

**Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance
(Convention relative à l'obligation de diligence des Banques)
pour la période 1998-2001**

par Georg Friedli, Avocat, Berne
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

Texte français par Didier de Montmollin, Avocat, Genève
Chargé d'enquête de l'Association suisse des banquiers

A. INTRODUCTION

1. La Convention relative à l'obligation de diligence des banques

La Convention relative à l'obligation de diligence des banques ("CDB") est un accord multilatéral dans le cadre duquel les banques établies en Suisse se sont volontairement obligées vis-à-vis de l'Association suisse des banquiers ("ASB"), à identifier leurs co-contractants, à obtenir de leur part, en cas de doute, une déclaration relative l'ayant droit économique des valeurs déposées, et à ne prêter aucune assistance active à la fuite de capitaux ou à la soustraction fiscale.

La version originale des règles de conduite remonte au 1er juillet 1977. Depuis lors, elle a été révisée à quatre reprises. La CDB 1998, actuellement applicable, est entrée en vigueur le 1er juillet 1998 - soit au cours de la période qui fait l'objet du présent rapport¹ (la question de savoir dans quelle mesure la CDB 1998 comporte des changements par rapport à la CDB 1992, sera abordée dans le cadre de l'examen des décisions d'espèce qui ont été rendues ²).

Une Commission de surveillance formée de cinq personnalités indépendantes nommées par l'Association suisse des banquiers veille au respect de la CDB; la Commis-

¹ Cf. art. 14 al. 1 et 2 CDB 1998.

² Cf. infra Lettre C.

sion rend des décisions sur requête des chargés d'enquête, lesquels sont également désignés par l'Association suisse des banquiers. La Commission peut infliger des peines conventionnelles lorsqu'elle constate des violations de la CDB³.

A teneur du ch. 54 des dispositions d'exécution ad art. 12 CDB 1998, la Commission de surveillance donne aux banques un aperçu de sa jurisprudence - dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires - sous forme d'un rapport d'activité périodique. La dernière publication d'un tel rapport remonte à 1998⁴. Le présent rapport d'activité couvre la période subséquente, du 1er janvier 1998 au 30 juin 2001.

2. La loi sur le blanchiment d'argent ("LBA")⁵

En date du 1^{er} avril 1998, la LBA est entrée en vigueur, constituant ainsi un troisième train de mesures contre le blanchiment, après les mesures pénales entrées en vigueur respectivement en 1990 et 1994 (art. 305 bis et ter du Code pénal ("CP")).

La LBA s'inspire de la CDB à maints égards⁶. Elle reprend le système d'autorégulation réalisé dans le cadre de la CDB, même s'il s'agit ici plutôt de fixer le cadre dans lequel l'autorégulation doit se concevoir: la LBA se limite à définir des obligations de base qu'il appartient ensuite à des organismes privés de concrétiser de façon détaillée.

C'est ainsi que plusieurs dispositions matérielles de la LBA rejoignent très largement les règles développées dans le cadre de la CDB⁷. L'art. 3 LBA, qui a pour objet la vérification de l'identité du cocontractant, correspond largement à l'art. 2 CDB. La disposition de l'art. 4 LBA (identification de l'ayant droit économique) trouve son équivalent à l'art. 3 CDB. L'obligation définie à l'art. 4 al. 2 LBA, selon laquelle il y a lieu, en cas de comptes

³ Cf. art. 11 CDB 1998

⁴ *Friedli*, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995-1997, Revue suisse de droit des affaires 1998, p. 96, avec références à la publication de rapports d'activité antérieurs; cf. également version française en annexe à Circulaire ASB N° 1355 D.

⁵ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment dans le secteur financier (LBA; RS 955.0).

⁶ Cf. Message relatif à la LBA, FF 1996 III, plus particulièrement à la page 1068, chiffre 142 "le modèle en est l'organisation d'autorégulation de l'Association suisse des banquiers, qui a fait ses preuves au cours des vingt dernières années".

⁷ *Friedli*, Die Standesregeln der Banken - Wechselwirkungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Berner Bankrechtstag 1999, Volume 6, p. 39 ss.

globaux, d'exiger du client une liste complète des ayants droit économiques, est pratiquement identique à celle du ch. 28 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB. Quant à l'art. 5 LBA, il a pratiquement le même contenu que l'art. 6 CDB; les deux normes précitées exigent le renouvellement de la vérification de l'identité du cocontractant ou de l'identification de l'ayant droit économique lorsqu'au cours des relations d'affaires, des doutes surviennent quant à l'exactitude des données recueillies au moment de l'ouverture de la relation d'affaires. Même l'obligation particulière de clarification prévue à l'art. 6 LBA, dont la concrétisation apparaît dans les Directives anti-blanchiment de la Commission fédérale des banques "CFB", est également reflétée dans la CDB (ch. 25 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB). Il en va de même pour l'obligation d'établir et de conserver des documents prévue à l'art. 7 LBA, qui trouve son pendant aux ch. 20 et 21 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB.

Enfin, sur le plan de l'organisation de l'autorégulation, la LBA s'inspire du modèle de la CDB⁸. Il est prescrit de définir et concrétiser dans un règlement les obligations de diligence prévues par la loi, ainsi que la manière dont il convient de les remplir et d'en contrôler l'exécution, et enfin, le mode de sanctions en cas de violation (art. 25 LBA).

La CDB a existé en tant que système d'autorégulation volontaire depuis 1977 jusqu'au 1^{er} avril 1998. Depuis l'entrée en vigueur de la LBA elle est dotée d'une base légale. Ainsi, les règles de conduite revêtent désormais le caractère de règles de droit.

3. Arrêt du Tribunal fédéral du 30 avril 1999 (ATF 125 IV 139 ss.)

Sur le plan du contenu, les règles de conduite de la CDB ont des recoupements, non seulement avec la LBA mais aussi avec le système de sanctions du Code pénal⁹. Dans ce cadre, un arrêt du Tribunal fédéral rendu le 30 avril 1999¹⁰, soit durant la période couverte par le présent rapport, suscita l'émotion et fut largement commenté, non seulement dans les revues spécialisées¹¹ mais aussi dans la presse quotidienne¹². Dans le cadre de cette décision, le Tribunal fédéral avait à se pencher sur un état de fait datant de 1991, lequel avait

⁸ Message, op.cit.

⁹ Cf. arts 305 bis et 305ter CP.

¹⁰ ATF 125 IV 139 ss, Semaine Judiciaire 2000, p. 145 ss.

¹¹ *Wiegand/Wichtermann*, recht 2000, p. 28 ss.

été aussi à l'origine d'une décision de la Commission de surveillance CDB, rendue le 27 juin 1995¹³. Tandis que la Commission de surveillance CDB avait conclu à l'absence de violation de l'art. 3 CDB 1987 par la banque, en ce qui concernait les deux comptes qui faisaient l'objet de la procédure par devant le Tribunal fédéral, celui-ci jugea que l'employé de la banque avait violé l'art. 305ter CPS.

L'émoi manifesté dans ce contexte est superflu si l'on veut bien examiner la question de plus près. Les décisions respectives du Tribunal fédéral et de la Commission de surveillance CDB semblent se contredire; mais la raison en est avant tout que les deux autorités se sont fondées chacune sur une connaissance des faits qui n'était pas identique en tous points. Dans sa décision du 27 juin 1995, la Commission de surveillance CDB a considéré que la banque n'aurait pas eu de motif, pour le compte en question, d'avoir des doutes quant aux données que le client lui avait fournies sur sa déclaration selon le formulaire A. Par contre, le Tribunal fédéral (qui était lié par les constatations de fait retenues par la dernière instance cantonale) a retenu que l'employé de banque responsable avait soupçonné que la personne apparaissant sur le formulaire A n'était en réalité pas du tout l'ayant droit économique des actifs déposés. Les autorités pénales jouissaient d'autres moyens de contrainte pour éclaircir les faits, que ceux dont disposent le chargé d'enquête et la Commission de surveillance CDB. Aussi, les différences tenaient-elles aux constatations de fait et non point à une façon différente de concevoir les obligations de diligence stipulées respectivement par l'art. 305ter CP et l'art. 3 CDB 1987. La Commission de surveillance aurait sans doute retenu une violation de la CDB si elle était partie des mêmes constatations de fait que le Tribunal fédéral par la suite.

Il faut ajouter que la valeur de la CDB (dans la hiérarchie normative) n'était pas la même à l'époque des faits pertinents (1991) qu'aujourd'hui. En 1991, la CDB était un accord uniquement avec des effets de droit privé sur les banques signataires d'une part, et l'Association suisse des banquiers, d'autre part. Après l'entrée en vigueur de la LBA en 1998, la CDB a acquis un effet renforcé. Elle définit et concrétise, avec les directives émises par la Commission fédérale des banques en tant qu'autorité de surveillance selon la législation bancaire, les impératifs de diligence à observer par les banques dans le cadre de la LBA¹⁴

¹² *De Capitani*, NZZ N° 292 du 15 décembre 1999, p. 27.

¹³ Cette décision avait encore été rendue durant la période d'activité précédente.

4. La qualité de titre du formulaire A, au sens de l'art. 251 CPS

Dans un arrêt du 30 novembre 1999¹⁵, le Tribunal fédéral a eu à trancher la question de savoir si le formulaire A revêtait la qualité de titre au sens de l'art. 110, ch. 5, respectivement l'art. 251 CP. Le Tribunal fédéral a considéré que tel était bien le cas, mettant ainsi fin à l'incertitude relative à la qualification du formulaire A¹⁶. Notre Haute Cour a notamment considéré ce qui suit:¹⁷

"Il convient ici d'examiner si les indications inexactes portées sur la formule "A" quant à l'identité des ayants droit économiques possèdent une valeur probante accrue..."

