suivantes :

⁵ Cf. sur la nature juridique du rapport d'enquête en détail n° 2.1 ci-dessus.

⁶ L' " exposé des faits qui fondent les conclusions juridiques " (cf. art. 6 al. 2 lit. b du Règlement de procédure).

Étant donné que le Règlement d'enquête ne précise pas qui, de la banque ou du chargé d'enquête, peut ou doit faire appel au Président de la Commission de surveillance en cas de désaccord, tant la banque que le chargé d'enquête ont le droit de faire appel au Président de la Commission de surveillance et de demander une décision sur l'admissibilité des actes d'enquête querellés.⁷

Le Règlement d'enquête ne stipule pas non plus que le Président de la Commission de surveillance doit être saisi dans un certain délai.⁸ Si le chargé d'enquête fixe à la banque un délai pour saisir le Président de la Commission de surveillance,⁹ le non-respect d'un tel délai, qui n'a aucun fondement dans le Règlement d'enquête ou la CDB, ne signifie pas que la banque soit déchue de son droit¹⁰ du fait d'avoir tardé.¹¹

3.2. Selon la pratique de la Commission de surveillance, les dispositions de l'art. 3 du Règlement d'enquête sur l'admissibilité des enquêtes respectivement des actes d'investigation du chargé d'enquête doivent être interprétées de manière extensive. En effet une interprétation restrictive de l'art. 3 du Règlement d'enquête serait contraire à l'esprit et au but de la Convention de diligence et aurait pour conséquence de faire perdre sa crédibilité à l'institution d'autorégulation telle que prévue par la CDB. Cela ne saurait être dans l'intérêt de la place financière suisse, dont la sauvegarde de la réputation est l'un des objectifs déclarés de la CDB.¹² En revanche, les mesures d'investigation qui ne sont manifestement pas appropriées, pas nécessaires et/ou pas raisonnables sont inadmissibles.

Les mesures d'enquête prises par le chargé d'enquête sont également disproportionnées, lorsque le manquement reproché à la banque, même s'il était prouvé, ne remplirait pas les éléments objectifs et (le cas échéant) subjectifs d'une règle de la CDB. Il faut cependant faire preuve de retenue lorsqu'on suppose que les mesures d'enquête sont disproportionnées. En effet, la qualification juridique du comportement de la banque incombe fondamentalement à la Commission de surveillance dans sa décision de sanction et non au Président dans le

⁷ En pratique, c'est généralement le chargé d'enquête qui fait appel au Président s'il veut maintenir un acte d'enquête contesté (car la banque peut par principe se limiter à refuser de coopérer). En l'espèce, c'est la banque qui s'est adressée au Président pour demander qu'une mesure d'instruction envisagée par le chargé d'enquête soit déclarée disproportionnée. Le Président est entré en matière sur la demande de la banque.

⁸ Le Règlement d'enquête ne prévoit en particulier pas que la banque soit tenue par un délai pour contester auprès du Président de la Commission de surveillance une mesure d'enquête du chargé d'enquête qu'elle juge inadmissible.

⁹ En revanche, le fait que le chargé d'enquête fixe à la banque un délai pour s'adresser au Président de la Commission de surveillance afin de clarifier si la banque peut maintenir ses objections est parfaitement logique pour des raisons d'économie de procédure.

¹⁰ Une telle conséquence de péremption n'est prévue ni dans le Règlement d'enquête ni dans la CDB, et ne peut pas non plus être fondée sur d'autres principes généraux de procédure.

¹¹ Selon la pratique de la Commission de surveillance, la banque peut être fore-close pour contester la proportionnalité des mesures d'enquête lorsque la banque n'avait pas d'emblée contesté la mesure, mais au contraire avait déjà donné suite. Dans un tel cas, la banque n'a plus la possibilité de s'adresser au Président de la Commission de surveillance. En effet, la banque de par son comportement a laissé périmer son droit d'en appeler au Président de la Commission de surveillance (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, SZW 1/2011, p. 50). Cette déchéance n'a toutefois rien à voir avec le (non)respect d'un délai fixé par le chargé d'enquête pour s'adresser au Président, délai dépourvu de base légale.

¹² Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018 point B, disponible sur swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

cadre d'une décision incidente sur la proportionnalité des mesures d'enquête, ce d'autant plus que l'art. 3 du Règlement d'enquête doit être interprété de manière extensive, comme cela vient d'être mentionné. Ce n'est que si les faits soupçonnés par le chargé d'enquête et faisant l'objet de ses investigations sont manifestement dépourvus de pertinence juridique parce que ces faits - même s'ils étaient avérés – n'entreraient pas dans le champ d'application de la CDB ou du moins ne seraient très vraisemblablement pas couverts par la CDB, qu'il se justifie d'abandonner les investigations.

3.3. Il convient de renoncer à ouvrir une enquête CDB lorsque les (éventuelles) infractions à la CDB, qui ont été signalées sont manifestement prescrites et ne peuvent donc plus être poursuivies.¹³ Le Président de la Commission de surveillance a considéré ce qui suit (traduction du texte original allemand)¹⁴ :

" En vertu de l'art. 4 al. 1 du Règlement d'enquête, le chargé d'enquête ouvre une procédure d'enquête à l'encontre d'une banque s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que la CDB a été violée sur la base de ses propres constatations ou d'un rapport de la société d'audit, de la FINMA ou d'une autre autorité nationale. Il en va de même d'une auto-dénonciation de la banque [...]. En tout état de cause, l'ouverture d'une procédure d'enquête requiert des indices clairs qu'une banque n'a pas respecté les dispositions de la CDB (art. 4 al. 2 du Règlement d'enquête).

Si, en revanche, il n'y a aucune raison d'ouvrir une procédure d'enquête conformément à l'art. 4 du Règlement d'enquête, il convient de renoncer à l'ouverture d'une procédure CDB. Il en va de même lorsque la procédure devrait, de toute manière, être immédiatement classée (par exemple en raison de la prescription). La décision immédiate de ne pas ouvrir d'enquête peut et doit éviter aux banques de subir divers désavantages résultant de dénonciations ou d'enquêtes sans cause et d'encourir des coûts inutiles.

Il convient de renoncer à l'ouverture d'une enquête CDB en particulier si aucune typicité de la CDB n'est remplie, c'est-à-dire si les faits rapportés - même s'ils pouvaient être prouvés dans le cadre de l'enquête - ne rempliraient pas les éléments constitutifs d'une disposition CDB. Il y a lieu de renoncer à une procédure CDB lorsqu'un élément constitutif de la violation n'est manifestement pas rempli.¹⁵

Il convient également de renoncer à une procédure CDB s'il existe des obstacles à la procédure, comme la condamnation antérieure d'une banque pour les mêmes faits ou si la prescription est acquise. Néanmoins, même dans ces cas, on ne peut renoncer à l'ouverture d'une enquête que si la situation factuelle et juridique est indiscutable. "

¹³ Selon la règle de prescription de l'art. 65 CDB 20, les infractions à la CDB ne sont plus poursuivies si elles ont eu lieu il y a plus de cinq ans.

¹⁴ Sur la base de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête, le Président de la Commission de surveillance est chargé de décider de la recevabilité des actes d'enquête contestés. La disposition de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête ne se réfère pas seulement à des actes d'enquête individuels, mais est également applicable à l'ouverture d'une enquête dans son ensemble (cf. Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, para. IV/1, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent. Il appartient donc au Président de décider de l'ouverture d'une enquête (ou de la renonciation à l'ouverture d'une enquête).

¹⁵ Voir déjà le chiffre 3.2 ci-dessus.

4. Dénonciations de particuliers

Selon la pratique de la Commission de surveillance, il y a lieu, cas échéant, de donner suite à une dénonciation émanant d'un particulier.¹⁶ Cependant, comme la procédure d'enquête et de sanction des chargés d'enquête de la CDB et de la Commission de surveillance CDB sont confidentielles, les dénonciateurs privés ne doivent pas être informés de la suite donnée à leur dénonciation.

5. Procédure sommaire

La Commission de surveillance a pu, une fois de plus, régler un cas en procédure sommaire au sens de l'art. 62 CDB 20. Les attentes¹⁷ de la procédure sommaire visant à traiter de façon efficace et rapide des cas simples ont été pleinement satisfaites : moins de quatre mois après avoir reçu l'auto-dénonciation de la banque, la Commission de surveillance a pu clore la procédure de la CDB par une décision.¹⁸

C. CASUISTIQUE

1. Obligations en matière de documentation et de mise en sûreté de documents

1.1. Selon l'art. 45 CDB 16, tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique doivent avoir été obtenus dans leur intégralité et sous la forme voulue avant que le compte puisse être utilisé. Un compte est considéré comme utilisable à partir du moment où des transactions peuvent y être comptabilisées.¹⁹ La banque ne peut donc pas justifier la vérification déficiente de l'identité du cocontractant respectivement l'identification déficiente du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique au motif que le compte nouvellement ouvert permettait certes la comptabilisation de transactions mais n'a jamais été effectivement utilisé par le client.²⁰ Le fait que des avoirs

¹⁶ Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, RSDA 1/2011, para. III/2, p. 50.

¹⁷ Sur les attentes de la procédure sommaire voir aussi Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2019 au 31 décembre 2019, point C, section 4, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹⁸ La mise en œuvre de la procédure sommaire exige (cumulativement) qu'il s'agisse d'un " cas simple " et que la banque remette avec son auto-dénonciation un dossier complet et un rapport d'audit d'une société de révision qui à la fois décrit les faits pertinents et mentionne les dispositions pertinentes de la CDB (art. 62 al. 1 et 2 CDB ; cf. au sujet des exigences relatives à l'exécution de la procédure sommaire en général et des exigences relatives au rapport d'audit de la société d'audit en particulier, voir Leading Cases de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} juillet 2020 au 31 décembre 2020, point B, section 3, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹⁹ Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 45, p. 36.

²⁰ Il en irait autrement si une relation d'affaires, c'est-à-dire l'ouverture d'un compte, n'avait jamais été établie (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. IV, p. 688, r20).

soient crédités ou non sur un compte après son ouverture, et si oui, pour quel montant, ne change rien aux obligations d'identification et de vérification.²¹

1.2. Exceptionnellement, si quelques données et/ou documents seulement font défaut, le compte peut déjà être utilisé avant que tous les documents nécessaires à la vérification de l'identité du cocontractant, à l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique soient disponibles. L'exception de l'art. 45 CDB 16 ne s'applique qu'aux relations d'affaires pour lesquelles l'identité du cocontractant, du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique sont claires et où seuls certaines données et/ou documents font défaut. La pratique de la Commission de surveillance, selon laquelle l'art. 45 CDB 16 s'applique aux relations d'affaires dont la documentation est incomplète ou dont les documents d'identification existants sont défectueux,²² est à clarifier dans le sens où cela ne s'applique qu'aux documents défectueux en raison de l'absence de certaines informations seulement.²³ En revanche, si c'est le contenu des documents requis qui est défectueux, peu clair ou même contradictoire, l'art. 45 CDB 16 ne peut être invoqué.²⁴

2. Obligations de répétition

2.1. Les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique si, au cours de la relation d'affaires, des doutes surgissent quant à l'identité du cocontractant avec l'ayant droit économique ou quant à l'exactitude de la déclaration faite au sujet de l'ayant droit économique et que ces doutes n'ont pu être levés par des clarifications.²⁵ Un tel cas de doute existe toujours si des constatations insolites sont faites.²⁶ A titre d'exemple, est une constatation insolite, le fait que des transactions sont effectuées sur un compte qui excèdent les moyens financiers du client.²⁷

Cela ne signifie pas pour autant qu'à l'inverse le caractère insolite d'une transaction doive d'emblée être nié lorsque la transaction entre dans les moyens financiers du client. Ainsi, même une transaction non-suspecte en termes

²¹ L'utilisation (ou la non-utilisation) ultérieure du compte peut néanmoins être prise en compte dans l'évaluation de la sanction conventionnelle sous l'angle de la gravité de la violation de la CDB.

²² Voir Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} janvier 2018 au 30 juin 2018, point B, section 2.2, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

²³ Par exemple, la date de naissance de l'ayant droit économique.

²⁴ Dans le cas à évaluer par la Commission de surveillance, un formulaire A était disponible. Ce document était cependant défectueux car il ne répertoriait pas tous les bénéficiaires économiques. L'art. 45 CDB 16 ne s'applique manifestement pas dans le cas d'un tel formulaire A défectueux.

²⁵ Art. 46 al. 1 let. c et d CDB 20. Voir également art. 46 al. 1 let. c et d CDB 16 et art. 6 al. 1 let. b et c CDB 08.

²⁶ Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, section 2.1, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

²⁷ C'est ce que stipule expressément le ch. 25 al. 2 let. b des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

de montant peut susciter des doutes quant à l'ayant droit économique et entraîner des obligations de clarification correspondantes si d'autres constatations insolites sont faites.

2.2. Plusieurs années après l'ouverture du compte, une société de domicile a déclaré à la banque, au moyen d'un (nouveau) formulaire A, qu'une autre personne en était désormais l'ayant droit économique. Après réception de cette déclaration, des transactions ont toutefois continué à être effectuées régulièrement sur le compte de la société de domicile, dont il fallait déduire que l'ayant droit économique n'avait pas changé, contrairement au nouveau formulaire A.²⁸ Comme il s'imposait à l'esprit que le nouvel ayant droit économique n'était qu'un prête-nom pour cacher le fait qu'en réalité l'ancien ayant droit économique avait toujours droit aux actifs de la société de domicile, la banque aurait dû mettre fin à la relation d'affaires.²⁹

2.3. Lorsqu'une banque aurait dû répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant à plusieurs reprises mais qu'elle est toujours restée inactive, elle doit également être sanctionnée pour des violations répétées de l'obligation de répétition.³⁰

En revanche, le fait que cette violation réitérée des obligations de répétition ait finalement abouti au même résultat – le maintien d'une relation d'affaires avec un cocontractant qui n'a pas été correctement identifié selon la CDB – devra être pris en compte dans la mesure de l'amende conventionnelle. En effet, la violation réitérée des obligations de renouveler la vérification de l'identité du cocontractant commise par la banque dans le cadre d'une même relation d'affaires pèse évidemment moins lourd que si la banque avait violé l'obligation de renouvellement de l'identification à l'occasion de plusieurs relations d'affaires et s'était ainsi retrouvée à entretenir plusieurs relations d'affaires avec des clients mal identifiés (au lieu d'une seule).

2.4. La Commission de surveillance a précisé que la violation du devoir de répétition (art. 6 CDB 08 respectivement art. 46 CDB 16/20) ne constitue pas une violation de la CDB sous forme d'omission. Le fait que chaque violation de la CDB se caractérise par un manquement au devoir de diligence ne doit pas conduire à la conclusion qu'il s'agit d'un "délit d'omission". La violation du devoir de répétition dans une relation d'affaires (ainsi que la violation de l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant et d'identifier le détenteur de contrôle et/ou l'ayant droit économique lors de l'établissement d'une relation d'affaires) doit au contraire être qualifiée de "délit de commission" - par analogie avec le délit de défaut de vigilance dans les transactions financières selon l'art.

²⁸ En l'espèce, même après le (prétendu) changement d'ayant droit économique, des virements réguliers ont été effectués du compte de la société de domicile au filleul de l'ancien ayant droit économique, des paiements ont été effectués à une autre société (de domicile) contrôlée par l'ancien ayant droit économique et des relevés de cartes de crédit de l'ancien ayant droit économique ont été payés.

²⁹ Art. 46 al. 2 CDB 20, voir également art. 46 al. 2 CDB 16 et art. 6 al. 3 CDB 08. Toutefois, la relation d'affaires avec le cocontractant ne peut plus être rompue si les conditions de l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) sont remplies (voir art. 46 al. 3 CDB 20).

³⁰ En l'espèce, la banque avait eu des indications claires, à 13 moments différents au total sur une période de cinq ans, que le cocontractant avait déménagé à plusieurs reprises et que l'adresse de résidence qu'il avait indiquée lors de l'établissement de la relation d'affaires et qui était enregistrée dans le système de la banque n'était donc pas (ou plus) correcte. Ainsi, dans 13 cas, la banque aurait donc eu l'occasion et aurait eu le devoir de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant. En ne le faisant pas, la banque a violé son obligation de répéter la procédure dans 13 cas, conformément à l'art. 6 al. 1 CDB 08 en relation avec l'art. 2 CDB 08.

305ter al. 1 CP³¹, ³² qui selon la doctrine dominante et la jurisprudence constitue également un délit de commission et non un (véritable) délit d'omission.³³

2.5. Quelques années après avoir établi une relation d'affaires avec une société de domicile étrangère, une banque a prélevé un nouveau formulaire A désignant un nouvel ayant droit économique. Le nouvel ayant droit économique était un représentant d'une société financière et fiduciaire qui avait précédemment agi en tant que représentante de la cliente et qui avait, entre autres, également reçu le pouvoir de signature individuelle pour le compte de la société de domicile. Le changement d'ayant droit économique a été justifié par la cliente par le fait que l'ancien ayant droit économique était en instance de divorce et que dès lors il consolidait ses comptes.

Cette motivation n'est à l'évidence pas adéquate pour expliquer le changement d'ayant droit économique. On ne comprend pas pourquoi le divorce de l'ayant droit économique d'une société de domicile offshore devrait conduire à ce qu'un représentant d'une société financière et fiduciaire désignée comme mandataire soit le nouvel ayant droit économique des actifs de cette société de domicile. La banque aurait donc dû mettre en question la justification reçue concernant le changement d'ayant droit économique et aurait dû procéder à des clarifications supplémentaires. En ne le faisant pas, elle a violé son obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

2.6. Une banque avait régulièrement³⁴ renouvelé la documentation relative au compte dans le cadre de la relation d'affaires, mais avait omis d'enregistrer la date de réception des nouveaux documents d'identification. Bien que la CDB astreigne expressément une banque à veiller à ce que la date de réception des documents permettant d'identifier l'ayant droit économique soit enregistrée de manière traçable (ou soit disponible dans le système de la banque),³⁵ la Commission de surveillance a nié l'existence d'une violation des obligations de répétition si la banque, sans y être obligée, procède à une nouvelle identification et viole ainsi (seulement) le devoir de documenter la date de réception.³⁶ Cela s'applique en tout cas si - comme dans le cas d'espèce - les nouveaux documents d'identification figurant dans le dossier ne contiennent aucune modification par rapport aux documents recueillis lors de l'ouverture du compte.³⁷

³¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

³² Voir également le point D.1.2 ci-dessous sur la relation entre la CDB et l'art. 305ter CP.

³³ Cf. ATF 125 IV 139 E. 3 b avec références.

³⁴ C'est-à-dire sans qu'un doute au sens de l'art. 46 CDB 20 n'apparaisse qui aurait nécessité une répétition de l'identification.

³⁵ Art. 44 al. 2 CDB 20. Voir également l'art. 44 al. 2 CDB 16 et le ch. 36 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

³⁶ Dans ce cas, la banque se trouverait dans une situation pire que si elle était restée inactive (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, RSDA 5/2017, Ziff IV, p. 689, r25).

³⁷ Il en irait autrement, par exemple, si les nouveaux documents d'identification (prélevés sans nécessité) révélaient que la banque avait été trompée dans l'identification initiale du cocontractant, ce qui aurait pour conséquence que la banque devrait mettre fin à la relation d'affaires avec le cocontractant conformément à l'art. 46 al. 2 CDB 20 (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, SZW 5/2017, Ziff. IV, p. 689, r25, fn. 74).

D. SANCTIONS

1. Intention

1.1. Selon l'art. 64 al. 2 CDB 20, les violations du devoir de répétition, de l'interdiction de l'assistance à la fuite des capitaux et de l'interdiction d'assistance active à la soustraction fiscale et aux actes analogues (art. 46 - 57 CDB 20) ne sont sanctionnées que si elles sont commises intentionnellement. Selon la pratique ancienne et constante de la Commission de surveillance le dol éventuel est suffisant.³⁸ Cela s'applique non seulement à la CDB 20 mais aussi au champ d'application des versions antérieures de la CDB, à savoir la CDB 16³⁹ et la CDB 08.⁴⁰

1.2. La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence sur le dol éventuel, selon laquelle une violation intentionnelle (au moins par dol éventuel) de la CDB est toujours consommée lorsqu'une banque viole une disposition claire de la CDB ou une pratique constante et publiée à plusieurs reprises de la Commission de surveillance.⁴¹

Cette jurisprudence de la Commission de surveillance sur le dol éventuel est également conforme à la doctrine dominante et à la jurisprudence relative à l'infraction pénale de défaut de vigilance dans les transactions financières selon l'art. 305ter CP, qui est comparable aux obligations de diligence de la CDB.⁴² Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, l'intention, dans le champ d'application de l'art 305ter CPS, peut être déduite d'un manque de vigilance : Il y a par principe une intention si l'auteur s'est passé des vérifications qu'un banquier diligent aurait faites dans la même situation.⁴³ Dans le champ d'application de la CDB, le dol éventuel peut (et doit) toujours être retenu si une banque a renoncé aux mesures qu'une banque diligente aurait prises dans la même situation.

1.3. C'est en vain qu'une banque a objecté qu'elle n'avait pas agi intentionnellement parce qu'elle s'était fiée à l'exactitude des documents reçus du cocontractant sans se renseigner davantage et n'avait donc pas conscience

³⁸ Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, RSDA 5/2017, Ziff. II/6, p. 682.

³⁹ Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, no. 3, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁴⁰ La remarque contenue dans le commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), selon laquelle le contenu des art. 6 à 8 CDB 08 ne justifie des sanctions que pour des violations *intentionnelles*, ne doit pas être comprise comme signifiant que l'art. 11 al. 3 CDB 08 ne vise que l'*intention* réelle ou le dol direct au premier degré, mais pas le dol éventuel (voir Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001 - 2005, SZW 2005, Bst. C, Ziff. 5.5, p. 258, selon lequel la Commission de surveillance avait déjà déclaré que le dol éventuel était suffisant au regard de la CDB 98, alors que le terme "*dessein*" était utilisé dans le texte même de la CDB).

⁴¹ Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. II/6, p. 682 ; voir également Ziff. X, p. 697, r64, Ziff. X, p. 698, r67 et r68, Ziff. X, p. 699, r70.

⁴² Cf. sur la relation entre la CDB et l'art. 305ter CP en détail Christoph Graber, Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken zu Art. 305ter Abs. 1 CP, SZW 4/1995, p. 161 ff.

⁴³ ATF 125 IV 139 E. 4 a.E. avec références.

du problème. Le fait que la banque n'ait peut-être pas eu conscience du problème lié à des clarifications omises ou déficientes ne peut évidemment pas l'exonérer. Dans le cas contraire, une banque totalement négligente, qui a complètement ignoré les doutes suscités par les informations et les documents qu'elle a reçus, alors qu'elle aurait pu et dû avoir de tels doutes, serait placée dans une situation plus favorable qu'une banque qui était consciente du problème mais qui n'a pas rempli toutes ses obligations au titre de la CDB. Cela ne serait pas compatible avec l'esprit et le but de la CDB.

1.4. Selon la CDB, fait explicitement partie des devoirs de documentation, l'obligation d'acter date de réception des documents permettant d'établir l'identité de l'ayant droit économique (ou leur disponibilité dans le système de la banque).⁴⁴ Si, dans le contexte de cette disposition claire et explicite de la CDB, la banque néglige d'enregistrer la date de réception du nouveau formulaire A à l'occasion du renouvellement de l'identification de l'ayant droit économique, elle a, à tout le moins, violé l'obligation de renouveler l'identification par dol éventuel.⁴⁵

2. Cas bénin

2.1. Selon la liste exemplative de l'art. 63 CDB 16, est entre autre réputé constituer un cas bénin le fait que les avoirs comptabilisés dans le cadre de la relation d'affaires concernée ne dépassent pas CHF 25'000.⁴⁶ La Commission de surveillance est arrivée à la conclusion qu'une interprétation textuelle stricte de l'art. 63 lit. c CDB 16 est contraire au sens et au but de la règle tels qu'ils résultent tant de l'art. 63 premier paragraphe CDB 16 que du commentaire^{47, 48}. Lorsqu'il s'agit d'évaluer si une violation de la CDB peut être qualifiée de cas bénin, il n'est donc pas possible de se concentrer uniquement sur le montant des avoirs déposés et de faire fi de la qualité de la violation de la CDB. Ainsi, même à la lumière de l'art. 63 lit. c CDB 16, un cas bénin ne peut être retenu que si la violation de l'obligation de diligence n'affecte pas le noyau même des obligations de diligence découlant de la CDB. C'est le cas si l'objectif de la CDB est sauvegardé alors même que tous les devoirs énoncés dans la CDB n'ont pas été remplis de manière irréprochable.⁴⁹ A l'inverse, il s'ensuit qu'une infraction à la CDB qui viole le noyau même de celle-ci et qui entraîne par conséquent l'absence d'identification certaine du cocontractant ou du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique ne constitue pas un cas bénin même si les valeurs patrimoniales concernées sont inférieures à CHF 25'000.⁵⁰

⁴⁴ Art. 44 al. 2 VDB 20. Voir également l'art. 44 al. 2 CDB 16 et le ch. 36, al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

⁴⁵ Voir le ch. 1.2 ci-dessus pour plus de détails sur le concept de dol éventuel dans l'application de la CDB.