Ainsi, tant au regard de la CDB que de l'art. 305ter CP, il apparaît que la formule "A" occupe une place cardinale dans la lutte contre la criminalité économique. Il ne s'agit pas d'un formulaire quelconque mais d'un document essentiel dans ce combat. Aussi bien dans la vie des affaires qu'en justice, la formule A, destinée à révéler l'ayant droit économique, a une vocation à prouver. Son contenu est censé être conforme à la vérité et son destinataire doit pouvoir s'y fier compte tenu de la difficulté générale de vérifier l'exactitude de la déclaration (en ce sens: ATF 125 IV 17 consid. 2b/dd p. 29). Dans ces conditions, la formule "A" doit se voir reconnaître une crédibilité accrue. A noter que tout formulaire ne saurait en soi et indépendamment du domaine dans lequel il est employé revêtir la qualité de titre, mais que, si cela est le cas en l'occurrence, c'est en raison de la spécificité du document considéré. S'agissant de l'application de l'art. 251 CP, la Cour de cassation cantonale n'a donc pas violé le droit fédéral".

L'application du droit pénal ne relève évidemment pas de la CDB. Comme cette jurisprudence touche de près un des instruments principaux de la CDB, elle a une incidence directe sur la fonction du formulaire A prévu par la CDB.

Sur la base de cette jurisprudence, l'auteur du titre que constitue le formulaire A est le cocontractant, qui en est le signataire; lui seul pourrait en principe commettre l'infraction de faux dans les titres; toutefois des actes de participation sont aussi concevables à la

¹⁴ Cf. supra, section A/2.

¹⁵ Semaine Judiciaire 2000, p. 234 ss.

¹⁶ Le "Wirtschaftsstrafgericht" du canton de Berne était déjà arrivé à la même conclusion dans une décision du 30 mars 1989: un fiduciaire avait, en toute conscience, reporté des indications fausses sur un formulaire A à l'occasion de l'ouverture d'un compte par ses soins (cf. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, ZBJV 129/1993, p. 316); dans le même sens déjà: Martin Frey, Verfahrensordnung und Sanktionen unter der VSB 1987, Schweizer Treuhänder 4/89, p. 118.

¹⁷ Semaine judiciaire 2000, p. 236 ss, cons. 4c

charge des organes ou représentants de la banque. De toute façon, en exécution de ses devoirs contractuels ou précontractuels, la banque se devrait de renseigner le client sur la nature juridique du formulaire A (un "titre", soit un moyen de preuve), la responsabilité pénale qu'il encourt en cas de fausse déclaration et la portée matérielle des déclarations qui lui sont demandées, notamment quant à la question de savoir ce qu'il faut entendre par ayant droit économique.

B. TOUR D'HORIZON

1. Activités durant la période couverte par le rapport; affaires pendantes

Durant la période sous revue, la Commission de surveillance a tranché 61 affaires au total¹⁸. Dans 8 de ces 61 cas seulement, elle a décidé de classer la procédure; les 53 autres affaires ont donné lieu à une condamnation¹⁹.

La procédure d'arbitrage prévue par l'art. 13 de la CDB 1998 n'a été utilisée qu'une seule fois durant la période en question. La décision n'est pas encore rendue.

Au 30 juin 2001, il y avait 6 affaires pendantes par devant la Commission de surveillance et 21 affaires en cours auprès des divers chargés d'enquête, soit 27 affaires en tout.

¹⁸ Par comparaison, il y en avait eu 46 cas durant la période précédente, qui comptait cependant six mois de moins.

¹⁹ Tandis que 16 des 46 procédures avaient été classées durant la période précédente.

2. Points forts

La majeure partie des condamnations prononcées durant la période sous revue concernait la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique. A l'image de périodes d'activité précédentes²⁰, la procédure relative aux sociétés de domicile a été un thème dominant²¹. Dans 21 affaires au total, les obligations procédurales que les règles de diligence stipulent pour nouer une relation d'affaires avec de telles sociétés n'ont pas été respectées; ce thème apparaissait fréquemment en concours avec un autre état de fait.

Contrairement à ce qui avait été le cas lors de périodes d'activité antérieures mais comme lors de la dernière période d'activité, la Commission de surveillance n'a plus eu à connaître que de manière isolée - dans 8 affaires seulement - de cas dans lesquels une violation des dispositions relatives à la soustraction fiscale et aux activités similaires a été constatée. Une partie seulement des décisions en question concernait des transactions dites "de fin d'année"²².

Aucune condamnation n'a été prononcée pour assistance active à la fuite de capitaux, pas plus que lors des périodes antérieures²³. C'est là notamment une conséquence du fait que les pays qui restreignent l'exportation de devises sont devenus beaucoup plus rares qu'auparavant. Aussi l'acte d'assistance active à la fuite de capitaux pour détourner les restrictions à l'exportation de devises a-t-elle été dénuée de portée pratique lors de la période sous revue.

3. Détermination du montant des peines conventionnelles

En cas de violations graves, les banques peuvent être astreintes à payer des amendes conventionnelles jusqu'à CHF 10'000'000.-- au plus²⁴. A titre de comparaison, l'amende maximum en vertu de la LBA²⁵ est de CHF 200'000.--.

²⁰ *Friedli*, op.cit., p.97 (cf. note 5).

²¹ Cf. art. 4 CDB 1998 et art. 4 CDB 1992.

²² Cf. infra section C, ch. 5.

²³ Cf. art. 7 CDB 1998 et art. 7 CDB 1992

²⁴ Art. 11 al. 1 CDB 1998.

²⁵ Cf. art. 36 et 37 LBA.

Durant la période d'activité sous revue, la Commission de surveillance n'a pas eu à recourir à la partie supérieure du cadre fixé pour les amendes, pas plus qu'elle n'avait dû le faire au cours de périodes précédentes. Par contre, on enregistre une augmentation du montant des amendes. Au cours de la période d'activité précédente, des amendes supérieures à CHF 10'000.-- n'avaient été prononcées sur la base de la CDB que dans 13 cas; cette fois-ci, on dénombre 31 cas. Tout comme durant la période d'activité précédente, l'amende la plus élevée qui a été infligée, s'est montée à CHF 500'000.--. Le Comité International de la Croix Rouge s'est vu attribuer l'ensemble du produit des amendes conventionnelles prononcées.

C. CASUISTIQUE

1. Vérification de l'identité du cocontractant²⁶

Les cas dans lesquels les règles relatives à l'identification du cocontractant n'ont pas été respectées, ont augmenté de plus du double par rapport à la période d'activité précédente. Au total, 28 condamnations ont été prononcées dans ce contexte.

Dans 16 de ces 28 cas, les dispositions sur l'identification de l'ayant droit économique ont été violées simultanément²⁷.

a) Une condamnation sur la base des chiffres 7 à 11 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1987²⁸ exclut la possibilité de sanctionner encore la banque concernée, sur la base du même état de fait, pour violation des chiffres 16 et 17 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1987²⁹.

b) La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence³⁰ selon laquelle l'ouverture de comptes supplémentaires dans le cadre d'une relation d'affaires pré-

²⁶ Art. 2 CDB 1998 et art. 2 CDB 1992.

²⁷ Cf. infra - Section C/2.

²⁸ Identification de personnes physiques; cf. ch. 9 à 11 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

²⁹ Obligations de vérification et de conservation; cf. ch. 20 et 21 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

³⁰ *Friedli*, op.cit., p. 99 (cf. note 5).

existante ne requiert pas une nouvelle identification du client; elle a précisé que cette règle vaut également lorsque le client a déplacé son siège dans l'intervalle.

c) Une banque a argumenté qu'il y aurait déjà ouverture de compte effectuée "en personne" au sens des chiffres 7 ss des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1992³¹ si le client s'est trouvé dans les locaux de la banque à une occasion antérieure.

La Commission de surveillance ne s'est pas ralliée à ce point de vue; au contraire, elle a stipulé que les actes d'ouverture doivent se dérouler dans les locaux de la banque lorsque les ch. 7 ss des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1992 ont vocation à s'appliquer.

d) Une banque avait ouvert un compte pour une autre banque avec laquelle elle avait déjà correspondu précédemment; elle omit de se procurer un extrait du Registre du commerce ou un document équivalent.

La Commission de surveillance a précisé que de telles relations préexistantes n'auraient, tout au plus, pu dispenser la banque d'une nouvelle identification que dans le cas où une identification conforme aux règles de conduite avait déjà eu lieu précédemment. Tel n'avait pas été le cas en l'espèce.

e) Le chargé d'enquête conclut à ce qu'il soit constaté qu'une violation des règles de diligence avait été commise parce que la banque avait identifié une cliente sur la base d'un extrait du Registre du commerce en hébreu. La banque objecta qu'elle disposait d'employés maîtrisant cette langue et que tel était également le cas de son organe de révision.

La Commission de Surveillance ne retint pas de violation aux motifs suivants:

"Les objections de la banque sont pertinentes. En effet, les règles de conduite ne contiennent pas de règle relative à la question de la langue dans laquelle les documents d'identification doivent être fournis. Le chargé d'enquête, lui non plus, n'est manifestement pas de l'avis que seules les trois langues nationales suisses seraient admissibles (ce qui n'aurait pas de sens puisque les membres de l'organe de révision sont susceptibles, dans nombre de cas, de mieux comprendre l'anglais que, par exemple, l'italien). Si l'on admet la possibilité de se faire remettre des documents d'identification rédigés dans une langue autre que les trois langues nationales, il n'est guère admissible d'admettre

³¹ Cf. ch. 9 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

certaines langues et pas d'autres. Il n'y a pas de critère objectif pour un tel procédé. Ce commentaire s'applique en particulier aussi aux critères suggérés par le chargé d'enquête (langues d'origine indo-germanique, alphabet latin). Il existe des langues qui ont à la fois une origine indo-germanique et un alphabet latin, mais qui sont tous de même moins usitées en Suisse que d'autres langues qui ne correspondent à aucun de ces deux critères". (trad.)

f) Une banque fit signer à une cliente signer les documents d'ouverture de compte en ses bureaux (ceux de la banque). Les documents d'identification de la cliente (documents relatifs à sa fondation, confirmation d'inscription au Registre du commerce) ont ensuite été acheminés à la banque par une tierce partie par correspondance; le compte fut ensuite ouvert.