⁴⁶ Art. 63 lit. c CDB 16.

⁴⁷ Cf. le commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 63, p. 39.

⁴⁸ Du même avis Kathrin Heim, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 3e édition, Zurich/Bâle/Genève 2016, note 1 ad art. 63 lit. c CDB 16, resp. Kathrin Heim/Tamara Wettstein, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 1 ad art. 63 lit. c CDB 20.

⁴⁹ Voir également Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)*, SZW 2008, p. 568.

⁵⁰ Le fait que seuls des avoirs relativement modestes soient concernés doit toutefois être pris en compte en faveur de la banque dans l'évaluation du montant de la sanction (voir Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, section 2.2, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

2.2. Avec près de 100 violations de la CDB on ne saurait plus parler de cas bénin au sens de l'art. 63 CDB 20.⁵¹

E. FRAIS

En vertu de l'art. 61 al. 5 CDB 20 en relation avec l'art. 14 al. 3 let. c du Règlement de procédure, la Commission de surveillance fixe dans sa décision le montant total des frais de procédure, qui se composent des frais de l'enquête menée par le chargé d'enquête et des frais de la procédure de sanction devant la Commission de surveillance. Toutefois, Ni la CDB, ni le Règlement d'enquête, ni le Règlement de procédure ne contiennent de règles sur le calcul ou la détermination des frais de procédure. La Commission de surveillance doit donc user de son pouvoir d'appréciation pour déterminer le montant des frais de procédure à supporter par la banque.

Alors que les frais de la procédure d'enquête correspondent par principe aux factures du chargé d'enquête, les frais de la procédure de sanction consistent en un droit forfaitaire destiné à couvrir le travail de la Commission de surveillance. Les frais de la procédure de sanction sont fixés en fonction du temps consacré à la cause à juger, qui dépend de sa complexité factuelle et juridique.

Étant donné que les frais de procédure à charge de la banque servent exclusivement à couvrir le travail occasionné par le cas concret, ils ne doivent pas être fixés en fonction du montant de la sanction. Le montant de la sanction n'a donc aucune influence sur le montant des frais de procédure. Par conséquent, une éventuelle réduction de l'amende conventionnelle par rapport aux conclusions du chargé d'enquête ne conduit pas à une réduction des frais de procédure.

Berne, octobre 2021

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance de la CDB

X1577950.docx

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB

⁵¹ Voir également Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB], RSDA 2008, point VI/3, p. 572.

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(du 1^{er} juillet au 31 décembre 2021)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20 la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition.¹ Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.²

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2021.

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 7933 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 5 juillet 2017 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org. → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8065 du 2 décembre 2021 couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2021 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“.

B. QUESTIONS DE PROCEDURE

1. Motivation des décisions de suspension

Si la commission de surveillance ne constate aucune violation de la Convention de diligence susceptible d'être sanctionnée, elle suspend la procédure.⁴ Les décisions de suspension ne sont généralement pas motivées.⁵ Dès lors que le chargé d'enquête et la banque avaient formulé des conclusions très différentes⁶, il convenait exceptionnellement de motiver malgré tout la décision de suspension prise par la Commission de surveillance⁷.

2. Procédure sommaire

Au cours du deuxième semestre 2021, la Commission de surveillance a pu traiter deux cas supplémentaires en procédure sommaire au sens de l'art. 62 CDB 20.⁸ Dans les deux cas, la procédure CDB a pu être clôturée par une décision de la Commission de surveillance moins de six mois après la réception de l'autodénonciation.

⁴ Art. 61 al. 1 CDB 20 en lien avec l'art. 7 al. 1 du Règlement de procédure du 14 mars 2019.

⁵ Art. 7 al. 4 du Règlement de procédure.

⁶ Alors que le chargé d'enquête a demandé une peine conventionnelle de plus de CHF 200'000.00 en raison d'une violation répétée de la CDB, la banque a proposé de classer la procédure en raison de l'absence de violation des règles CDB.

⁷ L'art. 7 al. 4 du Règlement de procédure permet expressément la motivation des ordonnances de suspension (cf. déjà à ce sujet Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er janvier 2019 au 30 juin 2019, let. E, ch. 3., disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

⁸ Pour les conditions de mise en œuvre de la procédure sommaire, voir en détail les Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er juillet 2020 au 31 décembre 2020, let. B, ch. 3, disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation d'identification de la partie contractante

Lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec une personne morale, la banque doit prendre connaissance des dispositions relatives aux pouvoirs de représentation du cocontractant et les documenter.⁹ Cependant, la CDB ne contient aucune disposition sur la manière de documenter les dispositions relatives aux pouvoirs de représentation. Selon le commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 15, un extrait du registre du commerce, des procurations d'organes de la société en faveur d'autres personnes, un extrait d'un règlement interne, une liste de signatures autorisées, un «*certificate of incumbency*», des statuts, un règlement d'association, des procès-verbaux d'assemblée générale et de conseil d'administration, ou des programmes annuels contenant des dispositions relatives aux pouvoirs de signature et à la compétence de nommer des personnes autorisées à signer, peuvent par exemple être utilisés. Pour constater respectivement documenter les dispositions relatives aux pouvoirs de représentation, des documents établis par le cocontractant lui-même, tels que les règlements internes, les carnets de signatures, les procès-verbaux, etc. sont donc admis, contrairement à l'identification proprement dite du cocontractant, qui exige en principe un extrait d'un registre officiel.¹⁰ La CDB est donc moins exigeant en ce qui concerne les documents d'identification des pouvoirs de représentation de personnes morales que pour l'identification des personnes morales elles-mêmes.

2. Obligations de répétition

2.1. Les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique lorsqu'au cours de la relation d'affaires un doute survient sur le point de savoir si l'ayant droit économique est toujours le même ou quant à l'exactitude des déclarations faites au sujet de l'ayant droit économique et que ce doute n'a pas pu être levée par d'éventuelles clarifications.¹¹ Il existe toujours un doute en présence de constatations insolites.¹² Il y a lieu de considérer qu'il s'agit d'une constatation insolite, entre autres, lorsqu'il est soupçonné qu'un compte soit utilisé comme un compte de passage.¹³

⁹ Art. 15 al. 3 CDB 20. Voir aussi art. 15 al. 3 CDB 16 et ch. 14 al. 3 des dispositions d'exécution au sujet de l'art. 2 CDB 08.

¹⁰ Voir art. 12 ss. CDB 20.

¹¹ Art. 46 al. 1 let. c et d CDB 20. Voir aussi art. 46 al. 1 let. c et d CDB 16 ainsi que l'art. 6 al. 1 let. b et c CDB 08.

¹² Voir Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, let. C, ch. 2.1, disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹³ Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. VII, p. 694, n° 50.

Bien que le compte d'une cliente d'une banque ait clairement servi de compte de passage¹⁴, la Commission de surveillance est parvenue à la conclusion que, dans ce cas concret, il n'y avait pas d'obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique et d'établir l'ayant droit économique de cette transaction (de passage) au moyen du formulaire A, dès lors que la même personne physique était l'ayant droit économique de tous les comptes et sociétés¹⁵ impliqués dans la transaction de passage. Dans cette configuration particulière, la transaction de passage n'a pas déclenché d'obligations de répétition au sens de la CDB.

2.2. Au cours d'une relation d'affaires, une banque a répété la procédure d'identification de l'ayant droit économique et a versé au dossier un nouveau formulaire A dans lequel, outre l'ancien ayant droit économique, le père de ce dernier était désormais également mentionné comme ayant droit économique supplémentaire. Le fait que la banque n'ait pas indiqué dans le dossier les raisons pour lesquelles elle avait demandé un nouveau formulaire A ne constitue pas une violation des règles de la CDB, car la CDB ne contient aucune règle obligeant les banques à documenter les raisons pour lesquelles elles répètent la procédure d'identification de l'ayant droit économique. Il est au contraire tout à fait admissible de demander un nouveau formulaire A sans raison particulière, c'est-à-dire sans qu'il y ait un cas de doute, comme cela se fait par exemple assez souvent dans le cadre d'un renouvellement général de la documentation du compte.

Si cependant *après* réception du nouveau formulaire A (pour quelque raison que ce soit), des doutes sur l'exactitude de la (nouvelle) déclaration relative à l'ayant droit économique surgissent et ne peuvent être levés, ou si le nouveau formulaire A conduit à constater que des informations sciemment erronées sur l'ayant droit économique ont été fournies à la banque avec le formulaire A initial, la banque ne doit alors pas se contenter du nouveau formulaire A, mais doit, sous réserve de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA¹⁶, rompre la relation d'affaires en cours avec le cocontractant.¹⁷

3. Interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues

Les banques sont tenues de ne pas fournir d'aide à leurs cocontractants dans des manœuvres visant à tromper des autorités suisses et étrangères, en particulier les autorités fiscales, en fournissant des attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière (interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et des actes analogues).¹⁸

¹⁴ Un compte client a été crédité de USD 5 millions qui ont été intégralement transférés trois jours plus tard seulement.

¹⁵ En d'autres termes, la même personne physique était l'ayant droit économique de la société d'où provenaient les USD 5 millions, de la société dont le compte a servi de compte de passage et de la société sur le compte de laquelle les USD 5 millions ont été transférés. La banque le savait parce que les trois sociétés impliquées dans la transaction de passage étaient clientes de la banque.

¹⁶ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre la blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0).

¹⁷ Art. 46 al. 2 et 3 CDB 20. Voir aussi art. 46 al. 2 et 3 CDB 16 ainsi que l'art. 6 al. 3 et 4 CDB 08.

¹⁸ Art. 53 CDB 20. Voir aussi art. 53 CDB 16 et l'art. 8 CDB 08.

Un employé de banque qui a détourné des fonds de clients et à cette occasion a falsifié des documents bancaires afin de donner aux clients l'impression que les avoirs étaient encore disponibles n'a pas commis intentionnellement d'assistance active à la soustraction fiscale ou à des actes analogues. Une manœuvre visant à tromper les autorités fiscales n'était ni voulue par les clients ni comprise dans l'intention (probablement criminelle) de l'employé de banque. L'employé de banque n'a pas voulu fournir une assistance active à la soustraction fiscale, mais bien plutôt s'enrichir aux dépens des clients. Bien que l'employé de banque ait falsifié des attestations, dans cette configuration il n'y a clairement pas d'assistance active à la soustraction fiscale de la part de la banque.

Berne, mars 2022

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1619488.DOCX

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1^{er} janvier au 30 juin 2022)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20 la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016².

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, depuis l'année 2017, publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé³. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents, couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2022.

B. CASUISTIQUE

1. Obligation de vérifier l'identité de la partie contractante

La règle d'exception prévue à l'art. 4 al. 3 CDB 16, selon laquelle une personne dont l'identité a été correctement vérifiée n'a pas à être vérifiée une nouvelle fois suppose qu'il s'agisse d'un *élargissement* d'une relation d'affaires *existante*. Ceci vaut aussi pour la vérification des personnes qui établissent la relation d'affaires

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 7933 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 5 juillet 2017 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org. → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss. Le rapport d'activité 2017-2021 a été publié dans l'édition 5/2022 de la RSDA.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8075 du 25 avril 2022 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2021.

(cf. art. 15 al. 5 CDB 16). Si toutefois une relation d'affaires est entièrement résiliée, puis est nouée ultérieurement, alors il convient de procéder à nouveau à la vérification de l'identité du cocontractant⁴.

2. Obligation d'identification de l'ayant droit économique

Conformément à l'art. 27 al. 1 CDB 16, les banques exigent du cocontractant une déclaration indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Les données requises concernant les fondations doivent être fournies par le cocontractant au moyen d'une déclaration écrite ou d'un formulaire S en application de l'art. 40 al. 1 CDB 16. Lorsqu'au lieu d'un formulaire S (ou d'une déclaration écrite équivalente) comportant les données sur la fondation conformément à l'art. 40 CDB 16, une banque se satisfait d'un formulaire A, alors qu'il s'agit d'une relation d'affaires avec une fondation, alors la banque viole son obligation d'identification de l'ayant droit économique.

3. Devoir de documentation

Lorsque le formulaire A utilisé par la banque pour identifier l'ayant droit économique ne porte pas de tampon de réception et lorsque la banque n'a pas documenté d'une autre façon dans son système (informatique) la date d'entrée du formulaire A, il y a une violation de l'obligation de documentation. Ce constat ne change pas même si la banque a saisi les données et, en particulier, le nom de l'ayant droit économique, car la saisie du nom de l'ayant droit économique dans le système (informatique) de la banque ne permet pas d'établir que la banque disposait également d'une déclaration écrite du cocontractant susceptible d'une qualification pénale. Le devoir de documentation n'est ainsi pas satisfait avec la saisie des données de l'ayant droit économique dans le système (informatique) de la banque. Le même raisonnement s'applique s'agissant de l'identification du détenteur de contrôle au moyen du formulaire K.

4. Obligations de répétition

4.1. Au sein d'une société étrangère, cliente d'une banque, plusieurs modifications ont eu lieu peu après l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 de la CDB 16. La société a non seulement transféré son siège, mais il y a eu des modifications au sein des actionnaires et du conseil d'administration de la société. En particulier, l'ayant droit économique identifié jusqu'alors est sorti du conseil d'administration et son pouvoir de signature pour la relation bancaire a été radié. Ayant eu connaissance de ces modifications, la banque était obligée de répéter ses obligations de diligence, étant précisé qu'en application de l'art. 70 al. 3 CDB 16, les nouvelles règles relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi qu'à l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique étaient à appliquer.

⁴ Cf. aussi le Commentaire de l'ASB au sujet de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), art. 2, p. 8.

4.2. La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence⁵ selon laquelle non seulement l'entrée de fonds sur un compte client, mais aussi la sortie de fonds, peut donner lieu à une constatation insolite, lorsque la sortie de fonds éveille des doutes au sujet de la conformité des déclarations originelles faites sur l'ayant droit économique ou de leur actualité. Dans le cas d'espèce, toutefois, les entrées et sorties de fonds devaient être qualifiées d'insolites pour la même raison, ce pourquoi la banque n'avait pas à vérifier à nouveau l'exactitude des indications sur l'ayant droit économique lorsque les fonds reçus ont été (re-)transférés quelques jours plus tard⁶. Il reste envisageable qu'en raison de la sortie de fonds insolite, la banque doive également avoir des doutes sur l'ayant droit économique du compte crédité (pour autant que le bénéficiaire du transfert soit aussi client de la banque).

C. PRESCRIPTION

Le délai de prescription de cinq ans prévu par l'art. 65 CDB 20 commence, en tous les cas, à courir au moment de la violation des obligations de diligence⁷. Ceci vaut aussi en cas de violation du devoir de documentation. Là aussi, le délai de prescription commence à courir „au moment de la violation“, c'est-à-dire au moment où la banque aurait dû documenter la réception des documents d'identification respectivement documenter leur disponibilité dans le système et non pas au moment où la violation est guérie.

Il convient cependant de noter qu'exceptionnellement les banques sont autorisées à utiliser un compte, en application de l'art 45 CDB 16, alors même que quelques données et/ou documents seulement font défaut. Dans ce cas, les données respectivement les documents manquants doivent être obtenus dès que possible, mais au plus tard dans les 90 jours. Ainsi, il ne peut être déterminé si la banque a violé son obligation de documenter qu'à l'issue de ce délai de 90 jours. La règle voulant que la prescription d'une violation du devoir de documentation commence à courir au „moment de la violation“ est donc à préciser dans le sens où le „moment de la violation“ n'est pas l'ouverture du compte mais l'échéance du délai de 90 jours prévu par l'art. 45 CDB 16 lorsque cette disposition s'applique.

Berne, novembre 2022

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1684174.DOCX

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB

⁵ Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er janvier 2021 au 30 juin 2021, let. C, ch. 2.2, disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁶ Il s'agissait de paiements allant jusqu'à USD 42 millions qui étaient en contradiction évidente avec le profil KYC du client.

⁷ Cf. Commentaire de l'ASB au sujet de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art 65.

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1^{er} juillet au 31 décembre 2022)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021².

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, depuis l'année 2017, publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé³. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2022.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

1. Droit transitoire

1.1. [520/16] Si une relation d'affaires est établie après l'entrée en vigueur de la CDB 16 (c'est-à-dire après le 31 décembre 2015), les nouvelles règles relatives à la vérification de l'identité du cocontractant, à l'identification du détenteur du contrôle et à l'identification de l'ayant droit économique doivent être appliquées

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8089 du 8 décembre 2022 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2022.

conformément à l'art. 70 al. 3 CDB 16. Le fait que le processus d'ouverture de compte ait éventuellement été engagé avant l'entrée en vigueur de la CDB 16 n'y change rien si l'établissement de la relation d'affaires n'intervient qu'après le 31 décembre 2015⁴.

1.2. [520/16] La CDB 16 ne contient aucune règle selon laquelle, dans une phase transitoire, les nouvelles dispositions ne seraient pas encore applicables, ou en tout cas pas encore entièrement⁵. L'objection d'une banque selon laquelle il était quasiment inévitable que des manquements se produisent pendant une phase transitoire après l'introduction de nouvelles règles a été rejetée par la Commission de surveillance au motif qu'il s'agissait là d'une compréhension singulière de la CDB. La Commission de surveillance attend au contraire de la banque qu'elle accorde une attention particulière à la mise en œuvre correcte des nouvelles dispositions dès le début et que les collaborateurs bancaires responsables soient au courant des nouvelles règles de la CDB 16.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation de vérifier l'identité du cocontractant

1.1. [522/13] Si la banque n'est pas en mesure de vérifier l'identité du cocontractant de la manière prescrite, par exemple parce qu'une personne ne dispose pas de document d'identification ou parce que, s'agissant d'une corporation ou d'un établissement de droit public, les documents habituellement requis n'existent pas, elle peut, conformément à l'art. 8 CDB 16, à titre exceptionnel, procéder à la vérification d'une autre manière appropriée. A cet effet, la banque examine d'autres documents probants ou se fait remettre par le cocontractant des attestations émises par des instances publiques respectivement, s'il s'agit d'une personne morale, le dernier rapport d'audit établi par une société de révision agréée. Les attestations et copies des documents de substitution doivent être versées au dossier. Par ailleurs, il convient d'établir une note au dossier justifiant cette procédure exceptionnelle.

L'art. 8 CDB 16 ne constitue pas une alternative générale permettant de vérifier l'identité du cocontractant d'une autre manière appropriée, mais bien plutôt une réglementation d'exception au champ d'application extrêmement limité : l'art. 8 CDB 16 règle les cas particuliers dans lesquels l'identité d'un cocontractant ne peut pas être vérifiée de la manière prescrite car les documents requis ne sont pas disponibles, par exemple parce que le cocontractant ne dispose d'aucun document d'identification⁶. La disposition spéciale de l'art. 8 CDB 16 ne s'applique donc que

⁴ D'après la pratique constante de la Commission de surveillance, l'établissement de la relation d'affaires correspond au moment où l'on peut passer des écritures sur le compte correspondant, c'est-à-dire qu'il est techniquement possible de l'utiliser pour effectuer des opérations (Georg Friedli, Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques 2001 - 2005, RSDA 2005, let. C, ch. 1.1, p. 245 ; désormais aussi selon l'art. 45 al. 2 CDB 20).

⁵ L'art. 70 al. 3 CDB 16 prévoit au contraire expressément, comme mentionné, que les nouvelles règles (relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi qu'à l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique) s'appliquent aux nouvelles relations d'affaires établies après la date d'entrée en vigueur de la CDB 16 (cf. ch. 1.1 ci-dessus).

⁶ Dans ce sens également le Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2^{ème} éd., art. 8, p. 10.

si le client de la banque ne dispose pas de documents d'identification, ce que la banque doit documenter au moyen d'une note au dossier.

1.2. [522/14] Dès lors que l'art. 8 CDB 16 est une règle d'exception⁷, cette disposition ne peut pas être appliquée de manière générale aux relations d'affaires avec des personnes sous curatelle. Les personnes sous curatelle doivent donc également être identifiées par la banque selon les règles générales prévues aux art. 7 ss. CDB 16, et l'art. 8 CDB 16 ne permet pas à la banque de se contenter de recevoir l'acte de nomination de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA).

Que la réglementation d'exception de l'art. 8 CDB 16 ne s'applique pas de manière générale à l'ouverture de relations d'affaires avec des personnes sous curatelle est ensuite également démontré par le fait que les autorités cantonales de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) sont considérées comme des instances publiques au sens de l'art. 11 al. 1 let. c CDB 16, qui peuvent confirmer l'authenticité des documents d'identification utilisés lors d'une ouverture par correspondance⁸. La CDB entend donc bien faciliter l'établissement de relations d'affaires avec des personnes sous curatelle ; ceci non pas avec la renonciation de l'obtention d'un document d'identification selon l'art. 8 CDB 16, mais en permettant à l'APEA de confirmer elle-même l'authenticité de la copie du document d'identification de la personne sous curatelle. Il n'est donc pas question d'"entraver les mandataires tutélaires dans l'exercice de leurs obligations et de leurs droits", comme le fait par exemple valoir la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA)⁹.

2. Obligation d'identifier les détenteurs du contrôle

[520/50] Lors de l'établissement d'une relation d'affaires au nom d'une entreprise individuelle, les banques ne sont pas tenues d'identifier les détenteurs du contrôle. En effet, une entreprise individuelle n'est ni une personne morale ni une société de personnes au sens des art. 20 ss. CDB 16¹⁰.

3. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

3.1. [520/38] Selon l'art. 34 al. 1 CDB 16, il n'est pas nécessaire d'exiger une déclaration relative aux ayants droit économiques dans le cadre d'une relation d'affaires avec les associés d'une société simple, lorsque les associés sont eux-mêmes les ayants droit économiques, que la vérification de l'identité des associés a été

⁷ Voir à ce sujet le ch. 1.1 ci-dessus.

⁸ Voir le Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2^{ème} éd., art. 11, p. 11.

⁹ Voir Praxisprobleme von vormundschaftlichen Mandatsträgern im Umgang mit Banken, (Sozial-)Versicherungen und Poststellen – Recommendations du comité de travail COPMA de novembre 2010, Revue de la protection des mineurs et des adultes RMA 2011, p. 234.

¹⁰ D'après le commentaire de l'ASB, la CDB 16 emploie les notions de "personnes morales" et de "sociétés de personnes" au sens qu'elles ont en droit civil suisse selon les art. 52 ss. CC ainsi que 530 ss. CO (voir le commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2^{ème} éd., p. 12).

effectuée conformément à l'art. 16 al. 1 let. a CDB 16¹¹ et que la qualité d'ayant droit des associés de la société simple est consignée par écrit.

Ce sont toutefois des personnes physiques qui doivent être identifiées comme ayants droit économiques (cf. art. 27 al. 2 CDB 16). Si les associés désignés comme ayants droit économiques sont des personnes morales ou des sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle, la banque doit en outre identifier leurs détenteurs du contrôle au moyen du formulaire K. En revanche, si un associé désigné comme ayant droit économique est une société de domicile (ou une fondation ou un trust), un formulaire A (ou un formulaire S ou un formulaire T) doit être obtenu pour lui¹².

3.2. [520/50] Lors de l'établissement d'une relation d'affaires au nom d'une entreprise individuelle, les banques ne sont certes pas tenues d'identifier les détenteurs du contrôle (cf. à ce sujet ch. 2 ci-dessus). En revanche, les banques sont tenues d'identifier l'ayant droit économique également en cas de relations d'affaires avec des entreprises individuelles. Un formulaire A dans lequel une entreprise individuelle est mentionnée comme ayant droit économique ne satisfait toutefois pas aux exigences de la CDB. Il convient d'identifier une personne physique (en indiquant son nom, son prénom, sa date de naissance, sa nationalité ainsi que son adresse de domicile effective) comme ayant droit économique.

4. Dol

[520/13] Si, dans le cadre de la répétition de l'identification des détenteurs du contrôle¹³, une banque accepte un formulaire K avec une personne morale comme détenteur du contrôle, contrairement à la règle de l'art. 20 al. 2 CDB 16 d'après laquelle des personnes physiques doivent en principe être identifiées comme détenteurs de contrôle, il faut alors considérer qu'il y a, à tout le moins, dol éventuel. En effet, une banque qui agit avec diligence n'aurait pas accepté un tel formulaire K et aurait procédé à des clarifications supplémentaires¹⁴.

¹¹ L'identification des associés au sens de l'art. 16 al. 1 let. a CDB 16 consiste en la vérification de l'identité de tous les associés.

¹² Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2^{ème} éd., art. 34, p. 29 ; voir également Heim, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, note 4 ss. sur l'art. 34 al. 1 CDB 16.

¹³ Les violations des obligations de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence ne sont sanctionnées que si elles sont intentionnelles (art. 64 al. 2 CDB 20. Voir également Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 493, r70). D'après la pratique constante et de longue date de la Commission de surveillance, le dol éventuel suffit (Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 493, r71).

¹⁴ Dans le champ d'application de la CDB, le dol éventuel peut (et doit) toujours être admis lorsqu'une banque a renoncé aux mesures qu'une banque prudente aurait prises dans la même situation (Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 493, r72).

D. CAS BÉNIN

1. [520/14] D'après la pratique de la Commission de surveillance, il ne peut pas être considéré qu'il s'agit d'un cas bénin lorsqu'il y a un grand nombre de violations de la CDB¹⁵. Dans le cas d'espèce, avec plus de 60 violations de la CDB, il ne pouvait s'agir d'un cas bénin.
2. [529/8] Si, dans le cadre d'une relation d'affaires avec une personne morale, une banque omet de prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et de les documenter¹⁶, cela ne peut pas être qualifié de cas bénin. Ceci est d'autant plus vrai lorsque, comme dans le cas d'espèce, des valeurs patrimoniales importantes sont concernées¹⁷.

E. SANCTIONS

[520/14] S'il est établi qu'une banque a enfreint la CDB, une sanction ne présuppose pas que l'on détermine quels sont les collaborateurs individuels de la banque responsables de la violation de la CDB dans le cas concret. Le fait qu'une banque – en tant que personne morale – ne puisse agir que par l'intermédiaire de personnes physiques et que ce soient toujours des personnes physiques qui sont à l'origine de la violation de la CDB ne change rien au fait que ce sont les banques qui sont tenues de respecter la CDB et qui doivent être sanctionnées en cas de violation. La Commission de surveillance a donc considéré comme infondée l'objection soulevée par la banque selon laquelle il n'avait pas été déterminé quels collaborateurs individuels de la banque avaient commis les violations de la CDB.

Berne, mai 2023

Dominik Eichenberger, Avocat
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1727651.docx

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB

¹⁵ Voir à ce sujet Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), RSDA 2008, ch. VI/3, p. 572.

¹⁶ Voir l'art. 15 al. 3 CDB 20.

¹⁷ Plus de 20 millions de dollars étaient comptabilisés sur la relation d'affaires concernée.

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1er janvier au 30 juin 2023)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition.¹ Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, depuis l'année 2017, publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2023.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

[535/8] La Commission de surveillance peut revenir ultérieurement sur la décision du Président concernant la mise en œuvre de la procédure sommaire⁴ s'il apparaît, dans le cadre de l'examen détaillé du dossier par la Commission de surveillance, que les conditions de la procédure sommaire ne sont pas remplies. Comme la Commission de surveillance n'était pas en mesure, en raison de la présentation incomplète des faits et des dispositions concernées de la CDB dans l'autodénonciation de la banque et dans le rapport de la société d'audit, de décider si et dans quelle mesure la banque avait violé la CDB dans le cadre des relations d'affaires mentionnées

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8089 du 8 décembre 2022 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2022.

⁴ Selon l'art. 62 al. 3 CDB 20, le président de la Commission de surveillance statue sur la mise en œuvre de la procédure sommaire. Si la banque conteste la décision du Président, la Commission de surveillance statue définitivement sur la mise en œuvre de la procédure sommaire (art. 62 al. 4 CDB 20).

dans l'autodénonciation,⁵ elle a été amenée à annuler la décision du Président au sujet de la mise en œuvre de la procédure sommaire et à ordonner à la place la procédure ordinaire afin qu'un chargé d'enquête procède aux investigations nécessaires à l'attention de la Commission de surveillance.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation de vérifier l'identité du cocontractant

1.1. [521/38] Pour les personnes morales, la banque doit prendre connaissance des dispositions relatives au pouvoir d'engager le cocontractant et les documenter.⁶ A cet égard, il convient de documenter, non seulement les personnes autorisées à signer, mais aussi le type de droit de signature (p. ex. droit de signature individuelle ou droit de signature collective).⁷

Dans le cas présent, afin de documenter les dispositions relatives au pouvoir de représentation, la banque n'a pas prélevé d'autres documents qui renseigneraient sur les pouvoirs de représentation de la cocontractante, hormis un Certificate of Incorporation. Puisque le Certificate of Incorporation ne mentionne que les noms des personnes autorisées à signer, sans contenir une indication sur le type de droit de signature, la banque a ainsi violé son devoir de diligence en matière d'identification du cocontractant.

1.2. [531/13] Une banque a identifié son client conformément aux dispositions relatives à l'identification lorsque la personne se présente à la banque selon l'art. 9 CDB 16, bien qu'aucun contact personnel n'ait eu lieu entre le client et un représentant de la banque. La banque a cependant fait valoir qu'un retrait en espèces avait été effectué au guichet dans les 90 jours suivant l'ouverture du compte. On pouvait partir du principe qu'à l'occasion de ce retrait d'espèces, l'identité du client avait été vérifiée au moyen d'une pièce d'identité.

C'est à la banque qu'il incombe de prouver qu'elle a procédé à une identification en bonne et due forme.⁸ Le fait de "partir du principe" qu'une identification du client a eu lieu par la consultation d'une pièce d'identité dans le cadre d'un retrait en espèces ne suffit pas à répondre aux exigences de la CDB. La banque doit, au contraire, apporter la preuve qu'elle a procédé aux vérifications exigées par la CDB et qu'elle a versé au dossier les documents nécessaires à cet effet.⁹ En l'espèce, comme il n'était plus possible de contrôler a posteriori que la banque

⁵ Et en application de l'art. 64 CDB 20, de déterminer la peine conventionnelle appropriée ou de classer tout ou partie de la procédure.

⁶ Art. 15 al. 3 CDB 16.

⁷ En effet, sans connaître le type de droit de signature, il n'est pas assuré que les personnes qui agissent pour le compte du cocontractant puissent effectivement valablement le représenter (cf. également Georg Friedli, Aperçu de jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques 2005 - 2010, ch. V/1.2.17, p. 24, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

⁸ Cf. Georg Friedli, Aperçu de jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques 2001 - 2005, let. C, ch. 1.6, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁹ Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 6 relative à l'art. 44 CDB 20.

avait quand même identifié son client et, si oui, par quel moyen, la Commission de surveillance a constaté une violation de l'obligation de vérification de l'identité du cocontractant.

1.3. [531/14] S'agissant de travailleurs étrangers actifs en Suisse et ne séjournent en Suisse que pendant une durée limitée à l'avance à quelques mois pendant le rapport de travail,¹⁰ il convient, dans le cadre de l'identification du cocontractant selon les art. 4 ss CDB 16, de ne pas consigner leur adresse temporaire en Suisse, mais bien leur adresse de domicile effectif, c'est-à-dire le lieu de résidence dans leur pays d'origine.

2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

[531/16] Les banques peuvent en principe se fier à l'exactitude de la déclaration du cocontractant concernant l'ayant droit économique. Cela ne vaut cependant que dans la mesure où il n'existe (ou ne devrait exister) aucun doute quant à l'exactitude de la déclaration du cocontractant concernant l'ayant droit économique.

Dans un cas soumis à l'appréciation de la Commission de surveillance, la banque avait connaissance du fait qu'un client étranger n'avait pas du tout compris le formulaire A rédigé en allemand qui lui avait été présenté pour signature, faute de connaissances de la langue allemande. Dans ces conditions, la banque n'était pas en droit de se fier à l'exactitude du formulaire A. En acceptant malgré tout le formulaire A, alors qu'elle savait que le cocontractant avait signé le formulaire A sans finalement comprendre le contenu de la déclaration qu'il contenait, la banque a violé son obligation d'identifier l'ayant droit économique.

3. Obligation de documentation et de mise en sûreté

3.1. [521/58] Conformément à l'art. 44 al. 1 CDB 16, la banque doit s'assurer que la vérification de l'identité du cocontractant, de l'identification du détenteur du contrôle et de l'identification de l'ayant droit économique sont documentées. Les documents d'identification requis doivent être conservés. Les documents d'identification à conserver comprennent tous les documents en rapport avec les clarifications requises par la CDB.

3.2. [517/108] L'obligation de mettre en sûreté au sens de l'art. 44 CDB 16 s'applique également aux obligations de répétition prévues par l'art. 46 CDB 16.

3.3. [517/108] Si une banque décide de rompre la relation d'affaires en raison de doutes apparus au cours de la relation d'affaires quant à l'exactitude de la déclaration du cocontractant sur l'ayant droit économique,¹¹ alors la banque doit documenter de manière compréhensible qu'elle a effectivement mis fin à la relation d'affaires et à quel moment.

¹⁰ Dans les dossiers, les travailleurs concernés étaient parfois appelés "saisonniers", en référence à l'ancien statut de saisonnier.

¹¹ La banque est en droit de le faire : Selon la pratique de la Commission de surveillance, une banque est libre, au lieu de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique, de rompre la relation d'affaires ou, s'il existe une obligation de

3.4. [536/6] Dans le contexte de la pandémie de COVID-19, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a accordé des allègements concernant l'identification du cocontractant lors de l'ouverture de nouvelles relations d'affaires, afin de tenir compte des restrictions imposées par les mesures étatiques au sujet de la COVID-19.¹² Parmi les allègements accordés par la FINMA figurait notamment la prolongation à 90 respectivement 120 jours du délai de 30 jours prévu par l'art. 45 al. 4 CDB 20 pour se procurer les attestations d'authenticité manquantes des copies de pièces d'identité.

Si une banque souhaite se prévaloir de la prolongation du délai prévu à l'art. 45 al. 4 CDB 20 accordée par la FINMA en raison d'obstacles dus à la pandémie de COVID-19, elle doit alors documenter les obstacles dus à la COVID-19 dans le dossier du client.¹³

4. Obligations de répétition

4.1. [521/17] Lorsqu'une banque apprend, par une demande de renseignements du Ministère public de la Confédération, que l'un de ses clients fait l'objet d'une enquête pénale pour soupçon de corruption et de blanchiment d'argent, une déclaration du client selon laquelle il ne faut pas s'attendre à ce que l'enquête pénale soit poursuivie ne suffit pas à lever les doutes existants.¹⁴

4.2. [517/64] Conformément à l'art. 46 al. 1 CDB 16, les banques doivent répéter la vérification de l'identité de l'ayant droit économique lorsque des doutes surviennent que l'ayant droit économique soit toujours le même ou que la déclaration faite sur l'ayant droit économique soit exacte et que ces doutes n'ont pas pu être levés par des clarifications appropriées. L'art. 46 CDB 16 vise à garantir que l'identité de l'ayant droit économique ait été dûment établie.¹⁵ En effet, la CDB exige que la banque sache à tout moment, tant au début que pendant toute la durée de la relation d'affaires, sans aucun doute possible, qui est l'ayant droit économique des valeurs

communiquer au sens de l'art. 9 LBA, de bloquer le compte et de faire une communication de soupçons au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) (cf. janvier 2019 au 30 juin 2019, let. D, ch. 2.3 et Leading Cases de la Commission de surveillance concernant l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, let. C, ch. 23, disponibles sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent, ainsi que Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 492, r65).

¹² Cf. les communications de surveillance de la FINMA 03/2020 du 7 avril 2020, 06/2020 du 19 mai 2020 et 07/2020 du 2 octobre 2020.

¹³ Le délai pour obtenir les informations et/ou documents manquants avait été réduit de 90 à 30 jours par l'introduction de l'art. 45 al. 3 et 4 CDB 20, afin de tenir compte des critiques émises par le Groupe d'action financière (GAFI) à l'encontre de l'ancienne réglementation de l'art. 45 CDB 16.

¹⁴ Lorsqu'une banque apprend qu'un client fait l'objet d'une enquête pénale pour soupçon de blanchiment d'argent et d'actes similaires, cela représente une constatation insolite qui doit amener la banque à procéder à des clarifications supplémentaires et à répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, RSDA 5/2017, p. 695, r56). Dans de tels cas (lorsqu'il existe un soupçon que le cocontractant, l'ayant droit économique et/ou le signataire autorisé participe à des activités délictueuses et notamment à des actes de blanchiment d'argent), la banque doit faire preuve d'une diligence accrue dans la mise en œuvre de la procédure prévue à l'art. 46 CDB 16 (Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 481, r24).

¹⁵ Cf. commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2e édition, ad art. 46, p. 36.

patrimoniales gérées.¹⁶ La banque ne doit pas ouvrir ou maintenir une relation d'affaires si ou tant qu'elle a des doutes quant à l'ayant droit économique.^{17,18}

Comme le souligne en principe à juste titre le commentaire de la CDB 16 rédigé par l'ASB, de tels doutes peuvent survenir aussi bien en cours de relation d'affaires qu'au début ou à l'établissement d'une relation d'affaires.¹⁹ En présence de tels doutes, les banques sont tenues de procéder à des clarifications supplémentaires et/ou d'exiger une (nouvelle) déclaration sur l'ayant droit économique.²⁰ En ce qui concerne les éléments constitutifs de la CDB, il convient cependant de distinguer entre les doutes qui surviennent *au cours de la relation d'affaires* et ceux qui apparaissent dès le *début* respectivement lors de *l'établissement de la relation d'affaires*. Si des doutes sur l'ayant droit économique surviennent dès le début ou à l'établissement d'une relation d'affaires, ils ne relèvent pas de l'article 46 CDB 16, mais de l'article 27 et suivants CDB 16. La Commission de surveillance a ainsi confirmé sa pratique antérieure,²¹ à savoir que la réglementation encore explicitement contenue dans l'art. 6 CDB 08 (qui présuppose des doutes apparaissant *au cours de la relation d'affaires*) reste valable sous l'auspice de la CDB 16 et la CDB 20, même si les art. 46 CDB 16 et 46 CDB 20 n'ont pas repris intégralement le libellé des anciennes versions de la CDB.²²

Il s'ensuit qu'une banque qui, lors de l'établissement d'une relation d'affaires, a (ou devait avoir) des doutes quant à la déclaration du cocontractant concernant l'ayant droit économique et qui renonce néanmoins à des clarifications supplémentaires et/ou à une (nouvelle) déclaration concernant l'ayant droit économique, est sanctionnée pour violation des art. 27 ss. CDB 16 (et non pour une violation de l'art. 46 CDB 16). En revanche, si une banque a (ou devait avoir) des doutes sur l'ayant droit économique (seulement) au cours de la relation d'affaires et qu'elle continue à ne pas agir, elle viole l'art. 46 CDB 16.

¹⁶ Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et pratique de la Commission de surveillance en matière d'obligation de diligence des banques pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 486, r42.

¹⁷ Les doutes qui ne peuvent être levés au moment de l'établissement de la relation d'affaires conduisent la banque à refuser d'établir la relation d'affaires (Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et pratique de la Commission de surveillance en matière d'obligation de diligence des banques pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 486, r41). Si des doutes sur l'ayant droit économique apparaissent (seulement) au cours de la relation d'affaires et qu'ils ne peuvent être levés, la banque est alors tenue, en vertu de l'art. 46 al. 2 CDB 16 (anciennement : art. 6 al. 3 CDB 08), de rompre la relation d'affaires (Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 486, r42). Cela ne vaut bien entendu que si les conditions de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0) ne sont pas remplies (art. 46 al. 3 CDB 16 ; cf. également art. 46 al. 3 CDB 20 et art. 6 al. 4 CDB 08).

¹⁸ Il en va de même, mutatis mutandis, pour l'identification du cocontractant et l'identification des titulaires du contrôle.

¹⁹ Cf. commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2e édition, ad art. 46, p. 37.

²⁰ Selon la pratique de la Commission de surveillance, les banques sont néanmoins libres, sous réserve de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA, de renoncer à des clarifications supplémentaires et de refuser à la place l'ouverture de la relation entachée de doutes ou de rompre une relation douteuse (cf. Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 486 s., r42).

²¹ Cf. Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 489, r54 ; Leading Cases de la Commission de surveillance concernant l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} janvier 2019 au 30 juin 2019, let. D, ch. 2.4, disponible sur www.swiss-banking.org → Thèmes → Régulation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent ; cf. également Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et pratique de la Commission de surveillance en matière d'obligation de diligence des banques pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 486, r42.

²² Cf. également le libellé de l'art. 5 al. 1 LBA, analogue à l'art. 46 CDB 16 : "Lorsque, au cours de la relation d'affaires, des doutes surviennent [...]".

4.3. [521/101] La vente de toutes les actions d'une société opérationnelle s'accompagne généralement d'un changement du détenteur du contrôle. Si une banque a connaissance du fait que tous les actionnaires actuels d'une société anonyme opérationnelle vendent la totalité des actions de la société à un tiers, la banque est tenue de répéter la procédure d'identification des détenteurs du contrôle.

4.4. [531/13] L'invocation de l'exception prévue à l'art. 45 CDB 16/20 (selon laquelle la banque peut obtenir les documents et/ou données manquants même après l'ouverture ou l'utilisation du compte) exige, d'une part, que la banque soit consciente des données ou documents manquants et, d'autre part, que la banque agisse de son propre chef pour se procurer les données ou documents manquants le plus rapidement possible.

La Commission de surveillance a ainsi confirmé la pratique qu'elle avait déjà développée sous l'empire de la CDB 03, selon laquelle la banque ne satisfait pas aux exigences de la disposition d'exception si elle se contente de demander "par hasard" après coup les données ou documents manquants.²³ Le fait que la CDB ne contienne plus, depuis la CDB 08, la disposition encore explicitement mentionnée dans la CDB 03, selon laquelle "*la banque soit en mesure d'assurer par un système de contrôle adéquat, que les pièces manquantes lui parviendront dans un délai de 30 jours*",²⁴ n'y change rien. Cela découle sans autre du libellé allemand de l'art. 45 CDB 16/20, selon lequel la banque doit "*beschaffen*" les données et/ou documents manquants, ce qui implique une démarche active de la banque.

En outre, depuis l'entrée en vigueur de la CDB 20, une utilisation anticipée du compte n'est autorisée à titre exceptionnel, malgré une identification incomplète, que si le déroulement normal des affaires l'exige et si l'application de la disposition d'exception de l'article 45 CDB 20 apparaît appropriée sur la base d'une analyse basée sur les risques (art. 45 al. 3 CDB 20). Il découle des obligations de documentation et de mise en sûretés que la banque doit consigner le résultat de son appréciation quant à la nécessité et à la pertinence de l'application de l'art. 45 CDB 20.

D. SANCTIONS

1. [531/23] Pour la fixation de la peine conventionnelle en cas de violation de la CDB, il faut entre autres tenir compte du degré de culpabilité.²⁵ Si une banque, pour des considérations de profit, ignore sciemment et volontairement pendant des années les règles de diligence afin de maintenir les dépenses à un niveau faible et donc efficace et peu coûteux dans l'intention de pouvoir offrir un service particulier à un bon client, il s'agit d'une faute particulièrement grave.

2. [531/23] Bien que la banque ait été rendue attentive par son organe de révision externe au fait que sa pratique antérieure n'était pas toujours conforme à la CDB, d'autres violations de même nature des règles de

²³ Voir à ce sujet Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010*, let. V, ch. 1.2.3, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Régulation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

²⁴ Cf. ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 03.

²⁵ Cf. art. 64 al. 1 CDB 20.

diligence ont continué à se produire. La commission de surveillance a considéré qu'il s'agissait là d'une faute grave.

Berne, octobre 2023

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la commission de surveillance VSB

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB

COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

(Convention relative à l'obligation de diligence des banques)

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1^{er} juillet au 31 décembre 2023)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. En application de cette disposition¹, la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet depuis l'adoption de la CDB en 1977 (CDB 77). Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, publie régulièrement, depuis l'année 2017, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2023.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

[535/8] Si, après avoir examiné le rapport d'enquête du Chargé d'enquête et les pièces qui y sont jointes, la Commission de surveillance parvient à la conclusion que les faits déterminants ne sont pas suffisamment clarifiés, elle peut renvoyer le dossier au Chargé d'enquête et le charger de procéder aux clarifications nécessaires pour compléter l'état de fait à l'intention de la Commission de surveillance.⁴

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le Rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8110 du 14 décembre 2023 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2022.

⁴ La Commission de surveillance est certes autorisée à recueillir elle-même des preuves (cf. art. 13 al. 2 du règlement de procédure du 14 mars 2019). Elle n'est toutefois pas une autorité d'enquête. La Commission de surveillance n'est pas équipée à cet effet et ne dispose pas non plus des ressources nécessaires pour établir elle-même les faits déterminants. Puisque dans le cas d'espèce des éléments essentiels de l'état de fait n'étaient pas clairs et qu'il ne s'agissait pas seulement de compléter des détails, la Commission de surveillance a incité le Chargé d'enquête de mener des investigations complémentaires.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation de documentation

[519/15] Si une banque ne procède à aucune vérification de l'ayant droit économique, cela signifie nécessairement que la banque ne documente pas non plus les vérifications. Une telle violation de l'obligation de documentation est toutefois consommée par la violation de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique (ou de l'obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique). Dans ce cas, la banque ne doit donc pas être sanctionnée en plus pour une violation de l'obligation de documentation.

2. Obligations de répétition

2.1. [519/15] Une banque a entretenu une relation d'affaires avec une société de domicile. Au cours de la relation d'affaires, la banque a sollicité un nouveau formulaire A, selon lequel Madame A.C. était l'unique ayant droit économique. Selon un formulaire „Controlling Person Statement" signé le même jour, Madame A.C. et sa fille majeure B.C. étaient les „Controlling Persons" de la cocontractante. Compte tenu de ces déclarations contradictoires, la banque aurait été tenue de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique afin de clarifier la divergence entre les deux formulaires signés le même jour. La banque est toutefois restée inactive et a donc manqué à son obligation de répétition.

2.2. [519/25] Lors de l'établissement de la relation d'affaires, une société de domicile avait déclaré au moyen du formulaire A que A.B. et C.D. étaient les ayants droit économiques. Environ cinq ans plus tard, la cocontractante a déclaré, au moyen d'un nouveau formulaire A, que seul A.B. était encore l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales de la relation d'affaires. Pour justifier cette nouvelle déclaration au sujet de l'ayant droit économique, la cocontractante a indiqué qu'il y avait eu une confusion lors de la signature du formulaire A initial. La banque a considéré (à juste titre) que cette justification n'était pas plausible, mais elle a renoncé à procéder à des vérifications supplémentaires. Ce faisant, la banque a violé son obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique.

2.3. [519/39] Pendant plusieurs années, plus de 100 opérations de passage d'un montant total de plus de CHF 50 millions ont été effectuées sur les comptes d'une banque selon le modèle suivant : Le compte de la société de domicile A recevait des fonds qui étaient immédiatement transférés sur un compte de la société de domicile B, puis depuis celui-ci sur un compte de la société de domicile C. Selon les formulaires A recueillis par la banque, les ayants droit économiques des sociétés de domicile A, B et C étaient des personnes physiques différentes.

En raison de ces transactions de passage, la banque aurait été tenue de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.⁵ La Commission de surveillance a précisé que les transactions de passage effectuées suscitaient des doutes quant à l'identité de l'ayant droit économique non seulement pour les comptes de la société de domicile C, où les fonds transférés ont finalement abouti, mais aussi pour toutes les relations d'affaires impliquées dans les transactions de passage (c'est-à-dire également pour les sociétés de domicile A et B).