La question s'est posée de savoir si on avait affaire à une délégation de la vérification de l'identité au sens du ch. 14 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1992³². La Commission de surveillance considéra que tel n'était pas le cas. La Commission de surveillance établit qu'il n'y a en tout cas pas de délégation de la vérification d'identité lorsque les documents d'ouverture de compte sont soit signés par le client dans les locaux de la banque soit directement envoyés au client pour signature:

"Par contre, le présent état de fait ne constitue pas un cas d'application du ch. 14 dispositions d'exécution CDB 1992. Le ch. 14 des dispositions d'exécution CDB 1992 est appliqué seulement dans le cas où les documents d'ouverture ne sont pas signés dans les locaux de la banque et qu'ils ne sont pas non plus envoyés au client par voie de correspondance pour signature. Au contraire, dans le cas présent, les documents d'ouverture de compte ont été signés le 6 janvier 1993 dans les locaux de la banque à... Le fait que les documents d'identification aient été envoyés ultérieurement par courrier postal et qu'un tiers (...) ait alors été intercalé ne fait pas encore de l'ouverture du compte no... une ouverture de compte au sens du ch. 14 dispositions d'exécution CDB 1992 ("délégation de la vérification de l'identité")".

g) Une adresse de boîte postale remplit les exigences du ch. 16 des dispositions d'exécution ad art. 2 de la CDB 1992³³.

h) Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, le client doit être identifié au plus tard au moment de l'ouverture du compte: le compte est considéré comme

³² Cf. ch. 18 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

³³ Cf. ch. 20 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

ouvert sitôt qu'il est techniquement possible de procéder à des transactions sur le compte³⁴. Une banque fit valoir que c'était seulement l'apposition d'un tampon qu'elle utilisait et qui était à chaque fois porté sur les documents d'ouverture avec la mention "saisi dans le système informatique" qui marquait le moment de l'ouverture du compte sur le plan technique (soit le moment à partir duquel il était possible de disposer du compte). Il ne ressortait pas des pièces fournies par la banque si cette objection de la banque était exacte. Dans cette situation, la Commission de surveillance conclut qu'à tout le moins l'obligation de conserver les documents permettant le contrôle des vérifications prescrites, au sens du ch. 17 des dispositions d'exécution ad art. 2 de la CDB 1992³⁵, avait été violée. Pour la révision interne et l'institution de révision au sens de la législation bancaire, il n'était en effet pas possible de considérer que le tampon en question soit déterminant pour établir le moment de l'ouverture du compte et puisse, par conséquent, avoir valeur de preuve.

i) Une banque avait fait ouvrir un compte par le truchement de sa "représentation" à Singapour, laquelle - ce n'est pas contesté - n'avait, contrairement à une succursale, pas le droit d'avoir des comptes. La banque négligea ensuite de faire transmettre les documents d'ouverture de compte en Suisse.

La Commission de surveillance a laissé la question ouverte de savoir si la "représentation" à Singapour avait agi uniquement comme mandataire au sens du ch. 14 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1992³⁶, mais elle a retenu une violation de l'obligation de prendre des dispositions pour permettre le contrôle des vérifications au sens du ch. 17 des disposition d'exécution relatives ad art 2 CDB 1992³⁷ parce que l'organe de révision interne et l'institution de révision bancaire étaient dans l'impossibilité de contrôler des documents d'identification se trouvant à Singapour.

j) La CDB 1998 a augmenté ses exigences, par rapport à la CDB 1992, en relation avec l'identification de personnes physiques non domiciliées en Suisse. Tandis qu'une confirmation de l'adresse de domicile par envoi postal ou d'une autre manière équivalente suffisait sous l'empire des ch. 9 et ss des dispositions d'exécution ad art 2 CDB 1992, les ch. 10 et 11 des dispositions d'exécution ad art 2 CDB 1998 exigent de plus la vérification de

³⁴ *Friedli*, op.cit., p. 98 (cf. note 5).

³⁵ Cf. ch. 20 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

³⁶ Cf. ch. 18 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1988.

l'identité du cocontractant au moyen d'une pièce de légitimation officielle (dès la première visite de ce dernier à la banque), ainsi que la légalisation de la signature du cocontractant (dès le moment de l'ouverture du compte)³⁸.

k) La règle selon laquelle un client qui a déjà une relation d'affaires n'a pas besoin d'être identifié à nouveau lorsqu'il ouvre un nouveau compte n'est pas valable si la première vérification d'identité a été effectuée de manière défectueuse³⁹.

l) Une banque avait identifié sa cliente au moyen d'une copie envoyée par téléfax d'un extrait du Registre du commerce. La Commission de surveillance n'y vit pas de violation des règles de diligence, parce que le ch. 13 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1992⁴⁰ ne prévoit pas que la banque doive verser au dossier l'original de l'extrait du Registre du commerce ou du document équivalent.

m) Selon le ch. 20 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998, la banque doit conserver au dossier une photocopie de la pièce de légitimation officielle et des autres documents ayant servi à vérifier l'identité. Le ch. 16 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1992 ne posait pas encore cette exigence. Selon cette règle, il suffisait de noter au dossier quels moyens d'identification avaient été présentés (par exemple en notant le numéro de passeport au dossier). Par contre, il n'était pas requis de verser une photocopie de la pièce de légitimation officielle au dossier.

n) Une banque avait ouvert un compte en date du 12 août 1998. Les documents d'ouverture de compte portaient cependant la date du 17 août 1998⁴¹. La banque fit valoir que les documents étaient déjà à disposition le 12 août mais que la date avait été ajoutée par la suite, soit le 17 août 1998. La Commission de surveillance admit à la décharge de la banque que les explications fournies par celle-ci sur la chronologie étaient correctes mais retint tout de même une violation du ch. 21 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998

³⁷ Cf. ch. 21 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

³⁸ Alternativement, la banque peut aussi se faire attester l'authenticité de la signature du cocontractant selon le ch. 11 al. 1 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

³⁹ Cf. supra section/Ch. C/1/b.

⁴⁰ Cf. également le ch. 14 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

⁴¹ Cf. supra section /Ch. C/1/h.

parce que les organes de contrôle n'avaient pas la faculté de contrôler que la vérification d'identité s'était faite dans les règles.

o) A teneur du ch. 15 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998, l'extrait du Registre du commerce utilisé aux fins de vérification d'identité ne doit pas dater de plus de douze mois⁴². De plus, la jurisprudence de la Commission de surveillance exige que les documents de vérification d'identité permettent de vérifier si les personnes agissant pour le compte de la société vis-à-vis de la banque ont le pouvoir de représenter la cliente⁴³. Une banque avait versé au dossier deux extraits du journal du Registre du commerce lors de l'ouverture. Un des extraits montrait qui était habilité à signer pour la cliente (étrangère) mais il datait de plus d'un an. Par contre, l'autre, qui datait de moins d'un an, ne comportait aucune donnée quant aux personnes habilitées à engager la société. La banque fit valoir que la vérification d'identité de la société au moyen de la conjonction de ces deux documents était suffisante.

La Commission de surveillance rejeta ce point de vue. Elle conclut que les extraits versés au dossier, même considérés de façon combinée, ne suffisaient pas pour remplir les exigences de la Convention relative à l'obligation de diligence. La Commission de surveillance motiva sa décision en indiquant qu'il n'était pas exclu que les représentants habilités de la société aient changé dans l'intervalle séparant les deux documents.

2. Identification de l'ayant droit économique⁴⁴

Durant la période sous revue, il y a eu un total de 18 cas de condamnations - parfois multiples - du chef de la non-identification ou de l'identification défectueuse de l'ayant droit économique des valeurs déposées.

Ainsi, la Commission de surveillance a eu l'occasion de développer et de préciser encore sa casuistique; elle a également eu à se pencher en partie sur des questions nouvelles et de principe, par exemple celle de l'ayant droit économique sur un compte hypothé-

⁴² Cette règle était déjà valable, selon la casuistique, à l'époque des CDB 1992 et 1987; mais elle n'y était pas encore expressément codifiée.

⁴³ *Friedli*, op.cit., p. 99 (cf. note 5).

⁴⁴ Art. 3 CDB 1998 et art. 3 CDB 1992.

caire⁴⁵. Dans deux cas, la Commission de surveillance examina la question de savoir comment procéder lorsque ce sont des avocats qui ouvrent des comptes⁴⁶.

a) Une banque ouvrit un compte en faveur d'une cliente qui indiqua sur le formulaire A qu'elle était elle-même l'ayant droit économique des valeurs déposées. Quelques jours plus tard, XEU 1'226'509.-- furent versés sur ce compte (ce que la banque savait déjà lors de l'ouverture).

Le compte à partir duquel les fonds avaient été versés était un compte dont l'époux de la cliente et une tierce partie étaient les ayants droit économiques.

La Commission de surveillance considéra que ce transfert déjà annoncé à la banque lors de l'ouverture du compte aurait dû inciter celle-ci à procéder à des "éclaircissements supplémentaires" au sens du ch. 20 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992⁴⁷. La Commission de surveillance précisa par la même occasion que de telles investigations supplémentaires auraient été superflues si l'époux de la titulaire du compte récipiendaire avait été le seul bénéficiaire économique du compte d'où provenaient les fonds.

b) Le client d'une banque émit une procuration en faveur d'une personne avec laquelle il n'avait aucun lien de parenté apparent. Le chargé d'enquête reprocha à la banque de n'avoir pas réclamé une déclaration selon le formulaire A, conformément au ch. 18 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1987⁴⁸. La banque objecta que la bénéficiaire de la procuration était, à la connaissance de la banque, la concubine du titulaire du compte.

La Commission de surveillance conclut à une violation de l'obligation de prendre des dispositions pour permettre le contrôle de l'identification au sens du ch. 24 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1987⁴⁹ parce que la banque n'avait pas - par exemple au moyen d'une note au dossier - établi qu'elle savait que la bénéficiaire de la procuration était la compagne du titulaire du compte.

c) La Commission de surveillance a établi que le simple changement de dénomination d'un compte n'équivaut pas encore à une nouvelle ouverture, laquelle (en cas de doute) doit donner lieu à une nouvelle vérification de l'ayant droit économique. De même,

⁴⁵ Cf. infra section/Ch. C/2/d.

⁴⁶ Cf. infra section/CH C2/f.