2.4. [519/40] Au cours d'une relation d'affaires, une banque a obtenu un nouveau formulaire A de manière routinière, c'est-à-dire sans qu'il y ait eu de doute quant à l'identité de l'ayant droit économique. Le nouveau formulaire A n'avait été signé ni par la cocontractante ni par une personne avec les pouvoirs de signature, mais plutôt par un tiers. Un tel formulaire est en principe défectueux.⁶ Le formulaire A défectueux, mais inutilement renouvelé, correspondait toutefois au contenu du formulaire A déjà prélevé lors de l'établissement de la relation d'affaires. Le prélèvement du nouveau formulaire A, signé par une personne non habilitée à signer et donc défectueux, n'a donc pas constitué in casu une violation des règles de la CDB.⁷

3. Sanctions

[519/44] Une banque qui, dans le cadre d'une même relation d'affaires, a enfreint plusieurs fois l'obligation de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant, est moins sévèrement sanctionnée qu'une banque qui a enfreint l'obligation de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant dans le cadre de plusieurs relations d'affaires (et donc, en fin de compte, également plusieurs fois).⁸ Cette pratique ne peut pas être transposée à une violation multiple de l'obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique. En effet, l'exécution ou la répétition de la procédure de vérification de l'identité du cocontractant aboutit toujours au même résultat (si elle est effectuée correctement). En revanche, l'exécution ou la répétition

⁵ D'après la pratique de la Commission de surveillance, lorsqu'un compte est utilisé comme compte de passage, il s'agit d'une constatation insolite qui nécessite de procéder selon l'art. 6 CDB 08, respectivement l'art. 46 CDB 16/20 (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de la CDB 2011-2016, RSDA 5/2017, ch. VII, p. 694, r50).

⁶ Cf. également le Commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), ad art. 28, p. 44.

⁷ Selon la pratique de la Commission de surveillance, dans les cas où l'obtention d'un formulaire A n'aurait pas été nécessaire, l'obtention d'un formulaire A défectueux ne constitue pas non plus une violation de la CDB. En effet, la banque serait dans ce cas moins bien lotie que si elle était restée totalement inactive. Cela vaut en tout cas lorsque - comme en l'espèce - le nouveau formulaire A versé au dossier ne contient aucune modification par rapport aux déclarations sur l'ayant droit économique obtenues précédemment (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de la CDB 2011-2016, RSDA 5/2017, ch. IV, p. 689, r25 avec référence à Georg Friedli, Rapport d'activité de la Commission de la CDB 2001-2005, let. C, ch. 2.11, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & Compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

⁸ En effet, la violation multiple de l'obligation de répétition commise par la banque dans le cadre de la relation d'affaires avec le même client pèse manifestement moins lourd que si la banque avait violé une fois l'obligation de répétition dans le cadre de plusieurs relations d'affaires différentes et avait ainsi entretenu plusieurs relations d'affaires (et non pas une seule) avec un client dont l'identification était lacunaire (cf. Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de la CDB 2017-2021, RSDA 5/2017, RSDA 5/2022, p. 492, r68 ou Leading Cases de la Commission de surveillance 1er semestre 2021 (1^{er} janvier au 30 juin 2021), let. C, ch. 2.3, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & Compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

de la procédure d'identification de l'ayant droit économique ne doit pas nécessairement aboutir au même résultat. Il est au contraire tout à fait concevable que plusieurs personnes ou des personnes différentes soient, à des moments différents, les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales du cocontractant.

Berne, Avril 2024

Dominik Eichenberger, Avocat
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB

X1807971

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1^{er} janvier au 30 juin 2024)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. En application de cette disposition¹, la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet depuis l'adoption de la CDB en 1977 (CDB 77). Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, publie régulièrement, depuis l'année 2017, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2024.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

[533/60] Malgré deux demandes explicites du chargé d'enquête, une banque n'avait pas remis le formulaire K prélevé lors de l'établissement d'une relation d'affaires. La banque a ainsi violé son obligation de collaborer, ce qui lui a valu d'être sanctionnée par la Commission de surveillance.⁴

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le Rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8115 du 8 mai 2024 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2023.

⁴ Conformément à l'art. 18 du règlement d'enquête du 16 décembre 2019, la banque concernée est tenue de collaborer à l'établissement des faits déterminants. Si une banque refuse de coopérer aux actes d'enquête de la Commission de surveillance ou d'un chargé d'enquête, la Commission de surveillance peut prononcer une amende conventionnelle conformément à l'art. 64 CDB 20 (art. 61 al. 2 CDB 20). Le prononcé d'une amende conventionnelle pour violation de l'obligation de coopérer suppose que la banque n'ait pas donné suite à une demande concrète et claire de production de documents émanant du chargé d'enquête (ou de la Commission de surveillance) (cf. Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 481 s.,

C. CASUISTIQUE

1. Obligation de vérifier l'identité du cocontractant

1.1. [532/27] Lors de l'établissement de relations d'affaires avec des personnes morales, les banques doivent prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et les documenter.⁵ La prise de connaissance et la documentation des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant ne doivent cependant pas être répétées si elles ont déjà été effectuées dans le cadre d'une relation d'affaires existante.⁶ La condition pour une telle renonciation à une (nouvelle) prise de connaissance et à une documentation des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant est qu'il s'agisse du même cocontractant. Une banque ne peut donc pas renoncer à documenter les dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant au motif qu'elle a déjà documenté les dispositions régissant le pouvoir d'engager d'une autre personne morale.

1.2. [532/35] Un procès-verbal d'une décision du conseil d'administration n'est pas un document d'identification valable au sens de l'art. 12 CDB 20.⁷

2. Obligation d'identifier les détenteurs du contrôle

[532/54] Lors de l'identification des détenteurs du contrôle, il convient de respecter la cascade de clarifications en trois étapes prescrites par les règles de diligence à l'art. 20 CDB 16 en relation avec le modèle de formulaire K annexé à la CDB 16 :^{8 9}

- Dans un premier temps, il convient de déterminer s'il existe des personnes physiques ou morales qui disposent d'une participation de 25 % ou plus des voix ou du capital du cocontractant (étape de clarification 1).
- Si le cocontractant ne dispose pas de détenteurs du contrôle selon l'étape 1, le cocontractant doit désigner les détenteurs du contrôle qui exercent un contrôle sur le cocontractant d'une autre manière reconnaissable (étape de clarification 2).

r26). En l'espèce, cette condition était parfaitement remplie, puisque le chargé d'enquête avait clairement demandé à la banque, non pas une fois, mais deux fois, de lui remettre le formulaire K.

⁵ Cf. art. 15 al. 3 CDB 16/20.

⁶ Cf. art. 15 al. 5 CDB 16/20.

⁷ Un tel procès-verbal peut tout au plus servir de preuve des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant au sens de l'art. 15 al. 3 CDB 20.

⁸ Cf. également le commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2^e édition, ad art. 20, p. 18 ss.

⁹ Les faits à déterminer par la Commission de surveillance s'étaient déroulés pendant la période de validité de la CDB 16. La CDB 16 et la CDB 20 concordent dans ce domaine.

- S'il n'existe aucun détenteur du contrôle selon les étapes de clarification 1 et 2, la personne qui dirige le cocontractant doit être identifiée à titre de remplacement (étape de clarification 3).

Un formulaire K par lequel une personne physique est certes désignée comme détenteur du contrôle, mais sans qu'aucune des trois rubriques relatives à l'étape de clarification ne soit cochée, est donc lacunaire et ne satisfait pas aux exigences de la CDB.¹⁰

3. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

3.1. [532/14] Le formulaire FATCA W-8BEN-E ne peut pas remplacer les clarifications relatives à l'ayant droit économique requises par la CDB 20. En effet, le formulaire FATCA W-8BEN-E n'a pas le caractère d'une déclaration relative à l'ayant droit économique au sens du formulaire A. Le formulaire FATCA W-8BEN-E sert à des fins tout à fait différentes de l'identification de l'ayant droit économique au sens de la CDB, puisqu'il a plutôt pour but d'attester le statut étranger du client de la banque à des fins fiscales américaines. A cela s'ajoute le fait que le formulaire FATCA W-8BEN-E ne contient aucune indication sur les conséquences pénales de l'art. 251 CP en cas de fausse attestation.¹¹

3.2. [533/20] Un formulaire A qui ne précise pas à quelle relation d'affaires la déclaration sur l'ayant droit économique qu'il contient se rapporte est défectueux.¹²

D. SANCTIONS

[532/54] Si une banque a violé non seulement son devoir de diligence mais aussi son devoir de coopération,¹³ l'amende conventionnelle infligée à la banque par la Commission de surveillance comprend également la violation du devoir de coopération (qui doit être sanctionnée en plus).¹⁴

¹⁰ Le formulaire K accepté par la banque ne précisait donc pas si la personne physique mentionnée comme détenteur du contrôle détenait 25 % ou plus du capital ou des droits de vote, exerçait d'une autre manière reconnaissable le contrôle de la société ou en était le dirigeant. Une telle déclaration concernant les détenteurs du contrôle est incomplète.

¹¹ Dans le cas examiné par la Commission de surveillance, la banque avait renoncé à demander une déclaration sur l'ayant droit économique au moyen du formulaire A et s'est prévalu du fait qu'un formulaire FATCA W-8BEN-E avait été prélevé. La Commission de surveillance a estimé que ce formulaire n'était pas suffisant. La Commission de surveillance a précisé que le formulaire FATCA W-8BEN-E ne pouvait pas remplacer la déclaration sur l'ayant droit économique requise par la CDB, et ce pour plusieurs raisons.

¹² Dans le cas examiné par la Commission de surveillance, la banque avait accepté un formulaire A qui ne mentionnait ni le cocontractant, ni un numéro de client, ni une désignation de compte ou autre. Un tel formulaire A ne répond pas aux exigences de la Convention de diligence.

¹³ Cf. lettre B ci-dessus.

¹⁴ Pour les violations des devoirs de diligence et de l'obligation de collaborer, la Commission de surveillance ne prononce donc pas deux amendes conventionnelles distinctes dans la même procédure, mais plutôt une "amende conventionnelle globale", étant précisé que l'amende conventionnelle due pour la violation des devoirs de diligence doit être augmentée en conséquence pour la violation de l'obligation de collaborer qui doit être sanctionnée en plus.

Berne, septembre 2024

Dominik Eichenberger, Avocat
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(du 1^{er} juillet au 31 décembre 2024)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. En application de cette disposition¹, la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet depuis l'adoption de la CDB en 1977 (CDB 77). Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, publie régulièrement, depuis l'année 2017, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2024.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

Au cours de ce semestre, la Commission de surveillance a eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur des questions de preuve.

1. Fardeau de la preuve

1.1. [537/13] La Commission de surveillance a confirmé sa pratique selon laquelle, dans le cadre d'une procédure CDB, il appartient à la banque de prouver qu'elle a respecté ses obligations de diligence. Ceci est d'autant plus vrai si la banque veut se prévaloir d'une disposition d'exception. Si une banque fait valoir qu'il existe une exception à

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le Rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8124 du 1^{er} octobre 2024 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2024.

une obligation d'identification, elle doit alors clarifier les conditions d'application de l'exception et les documenter dans le cadre de l'obligation de documentation et de mise en sûreté.⁴

1.2. [532/13] Selon la pratique antérieure de la Commission de surveillance, la banque n'était pas tenue de prouver si un client était ou non une société de domicile.⁵ Cette pratique se référait toutefois à la CDB 08 et aux versions précédentes. Avec l'entrée en vigueur de la CDB 16, un changement de système a été opéré en ce qui concerne l'obligation d'identifier l'ayant droit économique. En particulier, la présomption selon laquelle le cocontractant est lui-même l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales apportées, qui existait sous la CDB 08,⁶ n'est plus valable.⁷ Depuis la CDB 16, il est désormais obligatoire d'identifier les "détenteurs du contrôle" des personnes morales et des sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle.⁸

La pratique de la Commission de surveillance développée sous l'empire de la CDB 08 et des versions précédentes au sujet du fardeau de la preuve en matière de qualification d'un client en tant que société de domicile ne peut pas être transposée au nouveau concept lié à l'identification des détenteurs du contrôle et à l'identification de l'ayant droit économique introduit par la CDB 16. Il découle plutôt du changement de système qui résulte de l'entrée en vigueur de la CDB 16 que la banque doit (contrairement à la pratique antérieure de la Commission de surveillance) prouver et documenter, dans le cadre de son obligation de documentation et de mise en sûreté selon l'art. 44 CDB 16/20, si une personne morale ou une société de personnes est une société de domicile ou si elle exerce une activité opérationnelle.

1.3. [535/24] La règle du fardeau de la preuve, selon laquelle il incombe en principe à la banque de prouver qu'elle a rempli ses obligations de diligence,⁹ s'applique aux obligations de diligence relatives à la vérification de l'identité du cocontractant (art. 4 ss CDB 20), à l'identification des détenteurs du contrôle des personnes morales et des sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle (art. 20 ss. CDB 20), lors de l'identification de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales (art. 27 ss. CDB 20), lors de la délégation et surveillance (art. 43 ss. CDB 20) ainsi que lors des obligations de répétition (art. 46 CDB 20). Il en va en revanche autrement de l'interdiction de l'assistance active à la fuite des capitaux (art. 47 ss. CDB 20) et de l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues (art. 53 ss. CDB 20). Une sanction pour violation des art. 47 ss. CDB 20, respectivement des art. 53 ss. CDB 20 suppose qu'il puisse être prouvé que la banque a apporté une assistance active à la fuite de capitaux ou une assistance active à la soustraction fiscale ou à des actes analogues.¹⁰

⁴ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 481, r22, avec d'autres références.

⁵ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2005-2010, RSDA 1/2011, ch. IV/3.2.12, p. 55.

⁶ Cf. art. 3 al. 1 CDB 08.

⁷ Art. 27 al. 1 CDB 16. Cf. également le Commentaire de l'Association suisse des banquiers [ASB] sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], 2e édition, art. 29, p. 26.

⁸ Art. 20 et suivants CDB 16.

⁹ Cf. ch. 1.1 ci-dessus.

¹⁰ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 685, ch 8.

2. Degré de preuve

[535/24] Une sanction pour violation des art. 53 ss. CDB 20 suppose qu'il puisse être prouvé, dans le cadre d'une procédure CDB, que la banque a commis les éléments constitutifs d'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues.¹¹ Conformément à la règle de la pleine conviction, également applicable dans une procédure CDB, une preuve est tenue pour apportée lorsque la Commission de surveillance a pu se convaincre de la véracité d'une allégation de fait.¹² Une certitude absolue ne peut pas être exigée. Il suffit que la Commission n'ait plus de doutes sérieux quant à l'existence du fait ou que les doutes subsistants apparaissent faibles.¹³ En revanche, la simple possibilité d'un certain fait ne suffit pas.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation d'identifier les détenteurs du contrôle

[537/32] Les sociétés holding au sens de l'art. 39 al. 4 let. b CDB 20 ne sont pas considérées comme des sociétés de domicile. De telles sociétés holding doivent donc être traitées de manière analogue aux sociétés exerçant une activité opérationnelle, c'est-à-dire qu'un formulaire K¹⁴ doit être obtenu.¹⁵ La Commission de surveillance a donc sanctionné une banque qui avait omis d'identifier les détenteurs du contrôle, bien qu'elle ait expressément indiqué dans une note interne que le cocontractant était une société holding au sens de l'art. 39 al. 4 let. b CDB 20.

2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

[537/14] Une banque viole l'obligation d'identifier l'ayant droit économique lorsqu'elle accepte un formulaire A et renonce à des clarifications supplémentaires, bien qu'elle dispose d'informations contradictoires sur l'ayant droit économique.

Dans le cas présent, la cocontractante avait déclaré sur le formulaire A qu'elle était elle-même l'ayant droit économique. En même temps, la banque avait enregistré dans son système interne une autre personne comme ayant droit économique, sur la base des informations que la cliente lui avait fournies dans le cadre de l'ouverture du compte. Dans ce contexte, la banque aurait dû procéder à des clarifications supplémentaires et demander une nouvelle déclaration indubitable sur l'ayant droit économique.

¹¹ Cf. ch. 1.3 ci-dessus.

¹² Cf. ATF 140 III 610 consid. 4.1.; JdT 2015 II 433, consid. 4.1.

¹³ Cf. ATF 130 III 321 consid. 3.2.; JdT 2005 I 619, consid. 3.2.

¹⁴ Ou une autre déclaration écrite au sens de l'art. 21 al. 1 CDB 20.

¹⁵ Cf. également le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 20], art. 39, p. 58.

3. Obligations de répétition

Conformément à l'art. 46 al. 1 CDB 20, les banques doivent répéter la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique lorsqu'un doute survient (a) quant à l'exactitude des indications données sur l'identité du cocontractant, (b) sur le point de savoir si le détenteur du contrôle est toujours le même, (c) sur le point de savoir si l'ayant droit économique est toujours le même ou (d) quant à l'exactitude des déclarations faites au moyen des formulaires A, I, K, R, S et T et que ce doute n'a pas pu être levé par d'éventuelles clarifications. Un cas de doute au sens de l'art. 46 CDB 20 existe toujours lorsque des constatations insolites sont faites.¹⁶

3.1. [537/32] Le doute au sens de l'art. 46 CDB 20 peut également porter sur la qualification du cocontractant comme société de domicile ou comme personne morale ou société de personnes active sur le plan opérationnel. Une banque enfreint donc les obligations de répétition prévue à l'art. 46 CDB 20 si elle reste inactive alors qu'au cours de la relation d'affaires, des doutes apparaissent au sujet de la pertinence de la qualification initiale du cocontractant en tant que société de domicile ou en tant que personne morale ou société de personnes exerçant une activité opérationnelle.

Dans le cas présent, la banque avait qualifié sa cocontractante de société de domicile lors de l'ouverture du compte. A la suite d'un entretien ultérieur avec le client, la banque a cependant retenu dans une note au dossier que la cocontractante était active dans le domaine de la "construction/achat de biens immobiliers". Bien que cette information indiquât une activité opérationnelle, la banque a renoncé à procéder à des clarifications supplémentaires pour déterminer si la cocontractante exerçait une activité opérationnelle ou non (et, le cas échéant, pour déterminer le détenteur du contrôle). Ce faisant, elle a violé son obligation de répétition au sens de l'art. 46 CDB 20.

3.2. [535/17] Un cas fréquent, propre à éveiller des doutes, est celui des paiements respectivement des retraits au comptant. Selon la pratique de la Commission de surveillance, les opérations au comptant qui portent sur des montants à six, voire sept chiffres, sont clairement de nature à provoquer un doute au sens de l'art. 46 CDB 20.¹⁷

La Commission de surveillance a donc sanctionné une banque pour violation de ses obligations de répétition, car la banque était restée inactive lorsqu'une cliente avait retiré de son compte bancaire un montant au comptant de CHF 100'000.00, d'autant plus que la justification donnée par la cliente pour ce retrait au comptant ne pouvait pas, par ailleurs, être considérée comme plausible.

¹⁶ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 489, r53.

¹⁷ Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance concernant l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} janvier 2019 au 30 juin 2019, let. D, ch. 2.1, avec d'autres références, disponibles sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

4. Interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues

4.1. [535/23] Selon l'art. 57 let. c CDB 20, la mise à disposition des propres comptes de la banque constitue en particulier une assistance active illicite à la soustraction fiscale et à des actes analogues, dans la mesure où elle permet au cocontractant d'éluder des contributions fiscales dues. Selon la pratique de la Commission de surveillance, ce n'est pas seulement la mise à disposition d'un *compte* propre de la banque qui est considérée comme une assistance interdite à la soustraction fiscale et à des actes analogues, mais aussi la mise à disposition d'un *coffre-fort* propre de la banque,¹⁸ la mise à disposition d'un *compte ou d'un coffre-fort d'un membre du conseil d'administration ou d'un collaborateur de la banque*,¹⁹ ou l'utilisation d'un *compte ou d'un coffre-fort d'un autre client de la banque*.²⁰

A la lumière de cette jurisprudence, l'utilisation auprès de la banque d'un coffre-fort au nom du *cocontractant* lui-même, et donc en principe personnel, doit également être qualifiée d'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues, dans la mesure où la banque sait ou doit supposer que le coffre-fort du client est utilisé abusivement à des fins de soustraction fiscale.²¹ Le fait que les valeurs patrimoniales (non déclarées) ne soient pas conservées dans un coffre-fort appartenant à la banque, dans un coffre-fort d'un collaborateur de la banque ou dans un coffre-fort d'un autre client, mais dans un coffre-fort (privé) du cocontractant lui-même, n'y change rien. Sinon, l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues pourrait facilement être contournée par l'utilisation non pas d'un coffre-fort appartenant à la banque ou à un collaborateur de la banque, mais d'un coffre-fort (privé) loué par la banque à son client. Les exemples d'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues interdite cités à l'art. 57 CDB 20 ne sont, par ailleurs, clairement pas exhaustifs (*"par exemple : [...]"*).

4.2. [535/26] Une banque avait versé à une cliente un montant au comptant de six chiffres, alors qu'elle savait (et avait même consigné dans une note au dossier) qu'il s'agissait de fonds non déclarés et probablement même d'origine criminel. La Commission de surveillance est parvenue à la conclusion que les éléments constitutifs de l'infraction d'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues n'étaient certes pas réunis dans ce cas, mais que le comportement de la banque se rapprochait de ceux incriminés par les art. 53 ss CDB 20. A cet égard, la Commission de surveillance a considéré ce qui suit :

"La Commission de surveillance estime que le but de la norme commanderait certes de sanctionner le comportement de la banque en l'espèce en tant qu'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues. En effet, l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues, qui fait partie des règles déontologiques depuis la première version de la CDB en 1977 et dont le libellé est resté inchangé depuis la CDB 98, exprime clairement que la CDB, depuis sa première entrée en vigueur le 1er juillet 1977, vise à empêcher que les banques suisses soutiennent d'éventuelles soustractions fiscales. L'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale

¹⁸ Cf. Georg Friedli, Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance CDB pour la période 2005-2010, ch. V. 6.2.1.

¹⁹ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 696, r61.

²⁰ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 696 s., r62.

²¹ Le cas soumis à l'appréciation de la Commission de surveillance concernait un client qui avait retiré de son compte un montant en espèces à six chiffres et a rendu visite le même jour à son coffre-fort à l'agence de la banque. Sur la base des informations fournies par le client, la banque savait qu'il s'agissait d'argent non fiscalisé et que le client avait l'intention de déposer cet argent dans son coffre-fort.

et à des actes analogues est donc une émanation de l'objectif défini dans le préambule de la CDB, à savoir de préserver le renom de la place financière suisse sur les plans national et international."

Il serait donc conforme au but que les banques soient dans tous les cas sanctionnées pour assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues lorsqu'elles effectuent des transactions avec des fonds dont elles savent (ou devraient savoir) - comme en l'espèce - qu'ils ne sont pas déclarés. Le libellé (restreint) des dispositions du chapitre 7 de la CDB 20 a cependant pour conséquence que des comportements tels que celui adopté par la banque en relation avec [...] ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues au sens de la CDB. Dans le cas présent, le comportement de la banque n'est pas compatible avec les principes d'une stratégie de l'argent propre que les banques suisses poursuivent avec beaucoup d'effort depuis le contentieux fiscal avec les Etats-Unis.

D. SANCTIONS

1. Cas bénins

[550/10] Dans les cas bénins, la procédure contre la banque fautive doit être suspendue sans prononcer de sanction.²² Le cas est bénin lorsque certaines données et/ou certains documents font défaut ou lorsque des documents n'ont pas été fournis dans la forme voulue, que cela n'a été constaté qu'après l'ouverture du compte et qu'il y a été remédié dans un délai de 30 jours.²³ En revanche, lorsque non seulement certaines données et/ou certains documents font défaut, mais que la banque ne dispose d'aucune documentation, on ne saurait parler d'un cas bénin.

Dans le cas présent, au moment de l'ouverture du compte, la banque ne disposait ni d'un document d'identification ni d'une déclaration relative à l'ayant droit économique. Le comportement de la banque ne pouvait donc pas être qualifié de cas bénin.

2. Détermination de la peine conventionnelle

2.1. [550/12] Une violation de la CDB est d'autant plus grave si la situation contraire à la CDB dure longtemps.

Dans un cas soumis à la Commission de surveillance, la banque avait ouvert une relation d'affaires sans disposer des documents d'identification requis. Cette lacune a cependant pu être comblée un jour plus tard. La Commission de surveillance a jugé ce cas moins grave qu'un autre, dans lequel la relation d'affaires était restée plus longtemps sans documents.

²² Art. 63 CDB 20.

²³ Art. 63 let. e CDB 20.

2.2. [550/12] Selon la pratique de la Commission de surveillance, le fait que des fonds importants aient été comptabilisés dans les relations concernées a pour effet d'aggraver la peine.²⁴ A l'inverse, une violation des règles CDB est moins grave si le montant des valeurs patrimoniales concernées est faible.

2.3. [550/13] Selon la pratique de la Commission de surveillance, il convient d'atténuer la peine lorsqu'une banque dépose une véritable autodénunciation, reconnaît expressément avoir violé la CDB et a remédié aux infractions constatées ou pris des mesures pour que de telles infractions ne puissent plus se reproduire.²⁵ En revanche, si la banque fait valoir dans sa dénonciation que les faits dénoncés sont isolés et qu'il s'avère par la suite, dans le cadre de la procédure d'enquête, que d'autres violations des règles CDB ont été commises, la banque ne peut pas se prévaloir d'une atténuation de la peine au sens de la jurisprudence précitée de la Commission de surveillance, car dans un tel cas, la dénonciation spontanée n'est manifestement pas complète.