⁴⁷ Cf. ch. 25 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁴⁸ Cf. ch. 25 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

il n'y a pas ouverture de nouveaux comptes - comme la Commission de surveillance l'a constaté dans la même affaire - lorsqu'une banque est reprise par une autre banque ou à l'occasion d'une fusion entre deux banques et que les relations d'affaires existantes sont poursuivies par la nouvelle entité juridique.

d) La Commission de surveillance a été confrontée à la question de l'ayant droit économique d'un compte hypothécaire ou compte de crédit. Elle est parvenue à la conclusion que la détermination de l'ayant droit économique d'un prêt hypothécaire n'est pas fonction de la titularité économique sur les garanties fournies en garantie de ce prêt (car si cette solution était retenue, l'ayant droit économique de crédits garantis par un tiers serait ce tiers, ce qui n'est pas correct de toute évidence). Doit bien plutôt être considérée comme étant l'ayant droit économique, la personne qui s'acquittera du paiement des intérêts débiteurs, puis du remboursement du crédit.

e) Une banque a ouvert un compte courant et un compte de dépôt en faveur d'une cliente. Elle obtint une déclaration selon le formulaire A qui ne visait que le compte courant à l'exception du compte de dépôt. Toutefois et comme le dépôt était exclusivement alimenté par le compte courant, la Commission de surveillance estima qu'il n'était pas nécessaire de requérir une déclaration selon le formulaire A pour le compte de dépôt également; elle conclut donc que la CDB n'avait pas été violée.

f) La Commission de surveillance a, une nouvelle fois, dû se demander si et dans quelles circonstances un avocat doit fournir une déclaration selon le formulaire A lors de l'ouverture d'un nouveau compte. Dans une affaire antérieure, la Commission de surveillance avait jugé qu'il y a constatation de faits insolites selon le ch. 18 des dispositions d'exécution relatives à l'art. 3 de la CDB 1987⁵⁰ lorsque l'avocat dispose d'une pluralité de comptes dont il est vraisemblable qu'ils ne sont pas tous utilisés à des fins personnelles⁵¹. Par contraste, la Commission de surveillance a à présent établi que l'activité du client de la banque en qualité d'avocat ne constitue pas à elle seule à une constatation de faits insolites au sens du ch. 18 des dispositions d'exécution ad art. 3 de la CDB 1987 ou 1992. Bien plutôt,

⁴⁹ Cf. ch. 32 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁵⁰ Cf. ch. 22 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁵¹ Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1993-1994, *Revue suisse de droit des affaires* 1995, p.321.

il faut qu'un élément qualifié s'y ajoute de telle sorte qu'il devienne nécessaire de requérir une déclaration selon le formulaire A.

Dans une autre décision relative à la même constellation de faits (avocat client d'une banque), la Commission de surveillance considéra que, dans la règle, des éclaircissements supplémentaires au sens du ch. 21 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992⁵² ne sont pas nécessaires lorsque l'avocat indique, dans la déclaration selon le formulaire A, qu'il est l'ayant droit des valeurs déposées. De tels éclaircissements ne seraient requis que lorsque des doutes sérieux subsistent sur la véracité de la déclaration remise par le client.

g) Le fait qu'un client soit domicilié à l'étranger ne donne pas encore matière à demander la remise d'une déclaration selon le formulaire A⁵³.

h) Selon la jurisprudence déjà publiée⁵⁴ de la Commission de surveillance, une banque ne satisfait pas à son obligation de prendre des dispositions pour le contrôle de l'identification au sens du ch. 27 des dispositions d'exécution ad art. 3 de la CDB 1992⁵⁵ lorsque ce n'est qu'au stade de la procédure par devant la Commission de surveillance qu'elle est en mesure de fournir l'information requise et de déposer les documents requis selon les règles de conduite. Dans une nouvelle décision, la Commission de surveillance a refusé d'étendre cette pratique au cas où, lors de la procédure d'enquête, une banque ne verse que dans un deuxième temps un document au dossier du chargé d'enquête. L'étendue des documents que la banque remet au chargé d'enquête dépend des pièces que ce dernier lui demande. Si la banque ne remet pas immédiatement un document à disposition du chargé d'enquête, cela ne permet pas encore de conclure que la banque ne se serait pas acquittée de son obligation de prendre des dispositions pour le contrôle de l'identification.

i) Une banque avait intégré la déclaration selon le formulaire A à un document d'ouverture de compte paginé, comportant sept pages en tout. La Commission de surveillance a reconnu que dans ces circonstances, c'est toute la documentation de sept pages qui doit être considérée comme le formulaire A, et que par conséquent, il suffit que les données

⁵² Cf. ch. 25 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁵³ alors que ce serait le cas lorsque la relation d'affaires est nouée par correspondance; cf. ch. 23 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁵⁴ Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1993-1994, Revue suisse de droit des affaires 1995, p.320.

⁵⁵ Cf. ch. 32 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

requis par le formulaire A apparaissent sur l'une ou l'autre des sept pages du document (par exemple, le nom du cocontractant ne doit pas nécessairement figurer sur la page où figure la mention de l'ayant droit économique).

j) Sous l'empire de la CDB 1987, une banque avait ouvert un compte global. La CDB 1987 ne contient aucune disposition relative au compte global et à l'établissement de son ayant droit économique. Par contre, le ch. 24 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992⁵⁶ prévoit que le titulaire d'un compte ou dépôt global doit fournir à la banque une liste exhaustive des ayants droit économiques comportant les indications prévues par le formulaire A, et communiquer immédiatement à la banque toute modification. Dans le cas d'espèce, une banque avait négligé, après l'entrée en vigueur de la CDB 1992, de veiller à ce qu'une liste exhaustive des ayants droits économiques soit versée au dossier. De plus, la banque n'a pas non plus enregistré d'annonces de changement.

La Commission de surveillance a laissé ouverte la question de savoir si la banque avait l'obligation de solliciter une liste des ayants droit économiques au sens du ch. 24 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992. Mais elle a établi qu'il y avait eu violation des règles de conduite parce que même après l'entrée en vigueur de la CDB 1992, les dossiers de la banque ne contenaient pas d'annonces de changement.

k) Une banque avait en ses livres un compte sur lequel USD 1'552'900.-- ont été payés en espèces lors de l'ouverture du compte. A juste titre, la banque requit une déclaration selon le formulaire A dans laquelle le client déclarait être l'ayant droit économique des actifs déposés. La banque posa également des questions relatives à l'arrière-plan économique de la transaction. Il lui fut répondu que le montant en espèces était le prix de vente d'un immeuble. La banque requit le contrat de vente mais ouvrit le compte avant même que celui-ci ne lui ait été remis.

La Commission de surveillance estima qu'il y avait eu violation des règles de conduite. Elle jugea que c'était à bon droit que la banque avait exigé une déclaration au sens du formulaire A (compte tenu du montant élevé du transfert en cash qui devait passer par ce compte). La Commission admit aussi que la banque devait solliciter des éclaircissements supplémentaires - encore une fois en raison du montant du paiement en espèces au

⁵⁶ Cf. ch. 28 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

sens du ch. 21 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992⁵⁷. C'est ce que fit la banque en demandant au client une copie du contrat de vente. Mais la banque n'aurait pas déjà dû ouvrir le compte avant d'obtenir une copie du contrat. Le contrat de vente soi-disant existant n'a jamais été remis.

l) Un client avait ouvert trois comptes et huit dépôts, tous libellés dans la même devise mais correspondant à des rubriques particulières. La Commission de surveillance considéra que ce fait à lui seul aurait déjà, dans le cas concret, dû susciter des soupçons quant à l'ayant droit économique et que la banque aurait donc dû verser à son dossier une déclaration selon le formulaire A pour chaque compte et chaque dépôt⁵⁸.

m) Une banque avait laissé en blanc la rubrique destinée à indiquer le numéro de compte sur une déclaration selon le formulaire A. Elle se défendit en objectant que le compte en question n'avait pas de numéro du tout. Le nom du client qui figurait sur la déclaration selon le formulaire A était en même temps la dénomination du compte. La Commission de surveillance estima qu'il n'y avait pas eu de violation de la CDB et exposa que:

“ dans ces circonstances, la seule violation des règles de conduite que l'on pourrait tout au plus discerner serait liée au fait que la banque n'a pas porté le nom du client dans la rubrique prévue pour le numéro de compte sur la déclaration selon le formulaire A. Toutefois, il suffit d'avoir toutes les données nécessaires sur le formulaire A. Ce d'autant plus que la lettre du ch. 20 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992 ne requiert pas la mention du numéro de compte sur la déclaration selon le formulaire A et que ce devoir ne résulte que du fait que la rubrique correspondante figure sur le formulaire modèle (annexé aux règles de conduite). ” (trad.)

n) Un client de banque avait divers comptes, lesquels - comme la banque le savait- étaient liés à son activité de bureau de recouvrement et d'intermédiaire pour l'octroi de crédits. La banque s'abstint de demander la déclaration selon le formulaire A à son client; dans la procédure devant la Commission de surveillance, elle argumenta en droit que ce n'était pas nécessaire parce que l'activité en tant que bureau de recouvrement ou intermédiaire en matière de crédits ne serait pas pertinente sous l'angle de la CDB.

⁵⁷ Cf. ch. 25 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁵⁸ Cf. également *Friedli*, op.cit. p. 100 (cf. note 5); plusieurs mois après l'ouverture des comptes, la titulaire donna procuration à des tiers qui apparemment n'avaient aucun lien particulier avec ce dernier. En outre, les formulaires A exigés subséquemment n'ont pas été remplis conformément aux exigences de la CDB.

La Commission de surveillance considéra que l'argumentation de la banque ne reposait sur aucun fondement juridique, sous l'angle de la CDB, et qu'ainsi la banque était clairement obligée de vérifier que son cocontractant soit l'ayant droit économique, puisque son activité en tant que bureau d'encaissement devait laisser soupçonner qu'il n'était pas personnellement l'ayant droit économique des valeurs déposées.

3. La procédure pour les sociétés de domicile⁵⁹

Il y a eu au total 21 condamnations concernant la procédure à observer pour l'ouverture de comptes en faveur de sociétés de domicile. Une partie des principes dégagés par la Commission de surveillance dans ce contexte vaut également pour des relations d'affaires nouées avec une personne physique ou une société commerciale. Ces principes également –bien qu'ils ne se limitent pas aux sociétés de domicile- sont exposés dans le présent paragraphe dans la mesure où leur formulation a découlé d'une violation de l'art. 4 de la CDB 1992.

a) A teneur du ch. 38 des dispositions d'exécution ad art. 4 CDB 1992, si des changements interviennent dans les signatures autorisées pour la société de domicile, la banque doit en tous les cas se procurer soit une nouvelle déclaration selon le formulaire A soit une confirmation écrite du cocontractant, d'après laquelle les rapports de participation existants n'ont pas subi de modification. Le fondement de cette norme était qu'un changement de signataire autorisé peut être un indice d'un changement d'ayant droit économique. Par contraste et en vertu du ch. 41 des dispositions d'exécution ad art. 4 CDB 1998, la banque peut rester inactive en dépit d'un changement des signataires autorisés s'il est manifeste que l'ayant droit économique n'a pas changé. Après l'entrée en vigueur de la CDB 1998, la Commission de surveillance avait eu à trancher le cas suivant: les pouvoirs de signature pour la cliente, une fondation, avaient changé sous l'empire de la CDB 1992, en ce sens qu'un employé de la banque qui siégeait au sein du conseil de fondation, avait été remplacé par un autre employé de la banque.

La Commission de surveillance partit du principe que ce changement de pouvoirs de signature autorisés présentait un cas dans lequel les rapports de participation existants

n'avaient manifestement pas subi de changement. En application de l'art. 15 al. 3 CDB 1998 (dernière phrase), elle appliqua la nouvelle disposition, une "lex mitior", en vertu des dispositions d'exécution du ch. 41 ad art. 4 CDB 1998 (bien que l'état de fait pertinent se soit déroulé sous l'empire de la CDB 1992) et ne prononça pas de condamnation.

b) Dans une décision antérieure, qui a déjà fait l'objet d'une publication⁶⁰, la Commission de surveillance avait eu à connaître des circonstances dans lesquelles une banque ouvrant des comptes supplémentaires pour des relations d'affaires déjà existantes peut renoncer à exiger une déclaration au sens du formulaire A. A l'époque, la Commission de surveillance était parvenue à la conclusion que cette question méritait une réponse séparée pour chaque cas d'espèce. La Commission de surveillance a, à présent, précisé sa jurisprudence en ce sens que, selon les circonstances, une banque peut renoncer à exiger une déclaration au sens du formulaire A lors de l'ouverture d'un nouveau compte pour une société de domicile qui est déjà cliente, si toute incertitude quant à l'ayant droit économique peut être écartée.

c) Un formulaire A a été complété de manière contradictoire: la rubrique attestant que le client en personne était l'ayant droit économique des valeurs déposées a été cochée⁶¹ et simultanément, un tiers a été mentionné en tant qu'ayant droit économique. Un tel mode de faire ne remplit pas les exigences de la CDB, même s'il est loisible d'établir par la voie de l'interprétation laquelle des données contradictoires figurant sur le formulaire est relevante.

d) Une banque doit être en mesure de prouver que la détermination de l'ayant droit économique a été effectuée avant que l'ouverture de compte n'ait eu lieu, sous peine de violer le chiffre 24 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1987⁶²/63.

e) La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence selon laquelle, en règle générale⁶⁴, la banque n'est pas en droit de compléter la déclaration selon le formu-

⁶⁰ Art. 4 CDB 1998 et art. 4 CDB 1992.

⁶⁰ *Friedli*, op.cit., p. 99 (cf. note 5).

⁶¹ Ce qui ne peut de toute manière pas être le cas pour une société de domicile.

⁶² Cf. ch. 32 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁶³ Bien entendu, cette règle ne s'applique pas seulement aux comptes de sociétés de domicile mais de manière toute générale, lorsqu'il s'agit de déterminer l'ayant droit économique sur les actifs déposés.

laire A après que celle-ci a été signée par le/la client(e). Bien que cette règle ne figure pas expressément dans les règles de conduite, elle découle cependant des principes généraux du droit.

f) Un élargissement des pouvoirs de signature est aussi une “modification des pouvoirs de signature autorisés” au sens du ch. 28 des dispositions d’exécution ad art. 4 CDB 1992⁶⁵.

g) L’obligation de prendre des dispositions pour permettre le contrôle de l’identification au sens du ch. 27 des dispositions d’exécution ad art. 3 CDB 1992 n’implique pas que la banque soit tenue d’établir par une preuve documentaire que telle société n’est pas une société de domicile au sens des règles de conduite ⁶⁶. La banque n’a pas le fardeau de la preuve du fait que tel client n’est pas une société de domicile. Bien au contraire, il faut apporter la preuve qu’une des conditions alternatives du ch. 29 des dispositions d’exécution ad art. 4 CDB 1992⁶⁷ est remplie pour répondre affirmativement à la question de savoir si une violation a été commise.

h) La règle du ch. 14 des dispositions d’exécution ad art. 2 CDB 1992,⁶⁸ selon laquelle il faut se procurer des attestations d’authenticité des signatures, lorsque l’identification est déléguée à une tierce partie, s’applique également aux sociétés de domicile. Il n’y a pas de raison d’appliquer des règles différentes de celles qui s’appliquent sur ce point aux personnes physiques ou aux sociétés commerciales.

i) Une banque avait admis sur une base subjective - et erronée - qu’un certain client était une société de domicile. Ce nonobstant, la banque négligea de se procurer une déclaration au sens du formulaire A.

La Commission de surveillance ne prononça pas de condamnation à l’encontre de la banque. Elle motiva cette décision en expliquant que la manière d’agir de la banque était similaire à la tentative de délit impossible du droit pénal. Contrairement au droit pénal,

⁶⁴ Pour les exceptions à la règle, cf. *Friedli*, op.cit., p. 104 (cf. note 5).

⁶⁵ Cf. ch. 41 des dispositions d’exécution ad art. 4 CDB 1998.

⁶⁶ Cf. également ch. 32 des dispositions d’exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁶⁷ Cf. ch. 34 des dispositions d’exécution ad art. 4 CDB 1998.

⁶⁸ Cf. ch. 18 des dispositions d’exécution ad art. 2 CDB 1998.

qui, pour les crimes et les délits, punit la tentative de délit impossible, en l'absence d'une base normative dans les règles de conduite, il n'est pas permis de punir la simple tentative.

j) Bien que l'art. 4 CDB 1992 et les dispositions d'exécution pertinentes ne prévoient pas expressément l'obligation de la banque de conserver l'adresse de la société de domicile au dossier (l'art. 16 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1992⁶⁹ le prévoyait en toutes lettres), ce devoir va cependant de soi, comme la Commission de surveillance l'a déclaré dans une décision.

Que le devoir de conserver l'adresse du cocontractant existe également pour les sociétés de domicile ressort d'ailleurs directement du formulaire A, qu'il faut régulièrement se procurer dans le cas de l'ouverture d'un compte pour une société de domicile et qui contient une rubrique pour l'adresse du cocontractant.

k) Une banque avait ouvert un compte en faveur d'une société de domicile dans laquelle un gouvernement étranger détenait une participation économique.

La Commission de surveillance statua que l'utilisation de la déclaration selon le formulaire A pour déterminer l'ayant droit économique était appropriée et admise dans de tels cas également. Même si la déclaration selon le formulaire A n'est pas taillée sur mesure pour les cas dans lesquels une personne morale de droit public est ayant droit économique d'un compte ou d'un dépôt, elle peut également être utilisée dans de tels cas (la banque a le droit mais non l'obligation - en lieu et place de l'utilisation du formulaire A - de prendre note de l'ayant droit économique par le biais d'une indication portée au dossier, au sens de l'art 4 al. 3 CDB 1992).

l) A plusieurs reprises, la Commission de surveillance a eu à débattre de la question de savoir qui est en droit de signer valablement le formulaire A lors de l'ouverture d'un compte par une personne morale, et particulièrement une société de domicile. En premier lieu, la Commission de surveillance considéra que l'ayant droit économique n'est pas en droit de signer valablement le formulaire A sur la base d'une procuration au sens de l'art. 32 CO. La Commission de surveillance s'exprima ainsi à ce sujet:

"Sans doute une personne morale agit-elle par le cadre de ses organes (Art. 55 al. 1 CC) et peut-elle en principe se faire représenter par un représentant au sens des art. 32 ss CO. Toutefois,

⁶⁹ Cf. ch. 20 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

l'ordre juridique peut expressément ou implicitement, prévoir des exceptions et réserver l'accomplissement de certains actes aux seuls organes de la personne morale. Tel est précisément le sens des dispositions de la Convention de diligence relatives à la signature du formulaire A: l'affirmation du cocontractant relative à l'ayant droit économique d'une société de domicile est un acte particulièrement important du client, sur lequel la banque doit pouvoir se fonder pour savoir s'il y a lieu de traiter avec ce client ou de maintenir des rapports contractuels avec lui et qui doit aussi permettre, le cas échéant, de déterminer l'origine de certains fonds ainsi que la nature de certaines transactions. Il se conçoit, dès lors, que pour une société de domicile, cette déclaration doit être émise par la personne morale elle-même agissant par ses organes- à tout le moins pas par l'ayant droit économique en qualité de représentant- puisque l'important est de savoir quelle est précisément la position du client face à un éventuel ayant droit économique; un formulaire A valablement établi par l'ayant droit économique agissant comme représentant du client n'aurait pas cet effet; il ne saurait donc être considéré comme étant un formulaire A valablement établi par le client. "

Dans une décision subséquente, la Commission de surveillance laissa la question ouverte de savoir si un tiers - qui n'est ni organe de la société, ni ayant droit économique - est en droit de signer valablement le formulaire A sur la base d'une procuration au sens de l'art. 32 CO.

Puis dans une nouvelle décision, la Commission de surveillance a estimé que les aspects de droit privé devaient céder le pas devant les considérations de droit public qui ressortent de la LBA. Compte tenu de ce qui précède, la Commission de surveillance statua que le formulaire A doit être signé par les organes de la société. Cela signifie *a contrario*, que la signature du formulaire A par un fondé de procuration (que ce soit sur la base d'une procuration *ad hoc* ou d'une procuration générale) n'est pas admissible, et ceci même lorsque le fondé de procuration n'est pas en même temps l'ayant droit économique. En revanche, lorsque l'ayant droit économique est aussi un organe de la société de domicile, il est en droit de signer valablement le formulaire A en cette dernière qualité (en tant qu'organe représentant la société).