2.4. [535/28] Si une banque, par son comportement, enfreint des règles fondamentales de la CDB et porte ainsi atteinte au renom de la place financière suisse sur les plans national et international,²⁶ il s'agit d'une violation grave des règles de la CDB.

Dans le cas présent, la banque avait omis de procéder aux clarifications requises lors de l'exécution de plusieurs transactions d'un montant à six chiffres, bien qu'elle ait su que la cocontractante n'était pas l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales et qu'il s'agissait de fonds non déclarés, voire même d'origine criminelle.

Berne, mars 2025

Dominik Eichenberger, avocat
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance CDB

²⁴ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 495, r81.

²⁵ Une atténuation de la peine en raison du comportement de la banque après une violation de la CDB ne peut toutefois pas être accordée à la légère. Des efforts particuliers ou un comportement particulièrement exemplaire de la banque sont requis (Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 495, r80 ; cf. également Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} janvier 2020 au 30 juin 2020, Lettre D, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

²⁶ Cf. let. a du Préambule de la CDB 20.

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1er janvier au 30 juin 2025)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance - dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires - informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. En application de cette disposition,¹ la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet depuis l'adoption de la CDB en 1977 (CDB 77). Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, publie régulièrement, depuis l'année 2017, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1er janvier au le 30 juin 2025.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

1. Ouverture de procédures sur la base de dénonciations de particuliers

[572/4] Le Président de la Commission de surveillance a confirmé la pratique de longue date selon laquelle il est en principe admissible d'ouvrir une procédure CDB sur la base de dénonciations de particuliers. Cependant, sur la base de dénonciations de particuliers, il ne faut pas ouvrir une procédure à la légère, mais plutôt décider s'il y a lieu de donner suite à la dénonciation, conformément à l'obligation d'apprécier la situation.

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 décembre 2022 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8134 du 1^{er} juillet 2025 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2024.

Il convient de ne pas entrer en matière sur des dénonciations abusives de particuliers.⁴ L'ouverture d'une procédure d'enquête suppose dans tous les cas des indices clairs qu'une banque n'ait pas respecté les dispositions de la CDB.⁵ Les „fishing expeditions“ par lesquelles d'éventuelles violations de la CDB seraient examinées sans indices concrets ne sont pas admissibles. Pour ouvrir une procédure d'enquête, des motifs de suspicion doivent exister, qui vont au-delà d'indices vagues et de simples suppositions.⁶

2. Prononcé de décisions incidentes

[539/13] L'art. 14 al. 4 du règlement de procédure du 14 mars 2019 prévoit que la Commission de surveillance peut rendre des décisions incidentes ou partielles. Une décision incidente statue sur des points litigieux au cours d'une procédure sans pour autant mettre fin à celle-ci.⁷ Une décision incidente peut porter sur des questions de procédure ou de fond.

Conformément à la teneur de l'art. 14 al. 4 du règlement de procédure, il s'agit d'une „disposition potestative“, c'est-à-dire qu'il n'existe aucun droit à une décision incidente. Les décisions incidentes sont utiles en particulier lorsqu'elles permettent d'économiser du temps ou des frais. Néanmoins, elles ne doivent toutefois être rendues qu'avec retenue.⁸

3. Procédure sommaire

[569/24] En vertu de l'art. 62 al. 1 CDB 20, la banque peut requérir une procédure sommaire dans les cas simples. Conformément à l'art. 62 al. 3 CDB 20, le Président de la Commission de surveillance statue sur la mise en œuvre de la procédure sommaire. Si la banque conteste la décision du Président, la Commission de surveillance statue définitivement sur la mise en œuvre de la procédure sommaire (art. 62 al. 4 CDB 20 ; cf. également art. 9 al. 3 du règlement de procédure).

⁴ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2005-2010*, RSDA 1/2011, ch. III/2, p. 50 ; Georg Friedli, *Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance CDB pour la période 2005-2010*, ch. IV/3, p. 15, disponible sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁵ Art. 4 al. 2 du règlement d'enquête du 16 décembre 2019.

⁶ Dans le cas présent, le Président de la Commission de surveillance a décidé, sur la base d'une dénonciation déposée par deux particuliers (une société anonyme suisse cliente de la banque et un membre du conseil d'administration de cette société), de ne pas ouvrir de procédure CDB. En effet, les reproches formulés par les dénonciateurs se limitaient en fin de compte à des allégations vagues respectivement à des suppositions que la banque aurait enfreint la CDB 20. Il n'existait toutefois aucun indice concret, tel que des références à des documents ou formulaires spécifiques qui ne seraient pas conformes aux règles de la CDB. La dénonciation des deux particuliers ne constituait donc pas un motif suffisant pour justifier l'ouverture d'une procédure CDB. Il semblait plutôt que les dénonciateurs n'avaient pas pour objectif premier de faire respecter les obligations de diligence en matière d'identification du cocontractant et d'identification de l'ayant droit économique, mais que les dénonciations avaient plutôt été déposées dans le contexte d'un litige privé entre les dénonciateurs, d'une part, et l'actionnaire principal et président du conseil d'administration de la société anonyme ayant fait l'objet de la dénonciation, d'autre part.

⁷ Cf. ATF 130 III 76, consid. 3.1.3 ; JdT 2004 I 73, consid. 3.1.3.

⁸ Dans le cas présent, la Commission de surveillance est parvenue à la conclusion que, pour des raisons d'économie de procédure, il semblait opportun de statuer sur la question du droit applicable dans le cadre d'une décision incidente (s'agissant de la décision matérielle de la Commission de surveillance dans cette procédure, cf. let. C, ch. 1 à 3 ci-dessous).

La CDB prévoit donc que la banque peut déférer une décision (négative) du Président sur l'application de la procédure sommaire à la commission plénière (qui statue alors en dernier ressort). Cependant, ni la CDB ni le règlement de procédure ne contiennent de dispositions relatives à la forme et au délai d'un tel recours.

Conformément à l'art. 2 al. 2 du règlement de procédure, les dispositions de procédure de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) sont applicables par analogie. En application analogue de l'art. 50 al. 1 PA, le recours auprès de la Commission de surveillance contre la décision du Président sur la (non-)application de la procédure sommaire doit donc être interjeté dans les 30 jours suivant la notification. L'art. 52 PA s'applique par analogie à la forme et au contenu du recours.

C. CHAMP D'APPLICATION DE LA CDB 20

Au cours de la période écoulée, la Commission de surveillance a eu l'occasion de se pencher sur le champ d'application de la CDB 20 et sur la relation entre la CDB 20 et d'autres réglementations, notamment l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent⁹ et la circulaire de la FINMA relative à l'identification par vidéo et en ligne¹⁰.

1. Champ d'application de la CDB 20

[539/15] Le champ d'application de la CDB 20 ne se limite pas aux opérations explicitement énumérées aux art. 4 al. 2, 20 al. 5 et 27 al. 3 de la CDB 20.¹¹ La CDB 20 s'applique en principe à toutes les activités commerciales d'une banque en tant qu'intermédiaire financier au sens de la LBA.¹² Dans la mesure où la CDB 20 renvoie expressément à d'autres réglementations pour certains domaines, celles-ci deviennent par renvoi partie intégrante des obligations de diligence et prévalent sur d'éventuelles dispositions divergentes de la CDB 20. La Commission de surveillance doit donc également examiner les violations, et cas échéant sanctionner, de telles

⁹ Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 3 juin 2015 (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA ; RS 955.033.0).

¹⁰ Circulaire FINMA 2016/7 „Identification par vidéo et en ligne“ du 3 mars 2016.

¹¹ Le caractère non exhaustif de l'énumération qui figure aux art. 4 al. 2, 20 al. 5 et 27 al. 3 CDB 20 ressort à la lumière des autres opérations financières qui ne sont pas mentionnées explicitement dans ces dispositions mais auxquelles la CDB 20 s'applique pourtant incontestablement. Ainsi, la CDB 20 mentionne explicitement à un autre endroit les opérations par carte de crédit (pour les opérations par carte de crédit cf. let. C ch. 2 ci-dessous) et les opérations de leasing (cf. art. 2 al. 3 CDB 20 et art. 2 al. 4 CDB). En outre, le Commentaire de l'ASB stipule expressément que la CDB s'applique également aux relations de crédit (Commentaire de l'ASB sur la Convention concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 20], art. 4, p. 13 ; cf. aussi Kathrin Heim/Tamara Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, ad art. 4 al. 1 CDB 20, n° 18). Les opérations de carte de crédit, les opérations de leasing et l'octroi de crédits ne font pas partie des opérations énumérées aux art. 4 al. 2, 20 al. 5 et 27 al. 3 CDB 20, ce qui confirme que l'énumération qui figure aux art. 4 al. 2, 20 al. 5 et 27 al. 3, CDB 20 n'est pas exhaustive. Cette constatation ne change cependant rien au fait que la location de compartiments de coffre-fort n'est pas soumise à l'obligation d'identifier les détenteurs de contrôle au sens de l'art. 20 al. 5 CDB 20, ni à celle d'identifier l'ayant droit économique au sens de l'art. 27 al. 3 CDB 20 (cf. Dobrauz-Saldapenna Günther/Derungs Corsin, dans : Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon [éd.], Geldwäschereigesetz [GwG], Berne 2017, art. 3, n° 7).

¹² Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0).

dispositions spéciales issues d'autres réglementations qui, en vertu d'un renvoi contenu dans la CDB, sont devenues partie intégrante des obligations de diligence.¹³

2. Signification et portée du renvoi à l'art. 2 al. 3 CDB 20 aux règles distinctes applicables aux organismes de cartes de crédit

3.1. [539/11] Les opérations financières soumises à la LBA auxquelles la CDB 20 s'applique en principe,¹⁴ comprennent également les opérations par carte de crédit.¹⁵ Conformément à l'art. 2 al. 3 CDB 20, il existe toutefois des dispositions distinctes pour l'application par analogie de la CDB aux organismes de carte de crédit. Le renvoi de l'art. 2 al. 3 CDB 20 concerne les art. 11, 12 et 28 al. 4 OBA-FINMA.¹⁶ L'art. 2 al. 3 CDB 20 ne constitue donc pas une base pour une application générale de l'OBA-FINMA (en lieu et place de la CDB 20) aux opérations de carte de crédit des banques.¹⁷

Une banque qui émet des cartes de crédit peut donc se référer aux dispositions allégées des art. 11, 12 et 28 al. 4 OBA-FINMA. Ces allègements, dont une banque active dans le domaine des cartes de crédit peut se prévaloir en vertu de l'art. 2 al. 3 CDB 20, permettent d'instaurer des conditions de concurrence équitables entre les banques actives dans le domaine des cartes de crédit, d'une part, et les purs organismes de cartes de crédit sans licence bancaire, d'autre part. Hormis les allègements prévus aux art. 11, 12 et 28 al. 4 OBA-FINMA, les dispositions de la CDB 20 s'appliquent en revanche aux opérations de cartes de crédit des banques.

3. Signification et portée du renvoi dans la CDB 20 à la circulaire FINMA 2016/7 „Identification par vidéo et en ligne“

3.1. [539/20] Les règles de diligence prévoient à l'art. 9 al. 2 CDB 20 et à l'art. 10 al. 2 CDB 20 qu'une identification par vidéo ou en ligne conformément aux prescriptions en vigueur de la FINMA vaut vérification de l'identité selon les dispositions de la CDB 20. Par „prescriptions en vigueur de la FINMA“, on entend la circulaire FINMA 2016/7.¹⁸ Grâce à ce renvoi (dynamique), les dispositions de la circulaire FINMA 2016/7 deviennent une partie complémentaire de la CDB 20.¹⁹

L'admissibilité d'une délégation respectivement d'une sous-délégation de la vérification de l'identité du cocontractant, de l'identification du détenteur du contrôle et de l'identification de l'ayant droit économique est réglementée

¹³ Cela concerne en premier lieu les renvois qui figurent à l'art. 2 al. 3 CDB 20 (aux dispositions des art. 11, 12 et 28 al. 4 OBA-FINMA relatives aux opérations par carte de crédit), à l'art. 2 al. 4 CDB 20 (aux prescriptions du règlement d'autorégulation OAR / ASSL relatives aux opérations de leasing) ainsi qu'à l'art. 9 al. 2 CDB 20 et à l'art. 10 al. 2 CDB 20 (à la circulaire FINMA 2016/7 „Identification par vidéo et en ligne“) (cf. à ce sujet ch. 2 et 3 ci-dessous).

¹⁴ Cf. à ce sujet let. C ch.1 ci-dessus.

¹⁵ Le commentaire de l'ASB (alors encore intitulé „rapport“) sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 03) l'exprimait comme suit (cf. commentaire ad art. 1, p. 3) : „Les principes ancrés dans la CDB doivent également s'appliquer aux transactions par cartes de crédit.“

¹⁶ Cf. la circulaire n° 7888 de l'ASB du 4 mai 2016.

¹⁷ La banque avait fait valoir, à tort, que les opérations de carte de crédit qu'elle avait traitées devaient être évaluées exclusivement à l'aune de l'OBA-FINMA et non de la CDB 20.

¹⁸ Cf. Commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), p. 6.

¹⁹ Cf. let. C ch.1 ci-dessus.

de manière partiellement différente dans la CDB 20 et dans la circulaire FINMA 2016/7.²⁰ La Commission de surveillance a donc dû clarifier la relation entre la CDB 20 et la circulaire FINMA 2016/7. Dès lors que la CDB 20 prévoit expressément que les banques peuvent, voire doivent, procéder à l'identification par vidéo et en ligne conformément à la circulaire FINMA 2016/7, la Commission de surveillance est parvenue à la conclusion que les allègements prévus dans la circulaire FINMA 2016/7 en matière d'identification par vidéo et en ligne prévalent sur la CDB 20.

Il en résulte que le tiers chargé d'identifier le cocontractant peut procéder à une identification en ligne sur la base de la circulaire FINMA 2016/7. Bien qu'une identification en ligne soit en principe assimilée à une identification par correspondance,²¹ l'interdiction faite au délégataire de procéder à une ouverture par correspondance prévue à l'art. 43 al. 3 CDB 20 ne s'applique donc pas.

En vertu de la circulaire FINMA 2016/7, le tiers chargé de l'identification des cocontractants peut en outre faire appel à un autre tiers pour l'identification par vidéo et en ligne (pour autant que le délégataire soit un intermédiaire financier). Puisque la circulaire FINMA 2016/7 prévaut sur la CDB 20, l'interdiction de la sous-délégation contenue à l'art. 43 al. 3 CDB 20 ne s'applique donc pas (ou seulement de manière limitée) à l'identification par vidéo et en ligne.

Ces allègements ne s'appliquent cependant que dans les limites du champ d'application de la circulaire FINMA-RS 2016/7, c'est-à-dire lors de l'établissement de relations d'affaires par des canaux numériques (identification par vidéo et en ligne). Lors de l'établissement de relations d'affaires par des canaux non-numériques, c'est-à-dire lors de l'établissement „classique“ de relations d'affaires lorsque la personne se présente à la banque ou par correspondance, les banques ne peuvent pas invoquer d'éventuelles divergences entre la circulaire FINMA 2016/7 et la CDB 20.

3.2. [539/22] Le renvoi de la CDB 20 à la circulaire FINMA 2016/7 a pour conséquence que seule l'ouverture „classique“ par correspondance ne peut pas être déléguée (respectivement que le délégataire ne peut pas procéder à l'ouverture par correspondance), tandis que toutes les autres formes d'ouverture (lorsque la personne se présente à la banque²² ou par identification par vidéo ou en ligne²³) peuvent en principe être déléguées. Cela résulte du libellé de l'art. 43 al. 3 CDB 20. L'interdiction d'une ouverture par correspondance par un délégataire n'est pas supplantée par une disposition contraire de la circulaire FINMA 2016/7, car celle-ci régit uniquement les obligations de diligence lors de l'établissement de „relations d'affaires par voie numérique“. La circulaire

²⁰ Ainsi, selon l'art. 43 al. 3 CDB 20, le délégataire n'est pas autorisé à sous-déléguer son mandat ni à procéder à une ouverture par correspondance. Selon le ch. 51 de la circulaire FINMA 2016/7, l'intermédiaire financier peut, en tenant compte des art. 28 ss OBA-FINMA, déléguer à des tiers la vérification de l'identité du cocontractant par vidéo ou en ligne, étant précisé que les art. 28 ss OBA-FINMA, contrairement à la CDB 20, ne contiennent aucune restriction qui interdirait une ouverture par correspondance par le mandataire. L'art. 43 al. 3 CDB 20 affirme en outre que toute délégation ultérieure par le mandataire est interdite. Le ch. 53 de la circulaire FINMA 2016/7 précise en revanche qu'il n'y a pas de délégation interdite au sens de l'art. 28 al. 3 OBA-FINMA lorsqu'un intermédiaire financier fait appel à un autre intermédiaire financier et que celui-ci procède à l'identification vidéo et en ligne au moyen de prestataires directement mandatés.

²¹ Cf. art. 10 al. 2 CDB 20.

²² Cf. art. 43 al. 1 CDB 20.

²³ Cf. ch. 51 de la circulaire FINMA 2016/7.

FINMA 2016/7 n'a aucune incidence sur l'établissement de relations d'affaires par des canaux non-numériques („analogiques“) tels que l'ouverture „classique“ par correspondance.²⁴

La Commission de surveillance est toutefois parvenue à la conclusion que l'interdiction faite au délégataire d'une ouverture par correspondance n'est plus d'actualité.²⁵ Il serait donc approprié de ne plus appliquer cette interdiction. A cela s'oppose cependant le libellé clair de l'art. 43 al. 3 CDB 20, raison pour laquelle l'interdiction qui découle de cette norme, selon laquelle le délégataire n'est pas autorisé à procéder à une ouverture par correspondance, doit être acceptée. En effet, seule l'Association suisse des banquiers (ASB) est compétente pour édicter ou réviser les obligations de diligence, et la Commission de surveillance ne peut pas empiéter sur cette compétence de l'ASB ni refuser d'appliquer une règle édictée par celle-ci. La Commission de surveillance tient néanmoins compte du fait que l'interdiction faite au délégataire de procéder à une ouverture par correspondance, prévue à l'art. 43 al. 3 CDB 20, est considérée comme dépassée, en ce sens qu'elle se limitera désormais à constater les violations éventuelles de cette interdiction, sans pour autant les sanctionner.

4. Rapport entre la CDB 20 et l'OBA-FINMA

[556/15] Conformément à l'art. 60 al. 2 CDB, les chargés d'enquête CDB ne sont pas compétents pour se prononcer de manière préjudicielle sur une éventuelle violation de l'OBA-FINMA. Une banque s'était prévalu de cette disposition et avait fait valoir que le chargé d'enquête et la Commission de surveillance n'aient pas à examiner si la banque avait clarifié l'arrière-plan économique des relations d'affaires et des transactions, comme l'exige la législation sur le blanchiment d'argent. La Commission de surveillance a rejeté cette objection pour les motifs suivants :

Il est certes vrai que la clarification de l'arrière-plan économique d'une transaction relève en principe de la législation sur le blanchiment d'argent; cela ne signifie néanmoins pas que la CDB ne puisse pas également imposer des obligations de clarification. L'art. 46 CDB 20 prévoit en effet expressément que lorsqu'un doute survient, c'est-à-dire en cas de constatations insolites, la banque doit procéder à des clarifications. Ces clarifications exigées par l'art. 46 CDB 20 concernant l'ayant droit économique peuvent manifestement (également) porter sur l'arrière-plan des transactions insolites. Il ne s'agit pas ici de „rendre plausibles“ des transactions insolites, mais d'essayer, au moyen de clarifications supplémentaires, de lever les doutes qui résultent de transactions insolites au sujet de l'ayant droit économique.²⁶

²⁴ Cf. let. C ch.3.1 ci-dessus.

²⁵ L'interdiction faite au délégataire d'une ouverture par correspondance avait été justifiée à l'époque par le but de la norme : si le client ne souhaitait pas se présenter personnellement (au délégataire), alors la banque pouvait procéder directement à une ouverture par correspondance et il n'y avait aucune raison d'interposer un mandataire (cf. Georg Friedli, Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance CDB pour la période 2001 - 2005, let. C, ch. 1.16, p. 14, disponible sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent). Plus de 20 ans plus tard, cette justification ne semble toutefois plus d'actualité. Compte tenu notamment d'un monde (bancaire) de plus en plus marqué par la division du travail et l'externalisation, il ne semble plus approprié de proscrire au délégataire une ouverture par correspondance. Cela vaut d'autant plus que l'OBA-FINMA ne contient aucune interdiction pour un délégataire de procéder à une ouverture par correspondance.

²⁶ Dans le cas présent, la banque avait renoncé à toute clarification concernant trois crédits inhabituels de la part de tiers d'un montant à six chiffres, alors que ces transactions auraient dû susciter des doutes quant à l'ayant droit économique des valeurs

D. CASUISITIQUE

1. Obligation d'identifier le cocontractant

[542/8] Conformément aux dispositions de l'art. 4 ss CDB 20, les banques sont tenues de vérifier l'identité du cocontractant lors de l'établissement d'une relation d'affaires. Lorsque le cocontractant est une personne morale ou une société de personnes, il y a également lieu de vérifier l'identité des personnes physiques qui ouvrent la relation d'affaires (art. 15 al. 1 CDB 20). Sont réputées être les personnes qui établissent la relation d'affaires celles qui représentent la société envers la banque lors de l'établissement de la relation d'affaires et qui signent les documents d'ouverture du compte.²⁷

Dans un cas soumis à l'appréciation de la Commission de surveillance, quatre personnes avaient signé le contrat de base pour l'ouverture d'une relation d'affaires avec une société anonyme suisse et étaient donc considérées comme personnes physiques qui établissent la relation d'affaires au sens de l'art. 15 CDB 20, raison pour laquelle la banque était tenue de vérifier l'identité des quatre personnes qui avaient signé le contrat de base.

2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

2.1. [542/9] Conformément à l'art. 27 CDB 20, les banques exigent du cocontractant une déclaration indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Si le cocontractant déclare que l'ayant droit économique est un tiers, il lui incombe d'indiquer le nom, le prénom, la date de naissance, la nationalité, l'adresse effective du domicile et le pays du domicile de ce tiers au moyen du formulaire A (art. 28 al. 1 CDB 20). Les données requises concernant les fondations doivent être fournies par le cocontractant au moyen du formulaire S (ou d'une déclaration écrite équivalente) (cf. art. 40 al. 1 CDB 20). Néanmoins, selon l'art. 33 al. 1 CDB 20, aucune déclaration relative à l'ayant droit économique n'est exigée (parmi d'autres entités) des institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts dont le siège en Suisse.²⁸

Si une banque souhaite invoquer une exception aux obligations d'identification, elle doit examiner les conditions d'application prévues par les dispositions dérogatoires et les documenter dans le cadre de son obligation de documentation.²⁹ La banque doit donc prouver qu'au moment de l'établissement de la relation d'affaires, elle avait vérifié et documenté que la fondation était une institution de prévoyance professionnelle exemptée de l'impôt dont le siège est en Suisse, si elle souhaite, en vertu de l'art. 33 al. 1 CDB 20, renoncer à recueillir de la fondation un formulaire S.³⁰

patrimoniales comptabilisées dans le cadre de la relation d'affaires concernée. La banque a ainsi violé son obligation de répéter, au sens de l'art. 46 al. 1 CDB 20, l'identification de l'ayant droit économique.

²⁷ Cf. Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20) ad art. 15 CDB, p. 22.

²⁸ Cf. également la disposition analogue de l'art. 24 al. 1 CDB 20 au sujet de l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle.

²⁹ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 481, r22.

³⁰ Dans le cas présent, la banque n'a pas été en mesure de fournir cette preuve. Bien au contraire, il ressortait du dossier que la banque n'avait clarifié et documenté que longtemps après l'établissement de la relation d'affaires que la fondation concernée

2.2. [546/10] Une banque entretenait une relation d'affaires avec la société X Bau AG. Bien que la banque sût que Markus X était l'actionnaire unique, le directeur et l'unique membre du conseil d'administration avec droit de signature individuelle de X Bau AG, elle a accepté un formulaire A selon lequel la fondée de procuration de X Bau AG était l'ayant droit économique.³¹ Selon les informations fournies par la banque, le formulaire A erroné était dû au fait qu'il avait été prérempli par erreur par la banque avec le nom de la fondée de procuration. Selon le commentaire de l'ASB concernant la CDB 20, il est certes admissible qu'un collaborateur de la banque prépare le formulaire A ou le complète sur instruction du cocontractant;³² cependant, cela ne vaut que si le collaborateur de la banque prépare correctement le formulaire A. Dans le cas d'espèce, il n'était pas clair si la banque avait effectivement (pré-)rempli le formulaire A sur instruction du client. La banque a donc violé son obligation d'identifier l'ayant droit économique.