La Commission de surveillance est consciente du fait que cette jurisprudence a comme conséquence un surcroît de travail administratif lorsque, comme souvent, les organes du cocontractant (société) sont localisés à l'étranger.

Par ailleurs, la Commission de surveillance a décidé que les banques qui ont accepté des formulaires A signés par un fondé de procuration avant que la présente jurisprudence n'ait été portée à leur connaissance, ne doivent pas encourir de sanctions de ce fait.

m) Selon le ch. 20 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992⁷⁰, le prénom de l'ayant droit économique doit également être indiqué sur la déclaration selon le formulaire A. Se fondant sur cette norme, la Commission de surveillance considéra que l'art. 4 CDB 1992 avait été violé, la banque ayant accepté un formulaire A de la part d'une société de domicile, bien que seule la première lettre du prénom de l'ayant droit économique ne figurât sur la déclaration. Il va sans dire que cette pratique ne se limite pas aux sociétés de domicile.

n) Par opposition, et selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, l'art. 4 CDB 1992 lu en relation avec l'art. 20 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992 n'est pas enfreint lorsque l'Etat de domicile ne figure pas sur la déclaration selon le formulaire A mais que l'on peut déterminer quel est l'Etat de domicile au moyen des autres données relatives à l'adresse qui sont portées sur le formulaire A lui-même.

o) L'obligation de diligence n'est pas violée lorsque l'adresse du cocontractant n'est pas portée sur la déclaration selon le formulaire A:

"Selon le texte de la Convention (ch. 20 des dispositions d'exécution CDB 1992) seule l'adresse de l'ayant droit économique et non pas également l'adresse du cocontractant était exigée sur la déclaration au moyen du formulaire A. Le seul fait que le formulaire modèle ajouté en annexe à la Convention contienne trois lignes blanches sous la rubrique "cocontractant" ne permet pas de parvenir à une autre conclusion. Si tel avait été le cas, les auteurs de la Convention auraient dû le stipuler dans la Convention de manière évidente".

Par contre, il ne serait pas admissible de ne pas du tout noter au dossier l'adresse de la société de domicile⁷¹.

p) Un bon mois après que les pouvoirs de signature dans les rapports d'affaires avec la banque eurent changé pour une société de domicile⁷², la banque versa à son dossier une nouvelle déclaration selon formulaire A.

La Commission de surveillance n'a pas conclu à une violation des règles de conduite dans ce contexte. Suite à la jurisprudence de la Commission de surveillance dont la moti-

⁷⁰ Cf. ch. 24 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998

⁷¹ Cf. supra section/Ch. C/3/j.

⁷² Cf. ch. 41 des dispositions d'exécution ad art. 4 CDB 1998

vation a déjà été indiquée dans le passé⁷³, la banque n'a en principe pas le droit d'attendre plus de quelques mois avant de rompre la relation d'affaires avec le client, si elle ne parvient pas à une situation claire en ce que concerne les rapports économiques, en cas de modification des signataires autorisés. Il s'ensuit aussi *a contrario*, qu'une déclaration selon le formulaire A qui clarifie la situation en ce qui concerne les ayants droit après un changement de signataires autorisés n'est pas tardive si elle est versée au dossier un mois après le nouveau carton de signatures.

q) Le numéro de compte auquel le formulaire A correspond doit figurer sur le formulaire A. Cela découle notamment de la rubrique correspondante figurant sur le formulaire modèle imprimé en annexe à la CDB⁷⁴.

r) Une banque avait versé au dossier une déclaration selon le formulaire A, lequel indiquait qu'une autre banque - ayant apparemment son siège aux Caraïbes - était l'ayant droit économique de la cliente (une société panaméenne).

La Commission de surveillance a conclu à une violation des règles de conduite, parce que des éclaircissements supplémentaires au sens du ch. 21 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992⁷⁵ n'avaient pas été recherchés. Mentionner une telle banque en tant qu'ayant droit économique d'une société panaméenne, sans indication plus précise et sans que l'existence de la banque précitée n'ait été vérifiée était, de l'avis de la Commission de surveillance, tellement insolite qu'il s'imposait de rechercher des éclaircissements supplémentaires.

s) Il a déjà été relaté que l'adresse du cocontractant ne doit pas obligatoirement figurer sur le formulaire A⁷⁶. La situation n'est pas différente si la banque, sous l'empire de la CDB 1992, utilise le formulaire modèle établi selon la CDB 1987, lequel contient une rubrique pour l'adresse du cocontractant.

⁷³ *Friedli*, op.cit., p. 103 (cf. notes).

⁷⁴ Cf. toutefois supra section C/3/m.

⁷⁵ Cf. ch. 25 des dispositions d'exécution ad art. 25 CDB 1998.

⁷⁶ Cf. section C/3/o.

t) La Commission de Surveillance a confirmé sa jurisprudence⁷⁷ selon laquelle un compte n'est réputé ouvert qu'une fois qu'il devient possible d'effectuer des paiements au moyen de ce compte. Par conséquent, la réservation d'un numéro de compte pour un compte de manière interne n'est pas encore une ouverture de compte. Il s'ensuit que la vérification de l'identité et la détermination de l'ayant droit économique ne doivent pas nécessairement avoir été achevées au moment où le numéro de compte est réservé. La même conclusion s'impose lorsque ce numéro de compte réservé est communiqué au client.

u) La Commission de surveillance a été confrontée à la question de savoir si un compte est déjà réputé ouvert (de sorte qu'il faille procéder à la vérification de l'identité et à l'identification de l'ayant droit économique) lorsqu'il n'est pas encore techniquement possible de disposer du compte à ouvrir mais que la banque accepte déjà de l'argent en dépôt du client et le crédite sur un compte nostro de la banque, rubrique "divers". La Commission de surveillance a donné une réponse nuancée à cette question. Le critère décisif est de savoir si la banque est en mesure de restaurer, respectivement restaure, le *statu quo ante* si elle ne parvient pas à remplir ses devoirs d'identification ou d'établissement de l'ayant droit économique de manière satisfaisante. Lorsque cette possibilité de restaurer la situation antérieure existe, des fonds peuvent être acceptés dès avant l'ouverture du compte. Tel est par exemple le cas lorsque l'argent parvient auprès de la banque au moyen d'un virement bancaire mais non pas lorsque le paiement est effectué en espèces ou par chèque. La situation antérieure n'est pas non plus restaurée à satisfaction lorsque la banque ne rembourse pas par virement bancaire, mais par exemple au moyen d'un chèque.

v) Selon le ch. 16 des dispositions d'exécution ad Art. 2 CDB 1992⁷⁸, l'adresse de domicile de la cocontractante devait être établie de manière appropriée. Dans ce contexte, il suffisait que l'adresse de domicile ressorte de l'extrait du registre du commerce. Il n'était pas nécessaire de noter l'adresse de domicile sur un document séparé. Cette jurisprudence s'applique bien entendu également aux clients qui ne sont pas des sociétés de domicile.

⁷⁷ Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1993-1994, Revue suisse de droit des affaires 1995, p.320

⁷⁸ Cf. ch. 20 des dispositions d'exécution ad art. 2 CDB 1998.

4. Doutes subséquents quant à la vérification d'identité du cocontractant ou à l'identification de l'ayant droit économique⁷⁹

Il y a eu 18 cas de condamnations en raison du fait que la banque avait réagi de manière erronée lorsque des doutes postérieurs se sont manifestés quant à l'exactitude de la déclaration selon le formulaire A telle qu'elle avait été fournie à l'ouverture du compte. Dans ce contexte, la Commission de surveillance a avant tout eu l'occasion de concrétiser sa jurisprudence au sujet du montant à partir duquel des doutes quant à la qualité d'ayant droit économique du cocontractant devaient naître. Il ressort de la casuistique reproduite ci-après qu'on ne saurait apporter une réponse globale à cette question. Il s'agit bien plutôt d'examiner les circonstances du cas d'espèce. Outre le montant de la transaction, il faut examiner le type de transaction et surtout la personne du cocontractant. Selon les circonstances, un versement de CHF 10'000.-- peut déjà constituer un motif pour la banque d'agir, tandis que toujours selon les circonstances, il peut être justifié que la banque n'agisse pas malgré une transaction de CHF 10'000'000.--

a) Une banque avait un compte pour un client dont elle savait qu'il était requérant d'asile. Un bon mois après que le compte ait été ouvert, le client versa à répétées reprises des montants assez élevés (entre CHF 4'000.-- et CHF 12'000.--).

La Commission de surveillance considéra que la banque aurait dû se procurer une déclaration selon le formulaire A au vu de ces flux de fonds, sur la base de l'art. 6 CDB 1992. Des montants tels que ceux qui avaient été crédités au client dépassaient en principe le cadre financier d'un requérant d'asile de sorte qu'il y avait un cas d'application du ch. 18 alinéa 2 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992⁸⁰.

b) Un montant de CHF 900'000.-- arriva sur un compte récemment ouvert pour repartir ensuite peu après en direction d'un autre compte.

La banque aurait dans ces circonstances dû se demander si le compte ouvert n'était pas un compte de passage destiné à masquer l'origine des fonds. Par conséquent, il aurait fallu appliquer la procédure de l'art. 6 al. 1 CDB 1992 (obtention d'une déclaration au moyen du formulaire A), ce que la banque s'abstint toutefois de faire dans le cas d'espèce.

⁷⁹ Art. 6 CDB 1998 et art. 6 CDB 1992.

⁸⁰ Cf. ch. 22 al. 2 des dispositions d'exécution ad. art. 3 CDB 1998.

c) Une banque avait un compte pour une société de domicile depuis 1992. A teneur de la déclaration selon le formulaire A obtenue au début de la relation de compte, l'ayant droit économique était un étranger. Par la suite, un total de CHF 40 millions arriva sur le compte de la société de domicile en plusieurs fois. En été 1993, l'arrivée d'un montant de CHF 5'000'000.-- fut préavisé. Ceci incita la banque à obtenir une nouvelle déclaration au sens du formulaire A, sur laquelle la personne indiquée comme ayant droit économique ne concordait pas avec celle qui l'avait été au moment de l'ouverture de la relation de compte. La banque mit fin aux relations d'affaires avec le cocontractant en automne 1994.