3. Obligations en matière de documentation

[556/18] Conformément à l'art. 44 CDB 20, les banques doivent s'assurer que la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique sont dûment effectuées et documentées. Les documents d'identification requis doivent être conservés.

Si une banque omet de demander à son cocontractant une déclaration relative à l'ayant droit économique au moyen du formulaire A, elle viole l'obligation d'identification de l'ayant droit économique prévue par les art. 27 ss CDB 20. Dans ce cas également, la banque omet nécessairement de documenter les informations requises sur l'ayant droit économique respectivement de conserver le formulaire A. La violation de l'obligation en matière de documentation qui en découle n'a ainsi pas de caractère autonome. Il n'est donc pas nécessaire de constater séparément que la banque a également violé ses obligations de documentation, ni de lui infliger une sanction supplémentaire à ce titre.

4. Obligations de répétition

[556/16] Si, au cours d'une relation d'affaires, une banque apprend que l'actionnaire unique d'une société de domicile a cédé 49 % de ses actions à un tiers, il s'agit manifestement d'une constatation insolite qui exige la répétition de l'obligation de vérification de l'ayant droit économique conformément à l'art. 46 al. 1 CDB 20.

Berne, septembre 2025

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance CDB

était une institution de prévoyance exemptée d'impôts dont le siège est en Suisse. La Commission de surveillance a donc sanctionné la banque pour violation de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique.

³¹ X Bau AG avait cédé ses activités opérationnelles et avait donc été qualifiée par la banque à juste titre de société de domicile.

³² Cf. Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20) ad art. 28 CDB 20, p. 47.

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(1er juillet au 31 décembre 2025)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. En application de cette disposition¹, la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet depuis l'adoption de la CDB en 1977 (CDB 77). Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, publie régulièrement, depuis l'année 2017, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1er juillet au 31 décembre 2025.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

1. Jonction de procédures

[561/4] Selon la pratique constante de la Commission de surveillance, la jonction (ou la disjonction) de procédures est également possible dans le cadre d'une procédure CDB.⁴ La décision de joindre des procédures

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le Rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire n°8152 de l'ASB du 02.03.2026 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1er janvier au 30 juin 2025.

⁴ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 685, r6.

est une décision de procédure. Son adoption relève de la compétence du Président de la Commission de surveillance.⁵ Une banque s'est adressée à la Commission de surveillance et a demandé que la jonction des procédures ordonnée par le Président soit annulée.

La CDB 20 - contrairement à ce qui est prévu par exemple pour la procédure sommaire⁶ - ne prévoit pas, en matière de jonction de procédures, que la banque puisse déférer une décision du Président à la Commission plénière. La Commission de surveillance a pu laisser ouverte la question de savoir si un recours de la banque contre une décision du Président relative à la jonction de procédures était recevable. En effet, en tant que décision de procédure, la décision du Président concernant la jonction des procédures ne pourrait être contestée que si elle (a) pouvait causer un préjudice irréparable ou si (b) l'admission du recours pouvait conduire immédiatement à une décision finale qui permettrait d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (cf. art. 46 al. 1 PA⁷).⁸ Dans sa requête à la Commission de surveillance, la banque n'avait toutefois pas affirmé, et encore moins prouvé, que la jonction des procédures ordonnée par le Président de la Commission de surveillance pouvait causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA, ni dans quelle mesure. De même, l'admission du recours au sens de l'art. 46 al. 1 let. b PA n'aurait pas entraîné une décision finale immédiate. La Commission de surveillance a donc rejeté le recours de la banque, dans la mesure de sa recevabilité.

2. Procédure sommaire

En vertu de l'art. 62 al. 1 CDB 20, la banque peut requérir une procédure sommaire dans les cas simples. Dans deux procédures récentes, la Commission de surveillance, respectivement son Président,⁹ a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de „cas simple“¹⁰ au sens de l'art. 62 al. 1 CDB 20.¹¹

2.1. [561/7] Selon le libellé de la CDB 20, on entend par „cas simple“ une procédure qui ne présente aucune complexité, tant en ce qui concerne les faits que les questions juridiques auxquelles il faut répondre. Un cas est „simple“ au sens de l'art. 62 al. 1 CDB 20 s'il est clair, facile à appréhender et sans complication, tant en

⁵ Cf. art. 2 al. 4 du règlement de procédure du 14 mars 2019.

⁶ Art. 62 al. 4 CDB 20. Cf. également Leading Cases de la Commission de surveillance CDB pour la période du 1er janvier 2025 au 30 juin 2025, let. B, ch. 3, disponible sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁷ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

⁸ Conformément à l'art. 2 al. 2 du règlement de procédure, les dispositions de procédure de la PA s'appliquent par analogie à la procédure devant la Commission de surveillance.

⁹ Conformément à l'art. 62 al. 3 CDB 20, le Président de la Commission de surveillance statue sur la mise en œuvre de la procédure sommaire. Si la banque conteste la décision du Président, la Commission de surveillance statue définitivement sur la mise en œuvre de la procédure sommaire (art. 62 al. 4 CDB 20 ; cf. également art. 9 al. 3 du règlement de procédure). Dans l'un des deux cas, la banque n'avait pas accepté la décision du Président de rejeter sa demande de mise en œuvre d'une procédure sommaire et avait fait appel à l'ensemble de la Commission de surveillance (cf. pour le délai et la forme d'un tel recours contre la décision du Président, Leading Cases de la Commission de surveillance CDB pour la période du 1er janvier 2025 au 30 juin 2025, lettre B, ch. 3, disponible sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent).

¹⁰ La version allemande de la CDB 20 parle de „*einfach gelagerten Fälle*“, la version italienne de „*casi che presentano una configurazione semplice*“ et la version anglaise de „*simple cases*“.

¹¹ La CDB ne précise pas ce qu'il faut entendre par „cas simples“. Le Commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20) ne se prononce pas non plus sur la notion de cas simple. Il appartient donc à la Commission de surveillance de définir la notion de cas simple.

ce qui concerne les faits que les questions juridiques auxquelles il faut répondre. Un cas simple suppose qu'il peut être traité et tranché rapidement et sans grand effort.

On ne peut donc parler d'un cas simple au sens de l'art. 62 al. 1 CDB 20 que si les faits et la situation juridique sont si clairs que la Commission de surveillance peut statuer rapidement et sans grand effort sur le cas qui lui a été dénoncé. Les cas simples sont donc ceux dans lesquels les faits et l'appréciation juridique sont si clairs que la procédure peut être close sans recherches supplémentaires sur les faits et/ou le droit. En revanche, si la décision nécessite un examen approfondi du dossier ou si des recherches juridiques supplémentaires sont nécessaires, il ne s'agit plus d'un cas simple. Le champ d'application de la procédure sommaire est donc très limité.¹²

2.2. [561/7] Une clôture rapide sans démarches importantes n'est en outre possible que si le nombre de violations potentielles de la CDB à juger est relativement faible. La notion de cas simple comporte donc également une composante quantitative : si la Commission de surveillance doit statuer sur un nombre important de violations potentielles des règles de déontologie, cela n'est plus possible rapidement et sans effort considérable, raison pour laquelle on ne peut plus parler d'un cas simple.

2.3. [561/7] Pour déterminer si un cas signalé par une banque peut être qualifié de „simple“, il convient de procéder à une appréciation globale. Le fait que certains aspects d'une dénonciation puissent être qualifiés de simples n'est pas déterminant. De même, il importe peu qu'un cas dénoncé puisse éventuellement être divisé en plusieurs aspects qui, pris isolément, pourraient être traités plus rapidement.

2.4. [567/5] Si une autodénonciation concerne d'éventuelles violations des règles déontologiques dans le cadre d'une procédure d'ouverture de compte qui s'inscrit dans un dispositif complexe mis en place par la banque pour le „Digital Onboarding“ de nouveaux clients avec l'intervention de tiers externes et qui concerne au moins 130 relations d'affaires, on ne peut plus parler d'un „cas simple“. Le fait que la procédure en question ne pouvait être considérée comme un cas simple et facile à appréhender a également été démontré par l'ampleur du rapport de 99 pages de la société d'audit.¹³

2.5. [561/8] Lorsqu'une autodénonciation compte plus de 1'000 pages (annexes comprises), il ne s'agit pas d'un cas simple. Avec des dossiers aussi volumineux, on ne peut pas parler d'un cas facile à appréhender.

2.6. [567/5] Une banque a fait valoir que le rapport remis par la société d'audit¹⁴ devait être corrigé ou précisé au sujet de plusieurs constatations factuelles. Il ne s'agit donc pas d'un cas clair et simple. Il n'est pas acceptable, dans le cadre d'une demande de procédure sommaire, de présenter le rapport d'une société d'audit

¹² Voir également Kathrin Heim/Tamara Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 1 ad art. 62 al. 2 CDB 20.

¹³ Conformément à l'art. 62 al. 2 CDB 20 en relation avec l'art. 9 al. 2 du règlement de procédure, la mise en œuvre de la procédure sommaire présuppose (entre autres) que la banque soumette un rapport d'une société d'audit (cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance CDB pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 480, n°19, concernant les exigences relatives au rapport d'audit).

¹⁴ Cf. note de bas de page 13 ci-dessus concernant la nécessité d'un rapport d'audit.

– conformément à l'art. 62 al. 2 CDB 20, il doit décrire les faits pertinents – et de déclarer en même temps que les constatations factuelles de la société d'audit doivent être partiellement corrigées ou précisées.

2.7. [567/6] On ne peut pas non plus parler d'un cas simple lorsque la banque et la société d'audit ont des avis diamétralement opposés sur les questions juridiques qui se posent : si la banque fait valoir dans son autodénonciation qu'il n'y a pas eu de violation de la CDB 20, alors que la société d'audit a constaté, dans son rapport d'audit, une violation systématique de la CDB dans plus de 100 cas, on ne peut pas parler d'une situation juridique claire et simple, qui pourrait être évaluée rapidement et sans autres clarifications juridiques par la Commission de surveillance.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation d'identifier le cocontractant

[538/17] Conformément aux dispositions des art. 4 ss CDB 20, les banques sont tenues de vérifier l'identité du cocontractant lors de l'établissement d'une relation d'affaires. Lorsqu'une personne, dont l'identité a été correctement vérifiée dans le cadre d'une relation d'affaires existante, établit d'autres relations d'affaires, il n'y a pas lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de son identité (art. 4 al. 3 CDB 20).

L'exception de l'art. 4 al. 3 CDB 20, selon laquelle une personne déjà correctement identifiée ne doit pas être identifiée à nouveau, présuppose, selon son libellé dans la version en allemand, qu'il s'agit d'une *extension* d'une relation d'affaires *existante*. Le Commentaire de l'ASB sur la CDB 20 se réfère également à cet égard à une *extension* d'une relation d'affaires existante.¹⁵ La disposition analogue de l'art. 15 al. 5 CDB 20, selon laquelle la vérification de l'identité de la personne qui établit une relation d'affaires avec une personne morale ne doit pas être répétée si une vérification de son identité a déjà été effectuée dans le cadre d'une relation existante, ne fait en revanche pas référence à l'*extension* d'une relation d'affaires (existante).

La Commission de surveillance a précisé que le principe énoncé à l'art. 4 al. 3 CDB 20 et à l'art. 15 al. 5 CDB 20, selon lequel un cocontractant déjà identifié ne doit pas être identifié à nouveau (ou une personne qui a déjà établi une relation d'affaires ne doit pas être vérifiée à nouveau), s'applique également lorsqu'il ne s'agit pas d'une *extension* d'une relation d'affaires existante, mais de l'établissement d'une *nouvelle* relation d'affaires ou d'une relation d'affaires *différente*.¹⁶ En effet, l'obligation d'identifier le cocontractant ou de vérifier l'identité des personnes qui ouvrent un compte pour une personne morale a pour but de permettre à la banque de connaître ses clients et, le cas échéant (pour les personnes morales et les sociétés de personnes), les personnes physiques

¹⁵ Cf. Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 4 CDB 20, p. 12 : „Lorsqu'une personne, dont l'identité a déjà été correctement vérifiée dans le cadre d'une relation d'affaires existantes, étend ses relations d'affaires avec la banque [...]“ [mise en exergue ajoutée].

¹⁶ Ce résultat correspond d'ailleurs également au libellé français de l'art. 4 al. 3 CDB 16/20, qui (contrairement aux versions allemande, italienne et anglaise de la CDB) ne mentionne pas qu'un client *élargit* une relation d'affaires existante, mais qu'il *établit* d'autres relations d'affaires („Lorsqu'une personne, dont l'identité a été correctement vérifiée dans le cadre d'une relation d'affaires existante, établit d'autres relations d'affaires, il n'y a pas lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de son identité“ [mise en exergue ajoutée]).

qui agissent pour le compte de ses clients („know your customer“). A cet effet, les banques doivent vérifier l'identité et l'existence de la partie contractante ou de la personne qui ouvre le compte à l'aide de documents d'identification pertinents et elles doivent documenter ces informations. A quelle occasion les banques procèdent à cette vérification n'a en revanche en principe aucune importance. On ne voit d'ailleurs pas quelle valeur ajoutée cela apporterait, au regard du but et de la finalité de l'obligation d'identifier le cocontractant, d'exiger qu'une personne déjà correctement identifiée soit à nouveau identifiée lorsqu'elle ouvre une nouvelle ou une autre relation d'affaires.

En vertu de l'art. 4 al. 3 CDB 20, les banques peuvent donc renoncer à l'identification du cocontractant lors de l'ouverture d'une nouvelle relation d'affaires si celui-ci a déjà été identifié dans le cadre d'une relation d'affaires existante, à condition que l'identification antérieure ait été effectuée correctement,¹⁷ que la relation d'affaires antérieure existait encore au moment de l'ouverture de la nouvelle relation d'affaires¹⁸ et que la banque ait rempli ses obligations de documentation à cet égard.¹⁹

Il en va de même lorsque la banque souhaite renoncer à une (nouvelle) vérification de l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires avec une personne morale, en vertu de l'art. 15 al. 5 CDB 20.

2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

2.1. Relations d'affaires avec des fondations (à but idéal)

2.1.1. [540/10] Dans sa décision n° 504 du 5 septembre 2019²⁰, la Commission de surveillance s'était penchée en détail sur les relations d'affaires avec les fondations en général et avec les fondations à but idéal en particulier ainsi que sur les obligations d'identification et les formulaires correspondants. La Commission de surveillance a estimé que l'art. 25 al. 1 CDB 16 devait être interprété, au-delà de sa formulation restrictive, en ce sens que, pour toutes les personnes morales et sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle pour lesquelles il existe en principe une obligation d'identifier les détenteurs du contrôle conformément à l'art. 20 CDB 16, les banques peuvent invoquer la dérogation prévue à l'art. 25 al. 1 CDB 16 et renoncer à identifier les détenteurs du contrôle, indépendamment de la forme juridique de la cocontractante, pour autant que celles-ci poursuivent exclusivement un but idéal.²¹ L'art. 25 al. 1 CDB 16 s'applique donc en particulier aussi aux fondations et

¹⁷ Cf. Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 4 CDB 20, p. 12.

¹⁸ Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance CDB pour la période du 1er janvier 2022 au 30 juin 2022, let. B ch. 1, disponible sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent ; cf. également Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 4 CDB 20, p. 12.

¹⁹ Cf. Georg Friedli, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2005 à 2010, disponible sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent, ch. V/1.2.19 ; cf. également Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2005 à 2010, RSDA 1/2011, ch. IV/1.2.12, p. 52.

²⁰ Cf. à propos de cette décision Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 484 ss, N°35 et N°39.

²¹ Et ne présentent pas de lien avec un pays à risque accru.

aux associations.²² En ce qui concerne l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle respectivement de recueillir un formulaire K, la Commission de surveillance a donc décidé qu'il n'y avait aucune raison de traiter les fondations à but idéal différemment des autres personnes morales et sociétés de personnes à but idéal. Dans la même décision, la Commission de surveillance est toutefois parvenue à la conclusion que la disposition dérogatoire prévue à l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16 pour les sociétés de domicile à but idéal ne s'appliquait pas (par analogie) aux fondations. Conformément à la décision n° 504 de la Commission de surveillance du 5 septembre 2019, les banques devaient donc également obtenir un formulaire S (ou une déclaration écrite équivalente) lorsque la partie contractante était une fondation à but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.²³

Un nouveau cas a incité la Commission de surveillance à réexaminer ce point de vue (parfois critiqué dans la doctrine²⁴) après l'entrée en vigueur de la CDB 20.

Dans le cadre de cet examen, la Commission de surveillance est parvenue à la conclusion qu'il existait des raisons suffisamment importantes pour réviser la jurisprudence actuelle et elle a décidé que les fondations à but idéal devaient en principe être traitées de la même manière que les autres personnes morales et sociétés de personnes à but idéal en ce qui concerne l'obligation d'identifier l'ayant droit économique. Ainsi, l'art. 39 al. 4 let. a CDB 20 s'applique également (par analogie) aux fondations (à but idéal). Pour les fondations à but idéal, il est donc possible, à titre exceptionnel, de renoncer à l'identification de l'ayant droit économique.

2.1.2. [540/12] Compte tenu du changement de jurisprudence susmentionné de la Commission de surveillance²⁵, les obligations d'identification applicables aux relations d'affaires avec des fondations peuvent être résumées comme suit :

2.1.2.1. Obligation d'identifier les détenteurs du contrôle

Pour les fondations exerçant une activité opérationnelle, les détenteurs du contrôle doivent en principe être identifiés à l'aide du formulaire K (art. 40 al. 3 CDB 20 en relation avec les art. 20 ss CDB 20).

Cependant, si une fondation qui exerce une activité opérationnelle poursuit des buts idéaux ou d'utilité publique, il est possible, à titre exceptionnel, de renoncer à une déclaration sur les détenteurs du contrôle. En effet, selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, l'art. 25 al. 1 CDB 16 (et l'art. 25 al. 1 CDB 20) s'applique également aux fondations (et aux associations).²⁶

Les fondations qui n'exercent pas d'activité opérationnelle ne sont pas tenues d'identifier les détenteurs du contrôle, qu'elles poursuivent ou non un but idéal (art. 20 ss CDB 20 a contrario).

²² Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 484, n°35.

²³ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 485 ss., n°39.

²⁴ Cf. Natacha A. Polli, Les fondations et la CDB : quelle interprétation?, publié le 15 avril 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/1126/>.

²⁵ Cf. ch. 2.1.1 ci-dessus.

²⁶ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 484, n°35.

2.1.2.2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

Conformément à l'art. 27 CDB 20, les banques sont tenues d'exiger du cocontractant une déclaration indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Sont réservés les cas régis par les chapitres „Exceptions à l'obligation d'identification“ (art. 29-36 CDB 20) et „Obligations particulières d'identification“ (art. 37-42 CDB 20).²⁷

Conformément à la disposition de l'art. 40 CDB 20 qui figure dans le chapitre „Obligations particulières d'identification“, les données requises concernant une fondation doivent être fournies au moyen d'une déclaration écrite ou du formulaire S. Pour les fondations, il convient donc de recueillir un formulaire S (ou une déclaration écrite équivalente), au lieu d'un formulaire A, afin d'identifier l'ayant droit économique (art. 40 al. 1 CDB 20).

Conformément au changement de jurisprudence opéré par la Commission de surveillance, l'art. 39 al. 4 let. a CDB 20, selon lequel les sociétés à but idéal ne sont pas tenues de fournir une déclaration sur l'ayant droit économique, s'applique également aux fondations. Pour les fondations à but idéal, il est donc possible, à titre d'exception, de renoncer à l'identification de l'ayant droit économique. Cela est adéquat et conforme au but des règles de diligence, à savoir de traiter les fondations à but idéal de la même manière que les autres personnes morales et sociétés de personnes à but idéal en ce qui concerne l'obligation d'identifier l'ayant droit économique.

2.1.3. [540/14] Afin d'éviter tout malentendu, la Commission de surveillance a formulé, en lien avec l'obligation susmentionnée d'identifier les détenteurs du contrôle et/ou l'ayant droit économique (respectivement les exceptions à ces obligations d'identification) dans le cadre des relations d'affaires avec des fondations²⁸ les précisions suivantes :

2.1.3.1. Les exceptions prévues à l'art. 25 al. 1 CDB 20 et à l'art. 39 al. 4 let. a CDB 20 s'appliquent aux sociétés et communautés *„qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens, ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues“*. L'art. 25 al. 1 CDB 20 et l'art. 39 al. 4 let. a CDB 20 s'appliquent donc aux personnes morales et aux sociétés de personnes qui poursuivent des buts idéaux, c'est-à-dire non économiques. Cela inclut notamment, mais pas exclusivement, les cocontractants à but d'utilité publique.

2.1.3.2. L'exception à l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle et/ou les ayants droit économiques qui s'applique aux personnes morales et aux sociétés de personnes qui poursuivent un but idéal, ne s'applique que tant qu'elles poursuivent exclusivement un but idéal. Dès que les personnes morales et les sociétés de personnes concernées ne poursuivent pas (ou plus) exclusivement des buts idéaux, elles doivent fournir une déclaration sur les détenteurs du contrôle et/ou les ayants droit économiques.

²⁷ Cf. Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), ad art. 27 CDB 20, p. 41.

²⁸ Cf. ch. 2.1.2 ci-dessus.

2.1.3.3. Une exception à l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle et/ou les ayants droits économiques des personnes morales et des sociétés de personnes suppose en outre que celles-ci n'aient aucun lien identifiable avec des pays présentant des risques accrus. Cela vaut non seulement pour l'application de l'art. 25 al. 1 CDB 20²⁹, mais aussi pour l'application de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 20.³⁰

2.1.3.4. Dès lors que, dans les procédures CDB, il appartient à la banque de prouver qu'elle a rempli ses obligations de diligence, elle doit vérifier et documenter, dans le cadre de son obligation de diligence, si les conditions de l'art. 25 al. 1 CDB 20 ou de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 20 sont remplies lorsqu'elle entend invoquer les exceptions aux obligations d'identification qui y sont prévues.³¹ La banque doit donc vérifier et consigner dans ses dossiers que la partie contractante poursuit exclusivement des buts idéaux et qu'il n'existe aucun lien avec un pays à risque.

La portée des clarifications nécessaires à cet égard doit être déterminée au cas par cas et dépend des circonstances concrètes. Dans le cas de personnes morales ou de sociétés de personnes généralement connues, telles que la Croix-Rouge Suisse ou la Fondation suisse pour paraplégiques, il est notoire qu'elles poursuivent un but idéal. Dans de tels cas, la banque peut donc se limiter, par analogie avec l'art. 17 CDB 20, à établir une note au dossier comme quoi le but idéal est connu de tous. Dans d'autres cas, un extrait d'un registre d'une autorité de surveillance étatique ou un label de qualité ou un certificat correspondant délivré par un organisme de certification privé renommé (par exemple, le certificat ZEWO) devrait généralement suffire. Toutefois, en fonction des circonstances concrètes, des clarifications approfondies peuvent également être nécessaires, par exemple dans le cas d'un cocontractant dont le siège est à l'étranger.

2.2. Relations commerciales avec des sociétés simples

La CDB contient diverses dispositions spéciales relatives à l'ouverture de relations d'affaires avec des sociétés simples³², tant en ce qui concerne l'obligation d'identifier le cocontractant que celle d'identifier les détenteurs du contrôle et les ayants droit économiques. Dans une décision récente, la Commission de surveillance a eu l'occasion de se pencher sur l'art. 34 CDB 20 et les obligations de diligence qui en découlent en matière d'identification de l'ayant droit économique dans le cadre d'une relation d'affaires avec une société simple.

²⁹ Où l'absence de référence au pays à risque est explicitement mentionnée.

³⁰ C'était déjà le cas dans les Leading Cases de la Commission de surveillance CDB du 1er juillet 2019 au 31 décembre 2019, let. D, ch. 3, disponibles sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent.

³¹ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 481, n°22.

³² Une société simple est une communauté de personnes dépourvue de personnalité juridique propre. Elle n'est pas une personne morale et n'est pas non plus titulaire de droits et d'obligations propres. Dans le cas d'une relation d'affaires au nom d'une société simple, ce n'est donc pas la société simple qui est la cocontractante de la banque. Les cocontractants sont plutôt tous les membres de la société simple (cf. pour une définition détaillée de la société simple en général et des relations d'affaires avec des sociétés simples en particulier, Dominik Eichenberger, *Einfache Regeln für einfache Gesellschaften? – Die Sorgfaltspflichten gemäss VSB 20 bei Geschäftsbeziehungen mit einfachen Gesellschaften*, in *Revue suisse du droit des sociétés et des marchés financiers* ainsi que des restructurations [GesKR] 2023, p. 61 ss). Si, pour des raisons de simplicité, il est néanmoins question de „relations d'affaires avec une société simple“ ou similaire, cela désigne toujours des relations d'affaires avec plusieurs personnes (physiques et/ou morales) qui se sont regroupées afin de former une société simple.

2.2.1. Obligation d'identifier l'ayant droit économique dans le cas de sociétés simples en général

[538/9] Conformément aux art. 27 ss CDB 20, les banques sont tenues, lors de l'établissement d'une relation d'affaires, d'exiger de leur cocontractant une déclaration indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales sont en principe des personnes physiques (art. 27 al. 2 CDB 20). L'art. 34 CDB 20 prévoit toutefois certaines simplifications pour l'identification des ayants droit économiques dans le cas de relations d'affaires avec des sociétés simples.

2.2.1.1. Identification de l'ayant droit économique selon l'art. 34 al. 1 CDB 20

[538/10] Conformément à l'art. 34 al. 1 CDB 20, il n'est pas nécessaire, dans le cadre d'une relation d'affaires avec les associés d'une société simple, d'obtenir une déclaration sur les ayants droit économiques si les associés sont eux-mêmes les ayants droit économiques, si l'identification des associés a été effectuée conformément à l'art. 16 al. 1 let. a CDB 20 et si leur qualité d'ayants droits de la société simple est consignée par écrit.

L'obligation d'identifier l'ayant droit économique est certes allégée par l'art. 34 al. 1 CDB 20, mais elle n'est pas supprimée : au lieu d'obtenir une déclaration écrite du cocontractant au moyen du formulaire A indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, il suffit que la banque consigne par écrit la qualité d'ayant droit économique, par exemple dans une note au dossier. Une procédure conformément à l'art. 34 al. 1 CDB 20 n'est cependant suffisante que si et dans la mesure où les ayants droit économiques, c'est-à-dire les membres de la société simple, sont exclusivement des personnes physiques. En effet, des personnes physiques doivent en principe être identifiées comme ayants droit économiques (cf. art. 27 al. 2 CDB 20). Si, en revanche, les membres de la société simple sont des personnes morales ou des sociétés de personnes, la banque doit en outre identifier les personnes physiques qui se trouvent derrière la personne morale ou la société de personnes, c'est-à-dire qu'elle doit se procurer le formulaire correspondant (formulaire K dans le cas d'une personne morale ou d'une société de personnes exerçant une activité opérationnelle ou formulaire A dans le cas d'une société de domicile).³³

2.2.1.2. Identification de l'ayant droit économique selon l'art. 34 al. 2 CDB 20

[538/10] S'agissant de sociétés simples comptant plus de quatre associés et qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens, ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, l'art. 34 al. 2 CDB 20 n'exige pas l'identification de l'ayant droit économique pour autant que ces

³³ Cf. Dominik Eichenberger, Einfache Regeln für einfache Gesellschaften? – Die Sorgfaltspflichten gemäss VSB 20 bei Geschäftsbeziehungen mit einfachen Gesellschaften, in GesKR 2023, p. 68.

sociétés s'en tiennent exclusivement aux buts précités et ne présentent pas de lien reconnaissable avec des pays à risque accru.

2.2.1.3. Identification de l'ayant droit économique selon l'art. 34 al. 3 CDB 20

[538/10] Si la société simple déclare détenir les avoirs déposés auprès de la banque pour le compte d'un tiers déterminé, il y a lieu d'identifier ce tiers comme ayant droit économique conformément à l'art. 28 al. 1 CDB 20, en application de l'art. 34 al. 3 CDB 20. La disposition de l'art. 34 al. 3 CDB 20 ne fait toutefois que répéter la règle générale de l'art. 28 al. 1 CDB 20, selon laquelle une déclaration écrite doit être obtenue au moyen du formulaire A lorsque le cocontractant déclare qu'un tiers est l'ayant droit économique. L'art. 34 al. 3 CDB 20 n'a donc pas de portée autonome.³⁴

2.2.2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique dans les sociétés simples composées de personnes morales ou de sociétés de personnes

[538/14] Si les membres d'une société simple sont des personnes morales ou des sociétés de personnes, une procédure en deux étapes³⁵ est nécessaire³⁶ pour identifier l'ayant droit économique.³⁷

- Dans un premier temps, l'ayant droit économique doit être identifié au niveau de la société simple. À cette fin, la banque doit, au niveau de la société simple, soit obtenir une déclaration au sujet des ayants droit économiques à l'aide du formulaire A (art. 27 al. 1 CDB 20 en relation avec l'art. 28 CDB 20) soit vérifier et, le cas échéant, consigner par écrit (par exemple dans une note au dossier), que les personnes associées sont elles-mêmes les ayants droit économiques (art. 34 al. 1 CDB 20).
- Dans un deuxième temps, il convient d'identifier les personnes physiques qui se trouvent derrière les associées. La banque doit donc également demander, au niveau des associées, soit un formulaire K – si l'associée exerce une activité opérationnelle – soit un formulaire A (ou un formulaire S ou T) – si l'associée est une société de domicile (ou une fondation ou un trust).³⁸

³⁴ Cf. également Dominik Eichenberger, Einfache Regeln für einfache Gesellschaften? – Die Sorgfaltspflichten gemäss VSB 20 bei Geschäftsbeziehungen mit einfachen Gesellschaften, in GesKR 2023, p. 69 ss.

³⁵ Cf. ch. 2.2.1.1 ci-dessus.

³⁶ Sauf si, à titre exceptionnel, il est possible de renoncer à l'identification de l'ayant droit économique en vertu de l'art. 34 al. 2 CDB 20 (cf. à ce sujet le ch. 2.2.1.2 ci-dessus).

³⁷ En effet, selon l'art. 27 al. 2 CDB 20, des personnes physiques doivent en principe être identifiées comme ayants droit économiques.

³⁸ Cf. également les Leading Cases de la Commission de surveillance CDB pour la période du 1er juillet 2022 au 31 décembre 2022, let. C, ch. 3.1, disponibles sous www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung ; Commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 34, p. 49 ; Dominik Eichenberger, Einfache Regeln für einfache Gesellschaften? – Die Sorgfaltspflichten gemäss VSB 20 bei Geschäftsbeziehungen mit einfachen Gesellschaften, in GesKR 2023, p. 68.

Dans le cas examiné par la Commission de surveillance, la banque avait ouvert une relation d'affaires avec une société simple composée de deux personnes morales suisses (X Sàrl et Y Sàrl) et elle avait obtenu un formulaire A dans lequel X Sàrl (société de domicile) et Y Sàrl (société opérationnelle) étaient désignées comme ayants droit économiques. La banque a toutefois omis d'identifier, au moyen du formulaire A, les ayants droit économiques de la société de domicile X Sàrl et, au moyen du formulaire K, les détenteurs du contrôle de la société opérationnelle Y Sàrl. La banque a ainsi manqué à son obligation d'identifier l'ayant droit économique lors de l'ouverture de la relation d'affaires avec la société simple.

2.3. Remplissage préalable du formulaire A par la banque

[548/8] Selon le Commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), il est certes admissible qu'un employé de banque prépare le formulaire A ou le complète sur instruction du cocontractant.³⁹ Cela ne vaut toutefois que si le collaborateur de la banque prépare le formulaire A de manière correcte.

3. Obligations en matière de documentation

[555/10] Une banque avait ouvert plusieurs relations d'affaires par voie numérique au moyen d'une identification en ligne, sans verser au dossier ni conserver les documents nécessaires à l'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique. La procédure d'enquête a montré que le prestataire externe auquel la banque avait fait appel pour l'identification en ligne avait bien obtenu les documents correspondants. Cependant, contrairement à une instruction interne correspondante, les employés de banque responsables avaient omis dans certains cas de transférer du prestataire externe vers le système de la banque les documents d'ouverture et d'identification et de vérifier ensuite si la transmission des documents avait bien abouti. Cela a eu pour conséquence que les documents d'ouverture et d'identification précédemment collectés par le prestataire externe ont été définitivement supprimés sans avoir été préalablement transférés dans le système de la banque. La banque a ainsi manqué à ses obligations de documentation et de mise en sûreté conformément aux art. 44 ss CDB 20.

D. SANCTIONS

1. [538/60] Le fait qu'une banque ait enfreint sans exception les règles de diligence au sujet d'une certaine catégorie de cocontractants⁴⁰ laisse supposer des lacunes organisationnelles. En effet, le respect de la CDB

³⁹ Cf. Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20) concernant l'art. 28 CDB 20, p. 47.

⁴⁰ Concrètement, la banque n'avait correctement identifié les ayants droit économiques dans aucune des relations d'affaires ouvertes avec des sociétés simples au cours des cinq dernières années.

n'était manifestement pas garanti pour une catégorie de clients. Cette faute organisationnelle a eu pour effet d'aggraver la sanction.

2. [555/13] Une banque a pu prouver que l'omission de mettre en sûreté les documents d'ouverture de compte et d'identification⁴¹ était due à des erreurs humaines. Les relations d'affaires concernées avaient été traitées ou approuvées par différents collaborateurs et aucun schéma particulier n'a pu être identifié. La Commission de surveillance a certes reconnu que le comportement des collaborateurs responsables pouvait être qualifié uniquement de négligent. Néanmoins, il peut être reproché à la banque d'avoir mis en place un „Onboarding Digital“ dans lequel la transmission à la banque des documents d'identification prélevés par le prestataire externe dépendait d'un téléchargement manuel des documents, alors que la vérification de la transmission et de l'archivage avec succès ne se faisait encore une fois que manuellement. Avec une telle configuration basée uniquement sur des opérations manuelles, il fallait s'attendre à des erreurs (humaines). La banque doit donc être tenue pour responsable d'une faute d'organisation.

Berne, mars 2026

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance CDB

⁴¹ Il s'agit de la violation multiple des obligations de documentation dans le cadre de l'identification en ligne des clients, décrite ci-dessus à la let. C ch. 3.

Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques

(du 1er janvier au 30 juin 2026)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. En application de cette disposition,¹ la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet depuis l'adoption de la CDB en 1977 (CDB 77). Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, publie régulièrement, depuis l'année 2017, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1er janvier au 30 juin 2026.

B. QUESTIONS DE PROCEDURE

1. Compétence de la Commission de surveillance en matière de maisons de titres

[577/2] Conformément à l'art. 1 al. 1 CDB 20, celle-ci s'applique non seulement aux banques, mais aussi aux négociants en valeurs mobilières. Le terme „négociant en valeurs mobilières“ provient de la loi sur les bourses de 1995.⁴ La loi sur les bourses a été abrogée le 1er janvier 2020 avec l'entrée en vigueur de la loi sur les établissements financiers.⁵ L'ancienne catégorie des négociants en valeurs mobilières au sens de l'art. 2 let. d LBVM correspond à celle des maisons de titres au sens de l'art. 41 LEFin. La Commission de surveillance est

¹ Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

² Le Rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swiss-banking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire n°8155 de l'ASB du 23.03.2026 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2025.

⁴ Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM, RS 954.1) ; en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019.

⁵ Loi fédérale sur les établissements financiers du 15 juin 2018 (LEFin, RS 954.1).

donc compétente pour enquêter et sanctionner d'éventuelles violations de la CDB commises par une maison de titres au sens de la LEFin.⁶

2. Aveu de la banque

[551/5] A teneur de l'art. 2 al. 2 du Règlement de procédure du 14 mars 2019, les dispositions de procédure de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA)⁷ sont applicables par analogie dans la mesure où elles ne sont pas contraires à la CDB ou à ce règlement. Les renseignements fournis par les parties constituent un moyen de preuve en vertu de l'art. 12 let. b PA.⁸

L'aveu judiciaire, c'est-à-dire la déclaration que la partie, son avocat ou son représentant légal émet dans le procès, fait en principe foi contre son auteur.⁹ L'autorité peut partir du principe que les informations fournies par l'administré correspondent à la réalité.¹⁰

Dans le cas soumis à la Commission de surveillance, la banque a toujours été représentée par ses avocats. C'est par la plume de ses avocats que la banque a formulé son autodénonciation et qu'elle a répondu aux questions de la Chargée d'enquête. Les mandataires de la banque ont aussi formulé l'opposition à l'extension de l'enquête. Enfin c'est par des échanges de courriels que les avocats de la banque et la Chargée d'enquête se sont entendus sur le périmètre de l'élargissement de l'enquête. L'ensemble des déclarations faites par les avocats de la banque faisaient ainsi foi à l'encontre de la banque et la Commission de surveillance pouvait partir du principe que les informations fournies par la banque par le biais de ses conseils correspondaient à la réalité.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation d'identifier le cocontractant

1.1. Renonciation à la vérification de l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires

[551/11] Conformément à l'art. 15 al. 5 CDB 20, il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle vérification de l'identité de la personne qui établit une relation d'affaires si celle-ci a déjà été effectuée dans le cadre d'une relation d'affaires existante. L'art. 4 al. 3 CDB 20 stipule en outre qu'une personne, dont l'identité a été correctement vérifiée dans le cadre d'une relation d'affaires existante, établit d'autres relations d'affaires, il n'y a pas lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de son identité. L'art. 15 al. 5 CDB 20 repose donc sur les mêmes principes que l'art. 4 al. 3 CDB 20. Lorsqu'une personne, dont l'identité a déjà été correctement vérifiée dans le cadre d'une

⁶ À condition que la maison de titres concernée se soit soumise, par l'adhésion à la CDB, aux dispositions relatives à l'audit et à la procédure de la CDB 20.

⁷ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021).

⁸ Cf. également l'art. 8 du règlement d'enquête du 16 décembre 2019.

⁹ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_186/2007 du 24 août 2007, consid. 3.1.

¹⁰ ATF 132 II 113, consid. 3.2.

relation d'affaires existante, étend ses relations d'affaires avec la banque, il n'y a pas lieu de procéder une nouvelle fois à la vérification de son identité conformément au commentaire de l'ASB sur la CDB 20.¹¹ La Commission de surveillance a donc constaté, dans une décision récente, que le principe énoncé à l'art. 4 al. 3 CDB 20, selon lequel une personne qui a déjà été correctement identifiée dans le cadre d'une relation d'affaires existante ne doit pas faire l'objet d'une nouvelle identification lorsqu'elle établit d'autres relations d'affaires, s'applique également à la vérification de l'identité des personnes qui établissent la relation d'affaires au sens de l'art. 15 CDB 20. Si une personne qui a déjà été identifiée dans le cadre d'une relation existante intervient en tant que personne qui établit une nouvelle relation d'affaires, il est donc possible de renoncer à la vérification de son identité.¹²

1.2. Obligation d'identification des clients connus personnellement

[551/20] La Commission de surveillance a dû examiner l'argument d'une banque qui faisait valoir que le titulaire du compte appartenait au cercle familial qui contrôle la banque, et qu'il était président de son conseil d'administration, de sorte que l'identité du cocontractant concerné était alors „*parfaitement connu*“ et qu'il n'y avait donc „*aucune lacune en matière d'identification des titulaires*“. Elle a estimé que cette allégation témoignait d'une méconnaissance fondamentale ou alors d'un mépris de la CDB 20, qui ne prévoit d'exception ni pour des membres du conseil d'administration ni pour des membres de la famille propriétaire d'une banque. Bien au contraire, selon l'art. 1 al. 3 CDB 20, les dispositions de la CDB 20 s'appliquent „*sans réserve*“ à tous les comptes, livrets, dépôts et compartiments de coffre-fort désignés par un numéro ou un code. Si le ch. 9 de la disposition d'exécution à l'art. 2 CDB 98 prévoyait encore que les personnes connues personnellement de la banque ne sont pas tenues de présenter une pièce d'identité, cette exception à l'obligation d'identification du cocontractant a été supprimée par l'art. 2 CDB 03. De plus, la Commission de surveillance avait déjà écarté par le passé l'objection d'une banque selon laquelle la direction et le conseil d'administration connaissaient personnellement le client puisque les règles de diligence exigent non seulement que la banque connaisse le cocontractant et l'ayant droit économique mais qu'elle documente ces informations de manière à pouvoir en justifier, en versant au dossier les documents et formulaires nécessaires.¹³

2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

2.1. Identification des ayants droit économiques dans le cas des comptes à rubriques

[552/22] Une banque entretenait une relation d'affaires avec une société de domicile étrangère (A Ltd.). Au cours de cette relation d'affaires, la banque a ouvert plusieurs sous-comptes respectivement des rubriques internes

¹¹ Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 4 CDB 20, p. 12.
¹² À condition que l'identification antérieure ait été effectuée correctement, que la relation d'affaires antérieure ait encore existé au moment de l'ouverture de la nouvelle relation d'affaires et que la banque ait rempli ses obligations de documentation à cet égard (cf. à ce sujet les Leading Cases de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques couvrant la période du 1er juillet au 31 décembre 2025, let. C, ch. 1, disponibles sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent).

¹³ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2005 à 2010, RSDA 1/2011, p. 54.

distincts pour A Ltd. Ces comptes ouverts a posteriori portaient la rubrique respectivement la dénomination de différentes autres sociétés (rubrique „B Ltd.“, rubrique „C. Ltd.“ et rubrique „D. Ltd.“).

La Commission de surveillance a confirmé sa pratique constante et de longue date concernant la détermination des ayants droit économiques pour les sous-comptes ou comptes à rubriques.¹⁴ Dans le cas présent (où plusieurs comptes avaient été ouverts sous différentes rubriques, au nom d'autres sociétés), il existait des indices clairs laissant supposer l'existence de différents ayants droit économiques. Lors de l'ouverture des comptes de rubriques avec des dénominations „B Ltd.“, „C Ltd.“ et „D Ltd.“, il paraît presque évident que les avoirs placés sur ces comptes correspondaient à des fonds des sociétés concernées (B Ltd., C Ltd. et D Ltd.). La banque aurait donc dû se procurer un formulaire A (ou, le cas échéant, un formulaire K) distinct pour chaque compte de rubrique, et elle n'aurait pas dû se contenter du formulaire A obtenu pour la relation d'affaires principale – même s'il s'avérait par la suite que l'ayant droit économique sur le compte principal et sur le compte rubrique était la même.¹⁵

2.2. Détermination de l'ayant droit économique d'une „Underlying Company“ d'une fondation ou d'un trust

[568/8] Conformément à l'art. 39 al. 1 CDB 20, en ce qui concerne les sociétés de domicile et sous réserve de l'art. 39 al. 4 CDB 20 ainsi que des art. 40 et 41 CDB 20, la banque est tenue de se faire remettre par le contractant, au moyen d'un formulaire A, une déclaration indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Sont en principe considérées comme des sociétés de domicile au sens de la CDB 20 toutes les personnes morales suisses ou étrangères, sociétés, établissements, fondations, trusts, entreprises fiduciaires et constructions semblables, qui n'exercent pas d'activité opérationnelle (art. 39 al. 2 CDB 20). Dans le cas des sociétés de domicile, tous les ayants droit économiques doivent toujours être identifiés.¹⁶

Si une société de domicile, en tant que partie contractante, déclare détenir, en tant que „société sous-jacente“ (*Underlying Company*), des avoirs pour le compte d'une fondation ou d'un trust, elle doit être identifiée en tant que partie contractante. Dans ce cas, l'ayant droit économique doit être identifié directement au moyen du formulaire S ou T.¹⁷ Les données requises concernant la fondation doivent être fournies par le cocontractant au moyen du formulaire S (ou d'une déclaration écrite équivalente) (art. 40 al. 1 CDB 20). Les données requises concernant le trust doivent être fournies par le cocontractant au moyen du formulaire T (ou d'une déclaration écrite équivalente) (art. 41 CDB 20).

¹⁴ Cf. Georg Friedli, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB de 2005 à 2010, RSDA 2005, p. 248.

¹⁵ Cf. Kathrin Heim/Tamara Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 50 relative à l'art. 27 al. 1 CDB 20.

¹⁶ Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 39 CDB 20, p. 60.

¹⁷ Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 40/41 CDB 20, p. 63.

2.3. Données requises selon le formulaire T

[551/12] Les données requises concernant le trust doivent être fournies par le cocontractant au moyen d'une déclaration écrite ou du formulaire T. La déclaration doit avoir un contenu équivalent à celui du formulaire type. Comme l'indique le commentaire de l'ASB sur la CDB 20, la personne qui apporte des valeurs patrimoniales à la structure concernée en transférant son patrimoine (ou une partie de celui-ci) doit être identifiée comme le constituant effectif du trust („settlor“).¹⁸ Au chiffre 2 du formulaire T, il convient d'indiquer le nom, le prénom, la date de naissance, la nationalité, l'adresse de résidence effective et, le cas échéant, la date de décès du settlor effectif. Selon la jurisprudence constante de la Commission de surveillance, un formulaire T incomplet ne satisfait pas aux exigences de la CDB.

Les bénéficiaires du trust doivent également être identifiés. Selon le commentaire de l'ASB sur la CDB 20, il s'agit de *„toutes les personnes qui, à la date de signature du formulaire S ou T, ont des droits sur la fortune de la fondation ou du trust ou sur ses revenus, que ces droits soient fixes ou que les distributions aux bénéficiaires relèvent de la libre appréciation du conseil de fondation ou du trustee (bénéficiaires dits „discrétionnaires“). Sont également des bénéficiaires toutes les personnes qui ont déjà bénéficié de distributions et ne sont pas exclues d'autres distributions“*. Il convient toutefois de mentionner que seul le groupe de bénéficiaires doit être indiqué lorsque le groupe actuel de bénéficiaires comprend plus de 20 bénéficiaires individuellement identifiables sans droit fixe à des distributions. Les bénéficiaires disposant d'un droit inconditionnel à des distributions doivent en revanche être désignés nommément et l'exception susmentionnée ne s'applique pas.¹⁹

3. Délégation

3.1. Délégation de l'obligation de documentation et de mise en sûreté

[539/26] Conformément à l'article 44 CDB 20, la banque doit s'assurer de disposer des documents nécessaires à l'identification du cocontractant, à la détermination du détenteur du contrôle et à l'identification de l'ayant droit économique, et les conserver. L'objectif de cette disposition est de permettre à des tiers compétents, notamment les services d'audit interne et externe, de se faire une idée précise de l'identification effectuée de la partie contractante ainsi que de l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique.²⁰ Les obligations de documentation et de mise en sûreté servent également à pouvoir répondre à d'éventuelles demandes de renseignements et de saisie émanant des autorités de poursuite pénale.²¹

¹⁸ Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 40/41 CDB 20, p. 61.

¹⁹ Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 40/41 CDB 20, p. 61 ss.

²⁰ C'est ce que prévoyait, de manière explicite, le ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 03 et le ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 03 ; cf. également l'art. 7 al. 1 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0).

²¹ Cf. Kathrin Heim/Tamara Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 2 relative à l'art. 44 al. 1 CDB 20 ; cf. également l'art. 7 al. 2 LBA.

Alors que les obligations d'identification du cocontractant, de détermination du détenteur du contrôle ainsi que d'identification de l'ayant droit économique peuvent incontestablement être déléguées,²² la possibilité de déléguer à un tiers le respect des obligations de documentation et de mise en sûreté, et notamment l'obligation de conserver les documents d'identification, n'est en revanche pas prévue par la CDB 20. Dans le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent,²³ les exigences relatives à la conservation des documents sont notamment régies par l'art. 7 LBA en liaison avec l'art. 74 OBA-FINMA.²⁴ Il est ainsi reconnu que la conservation des pièces justificatives et des documents générés par l'intermédiaire financier dans le cadre de l'exécution de son obligation de documentation peut être externalisée à des tiers.²⁵ Il ne peut en être autrement dans le champ d'application de la CDB 20. Ainsi, l'archivage des documents à obtenir conformément à la CDB 20 peut en principe être délégué à des tiers dans le cadre des obligations habituelles liées à une délégation (notamment au sujet de la sélection, l'instruction et la surveillance). Une délégation de l'obligation de conservation ne doit toutefois pas avoir pour conséquence de retarder l'accès aux documents ou de renvoyer une autorité requérante vers un tiers. Une banque ne peut donc déléguer la conservation des documents d'identification à un tiers que si elle peut (continuer à) accéder à ces documents dans la même mesure et avec la même disponibilité que si elle les archivait en interne. En d'autres termes, la condition préalable est que les documents d'identification puissent être „consultés à tout moment“ par la banque.²⁶ Les exigences de la CDB 20 ne seraient en revanche pas satisfaites si la banque devait à chaque fois demander au tiers externe de lui transmettre les documents d'identification.