La Commission de Surveillance considéra qu'il y a avait eu violation des art. 6 al. 1 et 3 de la CDB 1992. Le fait que la personne indiquée en tant qu'ayant droit économique pour le montant préavisé de CHF 5'000'000.-- ne concorde pas avec la personne déclarée comme ayant droit économique lors de l'ouverture de compte aurait dû susciter auprès de la banque le soupçon qu'il en était allé de même pour d'autres montants reçus précédemment.

Par conséquent, la procédure d'identification de l'ayant droit économique aurait dû être répétée sur la base de l'art 6 al 1 CDB 1992.

d) Un travailleur saisonnier dans la branche hôtelière, vivant en Suisse, âgé de 35 ans, versa DEM 110'480.-- en espèces sur un compte bancaire. Des versements en espèces supplémentaires se produisirent pour des montants considérables à des intervalles irréguliers.

La Commission de Surveillance jugea que le premier paiement en espèces de DEM 110'480.--aurait déjà dû inciter la banque à obtenir des éclaircissements supplémentaires selon l'art. 6 de la CDB 1992 pour déterminer l'ayant droit économique.

e) Le cas dans lequel un soupçon survient - suite à un changement du régime de signatures autorisées pour la société dans ses relations avec la banque - que les rapports de dépendance pourraient avoir changé est entièrement couvert, en tous cas pour les sociétés de domicile, par le ch. 38 des dispositions d'exécution ad Art. 4 CDB 1992⁸¹. Il n'est donc pas nécessaire pour la banque d'agir de surcroît selon l'art 6 CDB 1992.

⁸¹ Cf. ch. 41 des dispositions d'exécution ad art. 4 CDB 1998.

f) L'art. 6 al 3 CDB 1998 pose des conditions moins strictes que l'art. 9 al 2 CDB 1987. Selon la lettre de l'art 6 al. 3 CDB 1998, la banque n'a d'obligation de rompre la relation de compte que lorsque "*des indications sciemment erronées lui ont été données à propos de l'ayant droit économique*". Par contre, la relation de compte devait être rompue selon l'art 9 al. 2 CDB 1987 sitôt que les indications données lors de l'ouverture du compte concernant l'ayant droit économique des fonds bonifiés ou placés ne sont pas exactes. L'art. 6 al 3 CDB 1998 est donc une *lex mitior* (art. 15 al 3 CDB 1998) et s'applique en tant que telle, bien que, *ratione temporis*, les faits se soient déroulés sous l'empire de la CDB 1987.

g) Un retrait en espèces de CHF 1'350'000.-- est une circonstance insolite au sens du ch. 18 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992⁸² et doit donc inciter la banque à suivre la procédure de l'art 6 al. 1 CDB 1992.

h) A teneur de l'art. 9 al. 2 CDB 1987⁸³, la banque devait rompre la relation d'affaires avec le cocontractant si le soupçon s'imposait que les indications fournies quant à l'ayant droit économique n'étaient pas exactes. La Commission de surveillance a précisé qu'il ne saurait y avoir une telle obligation de rompre la relation si un formulaire A n'a pas été exigé et ne devait pas être exigé lors de l'ouverture du compte.

i) Lors de l'ouverture d'un compte, il avait été indiqué à une banque au moyen de la déclaration selon le formulaire A que trois personnes physiques étaient les ayants droit économiques des valeurs déposées. Il s'avéra par la suite que ce compte était un compte global, dont une multitude de personnes étaient les ayants droit économiques. La banque réagit en passant un accord avec sa cocontractante, par lequel cette dernière s'astreignait à fournir la liste des ayants droit économiques.

La Commission de surveillance constata une violation des règles de conduite. Pour agir correctement, la banque aurait dû rompre la relation d'affaires selon l'art. 6 al 3 CDB 1992.

⁸² Cf. ch. 22 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

⁸³ Cf. art. 6 al. 3 CDB 1998.

j) Une banque s'était fait remettre une déclaration au sens du formulaire A lors de l'ouverture du compte. Un an plus tard, la banque reçut une déclaration selon le formulaire R⁸⁴ qui contredisait la déclaration selon le formulaire A reçue lors de l'ouverture du compte. La banque resta inactive.

La Commission de surveillance conclut à une violation de l'art 6 al 1 CDB 1998. La banque aurait dû procéder à des vérifications supplémentaires au sens du ch. 25 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992. Par contre, la Commission de surveillance conclut que l'art. 6 al. 3 CDB 1998 n'avait pas été violé. La banque n'avait pas l'obligation de rompre la relation d'affaires parce que la situation de fait dépeinte (deux déclarations contradictoires, l'une sur formulaire A, l'autre sur formulaire R) ne permettait pas de conclure que la banque avait été trompée lors de l'ouverture du compte. Au contraire, il était concevable que l'ayant droit économique ait pu changer subséquemment à l'ouverture du compte.

k) Une banque avait reçu lors de l'ouverture du compte deux déclarations contradictoires, l'une selon le formulaire A, l'autre selon le formulaire R. Cet état de fait ne permet pas non plus⁸⁵ de conclure que le client ait voulu tromper la banque quant à l'ayant droit économique, de sorte que la banque devait rompre la relation d'affaires selon l'art. 6 al 3 CDB 1992. Si le client avait effectivement voulu tromper la banque, il aurait remis une seule déclaration au sens du formulaire A, qui n'aurait contenu aucune contradiction mais qui aurait été inexacte dans son contenu. La Commission de surveillance considéra que la banque avait par contre violé l'art. 3 CDB 1998, parce qu'elle avait versé deux déclarations contradictoires au dossier, sans procéder à des vérifications supplémentaires.

l) L'arrivée subite d'un montant d'une certaine ampleur sur un compte resté inactif pendant un certain temps ne donne pas encore, à elle seule, matière à la banque d'agir selon l'art. 6 de la CDB 1992.

m) Une banque savait que son client était un homme fortuné qui entre autres était également l'ayant droit économique d'une société de domicile elle aussi cliente de la banque. Au travers de la société précitée, un chiffre d'affaires était effectué pour des mil-

⁸⁴ Cf. ch. 42 des dispositions d'exécution ad art. 5 CDB 1998.

⁸⁵ Cf. aussi section C/4/j.

lions de francs. Dans ces circonstances, la banque n'avait pas à entamer la procédure de l'art. 6 CDB 1992 lorsqu'un versement de CHF 10'000'000.-- fut opéré sur le compte du client.

n) Le fait que l'ordre de transfert n'indique pas clairement le compte récipiendaire ne donne pas encore matière à suivre la procédure de l'art. 6 CDB 1992⁸⁶.

o) Un montant d'une certaine importance avait été versé sur un compte. Le mandat de versement mentionnait, outre le compte destinataire, un sous-compte qui n'existait pas et qui portait le nom d'une personne physique qui ne concordait pas avec le nom du client et de l'ayant droit économique du compte destinataire.

Ce fait aurait dû inciter la banque à suivre la procédure de l'art. 6 CDB 1992. En effet il n'est en tout cas pas inusuel dans les affaires bancaires que la désignation d'un sous-compte coïncide avec le nom du bénéficiaire économique de ce sous-compte. Cela d'autant plus lorsque le sous-compte est désigné au moyen d'un patronyme. Sur la base de ces considérations, la Commission de Surveillance parvint à la conclusion que la référence à un sous-compte inexistant donnait matière à suivre la procédure de l'art. 6 al. 1 CDB 1992.

p) Lorsqu'un compte est employé comme compte de transit, cela doit inciter la banque à agir dans le sens de l'art 6 CDB 1992. Un compte de passage est un compte que les fonds qui l'atteignent quittent peu de temps après, sans que l'on puisse comprendre l'arrière-plan économique de la transaction. Par contre, un compte salaire par exemple, à partir duquel des factures sont payées sur une base régulière, n'est pas un compte de passage, parce que dans ce dernier cas l'arrière-plan économique de la transaction est identifiable sans autre.

q) Une banque a exigé d'un client en février 1997 la remise d'un formulaire A en se référant une relation de compte déjà existante. La cliente se conforma à cette demande en décembre 1998 seulement. Le retard dans le renvoi de la déclaration selon le formulaire A aurait dû susciter auprès de la banque le soupçon qu'elle devait avoir été induite en erreur en ce qui concerne l'ayant droit économique. Elle aurait donc dû mettre fin à la relation de compte en application de l'art 6 al. 2 CDB 1992.

⁸⁶ Cf. cependant section C/4/o.

r) Dans un laps de temps de huit mois exactement, diverses transactions (crédits et débits) pour des montants variant entre CHF 150'000.-- et CHF 858'000.-- ont été effectuées via un compte bancaire appartenant à une personne physique, qui lors de l'ouverture du compte, avait indiqué qu'elle était elle-même l'ayant droit économique des valeurs déposées. La banque n'était pas sans ignorer que son client avait des parts dans des bien-fonds et que les transactions pourraient être en rapport avec cela. Toutefois, la banque savait également que le client n'était pas le seul propriétaire des bien-fonds. Cette dernière circonstance en particulier aurait dû, selon l'avis de la Commission de Surveillance, inciter la banque à réitérer la procédure d'identification de l'ayant droit économique au sens de l'article 6 al. 1 CDB 1992.

s) Une banque a versé au dossier, en juin 1996, une déclaration au sens du formulaire A qui était manifestement inexacte concernant un compte de caution garantissant les prétentions d'une banque tierce. En novembre 1996, le compte de la caution fut clôturé en application de l'article 6 al. 3 CDB 1992. La question de savoir si la rupture du lien contractuel avec le client avait été tardive s'est posée. Comme il n'était pas clair de savoir si une rupture plus rapide de la relation aurait pu se concevoir sans violer les obligations contractuelles vis-à-vis de la banque tierce, la Commission de surveillance estima que les règles de conduite n'avaient pas été violées. Le ch. 40 des dispositions d'exécution ad art. 6 CDB 1992⁸⁷ indique en effet en toutes lettres que "*les relations en cours doivent être rompues aussi rapidement qu'il est possible de le faire sans violer le contrat*".