La banque doit en outre s'assurer (au moyen de dispositions contractuelles et/ou techniques appropriées) que l'accès aux documents reste garanti même en cas de difficultés chez le tiers externe (par exemple, insolvabilité, perturbations opérationnelles, etc.). La Commission de surveillance n'avait cependant pas à se prononcer sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, une telle délégation de la conservation des documents obtenus devait encore satisfaire à d'autres exigences (par exemple la circulaire FINMA 2018/3 „Outsourcing“ ou les dispositions de la loi sur la protection des données²⁷).

En résumé, la Commission de surveillance a donc constaté que les obligations de documentation et de mise en sûreté prévues à l'art. 44 CDB 20 peuvent être déléguées à un tiers externe, pour autant que les conditions à respecter en cas de délégation des obligations de diligence soient remplies. Une délégation des obligations de documentation et de mise en sûreté conforme à la CDB présuppose notamment que la banque puisse accéder à tout moment aux documents conservés chez le tiers. En revanche, si la banque doit demander les documents

²² Cf. art. 43 CDB 20.

²³ Loi fédérale du 10 octobre 1997 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0).

²⁴ Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 3 juin 2015 (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA, RS 955.033.0).

²⁵ Cf. par exemple BSK LBA-Lötscher/Sievi, art. 7, n° 17 ; Thomas Müller, dans : Peter V. Kunz / Thomas Jutzi / Simon Schären (éd.), Loi sur le blanchiment d'argent (LBA), Berne 2017, art. 7, n° 31 ; Ralph Wyss, dans : GwG Kommentar/AML Commentar, Loi suisse sur le blanchiment d'argent et autres actes législatifs/Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws, 3e éd., Zurich 2019, art. 7, n° 9.

²⁶ C'est ce qu'affirme explicitement Werner de Capitani dans : Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, vol. 2, Zurich 2001, art. 7 LBA, n° 14.

²⁷ Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (Loi sur la protection des données, LPD : RS 235.1).

d'identification archivés chez le tiers externe et se les faire envoyer, cela ne satisfait pas aux exigences de la CDB 20.²⁸

3.2. Transmission des documents d'identification à la banque

[539/27] Conformément à l'art. 43 al. 2 CDB 20, le délégataire doit transmettre à la banque les documents de vérification de l'identité du cocontractant et, le cas échéant, les documents d'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique.²⁹ L'obligation de transmettre les documents de vérification de l'identité sert, d'une part, à remplir l'obligation de contrôle qui découle de l'art. 43 al. 1 let. b de la CDB 20 : la banque doit (pouvoir) vérifier si la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique sont correctement effectuées, ce qui n'est possible qu'en examinant les documents recueillis par le délégué. Selon le commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur la CDB 20, ce contrôle peut être effectué dès la réception des documents de vérification de l'identité recueillis par le délégataire. Un contrôle sur place n'est pas obligatoire.³⁰ D'autre part, la transmission des documents de vérification de l'identité par le délégataire à la banque, requise en cas de délégation des obligations d'identification et de vérification, s'inscrit dans le cadre des obligations de documentation et de mise en sûreté prévues à l'art. 44 CDB 20 : étant donné que la délégation des obligations d'identification et de vérification à un tiers ne doit pas avoir pour conséquence de retarder l'accès aux documents, ni a fortiori de renvoyer les autorités de poursuite pénale vers un tiers,³¹ le délégataire doit transmettre à la banque les documents de vérification de l'identité qu'il a recueillis.

Selon le libellé de l'art. 43 al. 2 CDB 20 („*doit remettre*“), un accès direct (électronique) aux documents d'identification conservés chez le délégué ne saurait, en principe, se substituer à l'obligation déontologique de se faire transmettre les documents de vérification de l'identité recueillis par le délégué. Toutefois, selon une interprétation contemporaine de l'art. 43 al. 2 CDB 20, l'existence d'un accès immédiat et direct de la banque aux documents conservés par le délégué peut être assimilée à la transmission de ces documents par le délégué à la banque. Par ailleurs, il serait aussi contradictoire, au regard de l'obligation de transmission des documents au sens de l'article 43 al. 2 CDB 20, de qualifier d'insuffisant l'accès direct aux documents d'identification conservés par le délégataire, alors que, parallèlement, la possibilité d'un accès direct est jugée admissible au regard de l'obligation de conservation des documents de vérification de l'identité au sens de l'art. 44 CDB 20³². S'il est possible – sous réserve du respect des conditions susmentionnées – de déléguer à un tiers non seulement les obligations proprement dites d'identification et de vérification, mais aussi la *conservation* des documents obtenus dans ce cadre,

²⁸ La décision de la Commission de surveillance reposait sur les faits suivants : dans le cadre de la procédure d'onboarding numérique des clients, une banque avait non seulement délégué à un tiers externe l'identification du cocontractant et la détermination des ayants droit économiques, mais également l'archivage et la conservation des documents nécessaires à l'identification du cocontractant et à la détermination des ayants droit économiques. La banque avait toutefois la possibilité, via une interface API appropriée, de consulter à tout moment, directement et en temps réel, les documents de vérification de l'identité se trouvant sur les serveurs du tiers externe et (si nécessaire) de les télécharger. La Commission de surveillance a estimé que cette situation était conforme à la CDB.

²⁹ Il doit également confirmer que les copies remises sont conformes aux originaux.

³⁰ Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 43 CDB 20, p. 66.

³¹ Cf. à ce sujet le ch. 3.1 ci-dessus.

³² Cf. à ce sujet le ch. 3.1 ci-dessus.

il serait alors d'un formalisme excessif d'exiger que le délégataire transmette d'abord les documents de vérification de l'identité à la banque, uniquement pour que ces documents soient ensuite renvoyés au délégataire et archivés par celui-ci. Cela ne vaut toutefois, comme mentionné, que si la banque peut à tout moment accéder directement aux documents de vérification de l'identité conservés chez le délégataire, de sorte que la banque dispose, en matière de disponibilité et d'accès, des mêmes possibilités que si les documents d'identification lui avaient été transmis. Si ces conditions sont remplies, l'octroi à la banque d'un accès aux documents de vérification de l'identité obtenus par le délégataire équivaut à la transmission de ces documents au sens de l'art. 43 al. 2 CDB 20.

3.3. Confirmation de la conformité des copies transmises avec les originaux

[539/28] Conformément à l'art. 43 al. 2 CDB 20, le délégataire doit non seulement transmettre à la banque les documents de vérification de l'identité qu'il a recueillis,³³ mais il doit en outre „*confirmer que les copies remises sont conformes aux originaux*“. Cette obligation de confirmation ne peut toutefois s'appliquer qu'aux procédures d'ouverture dans le cadre desquelles des documents originaux (physiques) sont recueillis. Si le délégataire se contente (de façon légitime) de recueillir des photocopies ou des copies électroniques des documents d'identité, il lui est alors tout à fait impossible de fournir une attestation au sens de l'art. 43 al. 2 CDB 20, car il ne dispose pas des documents originaux. Une attestation de la conformité des copies avec les originaux au sens de l'art. 43 al. 2 CDB 20 n'est donc requise qu'en ce qui concerne les documents originaux physiques. Si seules des photocopies ou des copies électroniques de documents d'identité sont collectées (de manière licite), aucune attestation (d'authenticité) correspondante n'est donc exigée de la part du délégataire.

4. Obligation en matière de documentation

4.1. Absence d'archivage des documents d'identité

[565/10] Une banque avait certes, en principe, identifié ses cocontractants dans le cadre de l'identification en ligne. Elle a toutefois omis d'archiver les documents d'identification collectés.³⁴ Une restauration ultérieure des données n'était plus possible, puisque celles-ci avaient été automatiquement supprimées au bout de 30 jours. La banque a ainsi enfreint les obligations de conservation et de documentation au sens des art. 44 ss CDB 20.

³³ Ou bien accorder à la banque un accès direct et immédiat aux documents de vérification de l'identité qu'il a recueillis et archivés chez lui (cf. à ce sujet le ch. 3.1 ci-dessus).

³⁴ La cause de ce manquement résidait dans une adaptation technique du processus effectuée par le prestataire externe de la banque, qui a eu pour conséquence qu'une étape supplémentaire était désormais nécessaire pour l'archivage des documents d'identification collectés. La banque n'ayant pas été informée par le prestataire externe de cette modification du processus, elle a omis d'effectuer cette étape supplémentaire, ce qui a eu pour conséquence que les documents d'identification n'ont pas été archivés pour plus de 130 relations d'affaires ouvertes par le biais de l'identification en ligne.

4.2. Date de respect des obligations de documentation

[539/31] Conformément à l'art. 45 al. 1 CDB, avant qu'un compte ne puisse être utilisé, tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que pour l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique doivent avoir été obtenus dans leur intégralité et sous la forme voulue. En vertu de l'art. 45 al. 3 et 4 CDB 20, il peut être admissible d'ouvrir une relation d'affaires même en l'absence de documentation complète, pour autant que les données et/ou documents manquants soient fournis dans un délai de 30 jours suivant l'ouverture du compte (ou que le compte soit bloqué si les données et/ou documents manquants ne peuvent être fournis). Il n'est toutefois possible de se prévaloir de l'art. 45 al. 3 et 4 CDB 20 que s'il s'agit d'une exception („À titre exceptionnel [...], un compte peut être utilisé [...]"). L'art. 45 al. 3 CDB 20 présuppose en outre que „quelques données et/ou documents seulement“ manquent. Ne relèvent donc de la dérogation prévue à l'art. 45 CDB 20 que les relations d'affaires pour lesquelles la documentation est incomplète ou pour lesquelles les documents d'identification disponibles sont insuffisants. En revanche, si aucun document d'identification n'est disponible, il n'est pas possible de se prévaloir de l'art. 45 CDB 20.³⁵ Une utilisation exceptionnelle du compte avant l'identification complète n'est en outre autorisée que si le déroulement normal des affaires l'exige et si l'application de cette disposition dérogatoire apparaît appropriée au vu d'une analyse basée sur les risques. La banque doit consigner dans son dossier le résultat de son évaluation quant à la nécessité et au bien-fondé de l'application de l'art. 45 al. 3 CDB 20.³⁶

5. Obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence

5.1. Réception d'un organigramme avec la structure de participation

[552/24] À l'occasion de l'établissement d'une relation d'affaires avec une société de domicile, une banque avait obtenu un formulaire A désignant une personne physique comme seul ayant droit économique. Si, par la suite, au cours de la relation d'affaires, la banque reçoit un organigramme qui présente la structure de participation, selon lequel les actions de la société de domicile ne sont détenues qu'à hauteur de 50% par la personne mentionnée dans le formulaire A et à hauteur de 50% par un trust, cela constitue une constatation insolite qui nécessite la répétition de la procédure de vérification de l'ayant droit économique et, en ce qui concerne le trust, l'obtention d'un formulaire T ou une déclaration écrite équivalente conformément à l'art. 41 CDB 20 .

5.2. Vente des actions d'une société de domicile

[552/25] Si, au cours d'une relation d'affaires avec une société de domicile, la banque apprend que l'ayant droit économique mentionné dans le formulaire A a cédé à un tiers une partie substantielle, voire (comme dans le cas

³⁵ Cf. également „Leading Cases" de la Commission de surveillance CDB pour la période du 1er janvier au 30 juin 2018, let. B, ch. 2.2, disponible sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent.

³⁶ Cf. également „Leading Cases" de la Commission de surveillance CDB pour la période du 1er janvier au 30 juin 2023, let. C, ch. 4.4, disponibles sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent.

présent) la totalité de ses actions dans la société de domicile, cela constitue manifestement une constatation insolite qui exige la répétition de la procédure de vérification de l'ayant droit économique.

D. SANCTIONS

1. Cas bénins

1.1. Ouverture de compte sans archivage des documents d'identité

[565/12] Conformément à l'art. 63 CDB 20, dans les cas bénins, la procédure contre la banque fautive doit être suspendue sans prononcer de sanction. Le cas est bénin, notamment, lorsque le but de la Convention, c'est-à-dire la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique, a été atteint malgré des manquements de nature formelle.

Lorsqu'une banque établit et gère des relations d'affaires sans archiver aucun document d'identité, il ne s'agit pas d'un cas bénin. Le fait que la banque ait en principe identifié les cocontractants, mais qu'elle n'ait pas archivé les documents de vérification d'identité recueillis, en violation des obligations de mise en sûreté et de documentation,³⁷ n'y change rien. En effet, les règles déontologiques exigent non seulement que la banque connaisse et identifie les cocontractants, mais aussi qu'elle en conserve une trace documentée et vérifiable.³⁸ Les obligations de documentation et de mise en sûreté prévues aux art. 44 ss CDB 20 constituent une part essentielle de l'obligation d'identification du cocontractant. Dans ces circonstances, les violations des règles déontologiques reprochées à la banque ne peuvent manifestement plus être qualifiées de cas bénins.

1.2. Calcul du délai de 30 jours selon l'art. 63 let. e CDB 20

[565/12] Selon l'art. 63 let. e CDB 20, il s'agit d'un cas bénin lorsque certaines données et/ou certains documents font défaut ou lorsque des documents n'ont pas été fournis sous la forme voulue, que cela n'a été constaté qu'après l'ouverture du compte et qu'il y a été remédié dans un délai de 30 jours. Le délai de 30 jours pour corriger l'irrégularité n'est pas calculé à compter du moment où la banque a constaté l'insuffisance de la documentation. Est déterminante la date d'ouverture du compte au sens de l'art. 45 al. 2 CDB 20.³⁹ En effet, la disposition de l'art. 63 let. e CDB 20 doit être lue en liaison avec l'art. 45 al. 3 et 4 CDB 20.⁴⁰ Comme pour l'art. 45 CDB 20, l'art. 63 let. e CDB 20 vise également à obtenir les données et/ou documents manquants dans les meilleurs délais, afin qu'une relation dont la documentation est incomplète ne soit pas utilisée, ou en tout cas ne le soit que pendant

³⁷ Il s'agit du cas décrit au ch. 4.1 ci-dessus.

³⁸ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et pratique de la Commission de surveillance de la CDB de 2017 à 2021, RSDA 5/2022, point II/6, p. 475.

³⁹ Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 63 CDB 20, p. 76. Cf. également Kathrin Heim/Tamara Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 3 relative à l'art. 63 CDB 20.

⁴⁰ Cf. Kathrin Heim/Tamara Wettstein, op. cit., note 1 relative à l'art. 63 de la CDB 20.

une très courte période. Se fonder sur la date de constatation du manquement signifierait en revanche que le délai imparti pour y remédier n'expirerait qu'à une date nettement ultérieure.⁴¹

1.3. Quantité d'infractions aux règles déontologiques et manquements organisationnels

[565/13] La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence selon laquelle la notion de „cas bénin“ comporte également une composante quantitative.⁴² Dès lors que la banque concernée avait enfreint la CDB dans plus de 130 relations d'affaires, il n'était plus possible de considérer qu'il s'agissait d'un cas bénin. À cela s'ajoutait le fait que le grand nombre de violations similaires des règles déontologiques laissait également supposer une organisation déficiente. En cas de manquements systémiques ou organisationnelles, la qualification de „cas bénin“ est de toute façon exclue.⁴³

2. Responsabilité pour les manquements

2.1. Responsabilité pour les manquements d'un tiers mandaté

[565/16] Une banque n'avait pas archivé les documents d'identification relatifs aux relations d'affaires ouvertes par une identification en ligne. La Commission de surveillance a certes reconnu que cette violation de l'obligation de documentation et de mise en sûreté était imputable à une adaptation technique du processus, effectuée par son prestataire externe, dont la banque n'avait pas été informée.⁴⁴ Cela n'a toutefois pas suffi à disculper la banque. En effet, les banques restent dans tous les cas responsables de tout manquement à leurs obligations de diligence.⁴⁵ Les banques ne peuvent pas se disculper en invoquant le fait que la violation des règles déontologiques serait due à des négligences d'un tiers auquel elles ont fait appel.

À cela s'ajoute le fait que la banque a mis en place et exploité un processus d'onboarding numérique des clients sans s'assurer que les documents d'identité collectés à cette occasion étaient effectivement archivés correctement. Aucun contrôle de fond du processus d'ouverture de compte n'a été effectué, ce qui a conduit la banque à ne pas se rendre compte pendant une longue période que les documents d'identité n'étaient plus archivés à partir d'un certain moment. Avec un tel dispositif, qui ne prévoyait même pas de contrôle par sondage d'un nouveau processus de vérification de l'identité, il fallait s'attendre à des erreurs. L'argument de la banque selon lequel il

⁴¹ Cela est particulièrement apparu dans le cas examiné par la Commission de surveillance, dans lequel la banque n'avait procédé à une identification a posteriori que 18 mois après l'ouverture du compte. Lorsqu'une banque entretient une relation d'affaires pendant 18 mois sans disposer des documents d'identification requis dans ses dossiers, cela ne peut manifestement pas être qualifié de cas bénin.

⁴² Cf. „Leading Cases“ de la Commission de surveillance CDB pour la période du 1er juillet 2022 au 31 décembre 2022, let. D, ch. 1, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent ainsi que Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 495, N°78.

⁴³ Cf. Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 63 CDB 20, p. 76.

⁴⁴ Il s'agit du cas décrit au ch. 4.1 ci-dessus.

⁴⁵ Cf. Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation des banques (CDB 20), art. 43 CDB 20, p. 66.

s'agissait exclusivement d'erreurs commises par un tiers n'était donc pas fondé. Il fallait au contraire imputer à la banque ses propres manquements organisationnels et, partant, une faute systémique.

2.2. Responsabilité pour les manquements techniques

[539/38] La règle selon laquelle les banques sont dans tous les cas responsables de tout manquement à leurs obligations de diligence,⁴⁶ s'applique également lorsque la cause d'une violation des règles déontologiques n'est pas une erreur humaine (d'un collaborateur de la banque ou d'un tiers mandaté par celle-ci), mais résulte d'un défaut technique.⁴⁷ Les banques ne peuvent pas se disculper en invoquant le fait qu'une violation de la CDB serait uniquement la conséquence d'une erreur technique.

3. Fixation du montant de l'amende conventionnelle

3.1. Comportement particulièrement exemplaire de la banque

[565/17] La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence selon laquelle une atténuation de l'amende doit être accordée lorsque la banque procède à une véritable autodénunciation, reconnaît expressément avoir enfreint les règles de déontologie et a remédié aux infractions constatées ou pris des mesures pour que de telles infractions ne se reproduisent plus.⁴⁸ Sans le comportement exemplaire de la banque, l'amende conventionnelle prononcée par la Commission de surveillance dans la présente affaire aurait été nettement plus élevée.

3.2. Autodénunciation incomplète

[539/40] S'il apparaît qu'une autodénunciation déposée par la banque est incomplète,⁴⁹ celle-ci ne peut alors pas invoquer une atténuation de la sanction au titre d'un comportement particulièrement exemplaire „après les faits“, au sens de la pratique susmentionnée⁵⁰ de la Commission de surveillance.⁵¹

⁴⁶ Cf. ch. 2.1 ci-dessus.

⁴⁷ Dans le cas présent, en raison d'une erreur technique lors de la synchronisation des données, les documents de vérification de l'identité collectés n'ont pas été transférés de la mémoire tampon vers le dossier client correspondant. Il n'était plus possible de récupérer a posteriori ces documents de vérification de l'identité, car ceux-ci avaient entre-temps été automatiquement supprimés de la mémoire tampon.

⁴⁸ Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de surveillance de la CDB pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 495, r80 ; cf. également „Leading Cases“ de la Commission de surveillance CDB pour la période du 1er janvier 2020 au 30 juin 2020, let. D, disponibles sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁴⁹ Dans le cas présent, la chargée d'enquête avait constaté, dans le cadre de la procédure d'enquête, plus de 50 fois plus de violations des règles déontologiques que celles signalées par la banque.

⁵⁰ Cf. ch. 3.1 ci-dessus.

⁵¹ Cf. „Leading Cases“ de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques couvrant la période du 1er juillet 2024 au 31 décembre 2024, let. D, ch. 2.3, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent.

3.3. Autodénonciation improprement dite

[552/41] Lorsqu'une banque se dénonce auprès de la Commission de surveillance à la suite d'une injonction de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), il ne s'agit pas d'une véritable autodénonciation.⁵²

3.4. Durée de la procédure d'enquête

[552/41] Une banque avait demandé une réduction de l'amende conventionnelle en raison d'une durée de la procédure d'enquête qu'elle jugeait excessivement longue. La Commission de surveillance a reconnu que la procédure d'enquête n'avait pas été achevée dans le délai de 9 mois prévu à l'art. 20 al. 2 du règlement d'enquête du 16 décembre 2019. Une réduction de l'amende conventionnelle en raison d'une durée (trop) longue de la procédure n'est toutefois prévue ni dans la CDB ni dans le règlement d'enquête, d'autant plus que l'art. 20 al. 2 du règlement d'enquête prévoit simplement qu'une procédure d'enquête doit être clôturée „ en règle générale “ dans un délai de neuf mois. L'art. 20 al. 2 du règlement d'enquête contient ainsi un simple délai d'ordre.⁵³ La durée de la procédure d'enquête critiquée par la banque ne justifiait donc pas une atténuation de la sanction, d'autant plus que, dans le cas présent, la durée de la procédure s'élevait à un peu moins de 15 mois et ne pouvait donc pas être qualifiée d'excessivement longue, malgré le dépassement du délai de 9 mois.

3.5. Compréhension insuffisante des règles déontologiques

[552/38] Si le comportement de la banque témoigne d'une interprétation singulière des règles déontologiques, cela constitue une circonstance aggravante lors de la fixation du montant de l'amende conventionnelle. En l'espèce, la banque a certes contacté la partie contractante après avoir appris que l'ayant droit économique avait changé. Mais au lieu de demander à la partie contractante de fournir une nouvelle déclaration concernant les ayants droit économiques, la banque s'est contentée de lui demander si elle souhaitait que la banque modifie l'ayant droit économique.⁵⁴ La banque semblait donc partir du principe que le client pouvait choisir qui devait être enregistré auprès d'elle en tant qu'ayant droit économique d'un compte. Il était également surprenant que cette même banque, dans le cadre de relations d'affaires avec des personnes morales, ait régulièrement demandé à la fois un formulaire A et un formulaire K et ait classé les deux formulaires dans le dossier, pour ensuite faire valoir, lors de la procédure devant la Commission de surveillance, que l'un des deux formulaires n'avait pas du tout servi à l'ouverture du compte, celle-ci ayant plutôt été effectuée au moyen de l'autre formulaire. Cela laissait

⁵² Dans le cas présent, la procédure CDB avait été précédée d'enquêtes préliminaires menées par la FINMA. À l'issue de ces enquêtes, la FINMA a certes renoncé à ouvrir une procédure d'exécution. Elle a toutefois adressé une lettre de mise en demeure à la banque, dans laquelle elle a notamment formulé son attente explicite que la banque dépose une autodénonciation auprès de la Commission de surveillance CDB.

⁵³ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de la CDB pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 480, n°18.

⁵⁴ La banque avait adressé la question suivante au représentant du client : „According to the new structure, A. Ltd has a new BO [...] Does the client want us to change the BO in the account?“.

supposer que la banque n'accordait pas l'importance nécessaire à la question de savoir si une partie contractante exerçait ou non une activité opérationnelle.⁵⁵

3.6. Gravité de la faute

[568/19] L'utilisation d'un formulaire A pour une *Underlying Company* à une fondation ou à un trust est contraire au libellé clair de l'art. 40 al. 1 CDB 20 et de l'art. 41 CDB 20, ainsi qu'au commentaire de la CDB 20 publié par l'ASB.⁵⁶ Il est par ailleurs difficile de comprendre comment une banque diligente puisse choisir les formulaires sans intention particulière, sauf à considérer qu'elle agirait de manière purement aléatoire. La Commission de surveillance a donc constaté que la banque avait agi, à tout le moins, par dol éventuel en identifiant les ayants droit économiques au moyen du formulaire A alors qu'elle savait, grâce à un organigramme qu'elle avait reçu, que la société de domicile était détenue par un trust et des fondations.

Berne, septembre 2026

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance de la CDB

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance CDB

⁵⁵ Cf. à ce sujet, en détail, „Leading Cases“ de la Commission relative à l'obligation de diligence des banques couvrant la période du 1er juillet au 31 décembre 2024, let. B, ch. 1.2, disponibles sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et conformité → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁵⁶ Cf. Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation des banques (CDB 20), art. 40/41 CDB 20, p. 63.