5. Soustraction fiscale et actes analogues⁸⁸

Les 8 condamnations prononcées au total concernaient en partie, une fois encore, ce qu'on appelle des "opérations de fin d'année"⁸⁹. La plus grande portée pratique devrait toutefois concerner la décision rendue au sujet de la question de savoir comment la banque

⁸⁷ Cf. ch. 43 des dispositions d'exécution ad art. 6 CDB 1998.

⁸⁸ Art. 8 CDB 1998 et art. 8 CDB 1992.

⁸⁹ Il y a une opération de fin d'année lorsque les valeurs patrimoniales d'un client sont transférées sur un compte interne de la banque, "Divers", peu avant la fin de l'année, pour être ensuite retransférées "en miroir" l'année

doit se comporter lorsqu'un client demande une transaction en espèces de compte à compte au guichet⁹⁰.

a) Une banque avait établi des attestations de dépôt incomplètes; des positions avaient été omises (obligations de caisse). Cela correspondait à l'état de fait visé par l'art 8 CDB 1992. En particulier, il n'était d'aucun secours pour la banque qu'elle n'ait pas agi "à la demande du client" comme le requérait la lettre du ch. 48 al. 1 des dispositions d'exécution ad art. 8 CDB 1992⁹¹. La Commission de surveillance exposa dans ce contexte qu'il serait paradoxal de permettre à la banque de s'exonérer en objectant qu'elle avait agi de sa propre initiative et non sur demande du client pour émettre des attestations incomplètes ou propres à induire en erreur.

b) L'état de fait de l'art 8 CDB 1992 peut être réalisé par dol éventuel même si le ch. 49 des dispositions d'exécution ad art. 8 CDB 1992 faisait référence à l'intention⁹².

c) La règle selon laquelle la banque doit se laisser imputer le comportement de ses employés, s'ils émettent des attestations propres à induire en erreur⁹³, ne souffre pas non plus d'exception lorsque l'employé viole ses devoirs de manière particulièrement caractérisée ou même, commet un délit pénal.

d) Du point de vue de l'art. 8 CDB 1992, il n'est pas relevant de savoir si le client a effectivement fait usage dans une forme ou une autre de l'attestation incomplète ou propre à induire en erreur (confirmation de la jurisprudence antérieure).

e) Une banque avait établi pour un client qui bénéficiait de conditions d'intérêt préférentielles, tout d'abord un décompte d'intérêts normal puis un remboursement d'intérêts de 1%.

suivante. Dans la règle, ce type de transactions a pour but de faire apparaître la fortune du client comme moindre, grâce aux attestations établies en fin d'année. Cf. également note 23.

⁹⁰ Cf. infra section/Ch. C/5/f.

⁹¹ Cf. également le ch. 51 al. 1 des dispositions d'exécution ad art. 8 CDB 1998.

⁹² L'intention n'est plus requise dans la norme analogue contenue dans la CDB 1998, soit le ch. 52 des dispositions d'exécution ad art. 8 CDB 1998.

⁹³ Cf. sur cette question *Friedli*, op.cit., pp. 107 ss (cf. note 5).

D'un point de vue objectif, le premier décompte d'intérêts était propre à induire en erreur (parce qu'il annonçait un montant d'intérêts erroné). Toutefois la Commission de surveillance estima qu'il n'y avait pas eu de violation des règles de conduite parce que l'état de fait subjectif n'était pas réalisé.

f) La banque avait attesté un retrait en espèces d'un compte avec simultanément un versement en espèces sur un autre compte. La Commission de surveillance considéra que de telles attestations ne peuvent être établies que lorsqu'il y a effectivement eu un retrait en espèces et un versement en espèces (à la décharge de la banque, il a été retenu qu'il en avait été ainsi *in casu*). La Commission de surveillance précisa ceci:

“Au contraire, on ne peut exclure que (le client) ait prélevé en espèces le montant de CHF 250'000.—[même si les montants ont ensuite été immédiatement crédités sur l'autre compte]. Si tel a bien été le cas (...) (ce qu'il faut admettre en faveur de la banque sur la base des preuves) alors la banque a correctement fixé la séquence des transactions dans sa documentation. La banque ne peut empêcher le retrait à court terme et le reversement de fonds par ses clients même s'il s'agit de montants d'une certaine ampleur (étant entendu que la banque ne sait pas toujours, lorsque le client procède au retrait en espèces, qu'il entend reverser le montant ensuite). Si le client opte pour un tel mode de faire, la banque, du point de vue de l'art. 8 CDB 1992, n'a d'autre choix que de le confirmer au moyen d'une attestation. Cela ne veut point dire encore que la banque serait dispensée de réagir si elle était confrontée à une telle situation. Par exemple, la banque devra se demander si elle doit faire usage de son droit d'annonce au sens de l'art. 305ter al. 2 CP”. (trad.)

g) Une banque avait émis un avis de crédit et un extrait du journal qui donnaient l'impression qu'une somme de CHF 200'000.-- aurait été versée par virement postal sur le compte en question. En fait, le transfert avait été effectué en provenance d'un autre compte auprès de la même banque.

En agissant de la sorte, la banque a violé l'art. 8 CDB 1992. Il n'était d'aucun secours pour la banque qu'il soit possible de reconstruire le chemin suivi par les fonds en utilisant tous les documents bancaires. En effet, cette circonstance ne change rien au fait que le client s'est vu donner la possibilité de tromper les autorités en ne leur présentant qu'une partie des documents (ceux qui précisément étaient de nature à induire en erreur).

h) Une banque avait établi deux relevés de dépôt pour un certain dépôt; chacun de ces relevés se référait à une partie seulement des obligations enregistrées; les deux relevés pris ensemble couvraient l'ensemble des avoirs.

La Commission de surveillance considéra que ce mode de faire violait l'art. 8 CDB 1992, parce que chaque relevé de dépôt était incomplet.

6. Prescription⁹⁴

Il y a des limites temporelles à la possibilité de poursuivre la violation de la CDB. Ces limites sont d'une part celles définies à l'art. 11 al. 4 CDB 1998⁹⁵ et d'autre part celles qui résultent de la formule d'adhésion à la CDB⁹⁶.

a) Pour donner une interprétation uniforme de la CDB, il faut interpréter la notion de "fin des relations d'affaires" de l'art 11 ch. 4 CDB 1998 de la même manière qu'on le fait pour "la rupture des relations d'affaires" au sens de l'art. 6 al. 2 CDB 1998. Une "rupture des relations d'affaires" au sens de l'art 6 al. 2 CDB 1998 est déjà effective, sans l'ombre d'un doute, lorsque la relation commerciale est dénoncée, et non pas seulement lorsque la relation de compte est soldée. On ne saurait exiger de la banque contrainte de rompre une relation de compte au sens de l'art 6 al. 2 CDB 1998, qu'elle solde simultanément un compte le cas échéant débiteur (ce qui entraînerait une perte de ses prétentions civiles). La "rupture des relations d'affaires" au sens de l'art. 6 al 2 CDB 1998 signifie donc que l'on met fin au rapport contractuel, mais non pas que l'on solde le compte. Les mêmes commentaires s'appliquent à l'art. 11 al. 4 CDB 1998 ("fin des relations d'affaires").

b) Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque viole son obligation de prendre des dispositions pour permettre le contrôle de la vérification d'identité si elle ne remet au dossier les pièces qu'au niveau de la Commission de surveillance⁹⁷. Cette jurisprudence concerne les pièces sur la base desquelles le réviseur interne et

⁹⁴ Art. 11 CDB 1992.

⁹⁵ Cf. section C/6/a.

⁹⁶ Cf. section C/6/c.

⁹⁷ Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1990-1992, Revue suisse de droit des affaires 1993, p.95.

le réviseur au sens de la législation bancaire peuvent vérifier que l'identification du co-contractant et la détermination de l'ayant droit économique ont été opérées selon les règles. Par contre, des pièces dont il ressort que, pour des motifs d'écoulement du temps, une violation n'est plus susceptible de poursuite, peuvent encore être prises en considération même si elles ne sont produites que par devant la Commission de surveillance. Toutefois, la remise tardive de telles pièces peut, selon les circonstances, avoir des conséquences sur le plan des frais.

c) Selon le formulaire d'adhésion à la CDB 1998, des violations de la CDB 1987 ne peuvent être poursuivies que si l'enquête a été ouverte avant le 30 juin 1998.

7. Droit transitoire

Sous l'angle du droit transitoire, l'événement "phare" de la période de référence est l'ancrage par la nouvelle CDB 1998, en son art. 15 al. 3, du principe de la *lex mitior*, nouveauté par rapport aux règles normatives antérieures⁹⁸.

a) le principe de la *lex mitior* selon l'art. 15 al. 3 CDB 1998 ne concerne que la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique. Par contre, les soustractions fiscales et actes analogues (article 8 CDB 1992) sont toujours évalués d'après le droit en vigueur à l'époque de l'état de faits.

b) La CDB 1998 ne contient aucune norme qui correspondrait à l'art. 15 CDB 1987. On ne saurait toutefois en conclure que des violations de l'art. 15 CDB 1987 ne pourraient plus être poursuivies en raison de l'art. 15 al. 3 (dernière phrase) CDB 1998.

c) Dans le cadre de la nouvelle CDB 1998, le ch. 38 des dispositions d'exécution ad art. 4 CDB 1992 a été remplacé par le ch. 41 des dispositions d'exécution ad art. 4 CDB 1998. Selon le ch. 41 des dispositions d'exécution de la CDB 1998, la procédure au sens de l'art. 4 al. 2 CDB 1998 n'a pas à être répétée lors d'une modification des pouvoirs de signatures autorisés pour une société de domicile dans ses rapports avec la banque, lorsqu'il

est "manifeste ... que l'ayant droit économique n'a pas changé" (malgré le changement des pouvoirs de signature). Ces règles qui, en comparaison avec l'art. 38 des dispositions d'exécution ad art. 4 CDB 1992, sont moins strictes, s'appliquent sur la base de l'art. 15 CDB 1998 (principe de la *lex mitior*) également pour des situations soumises à l'ancien droit⁹⁹.

d) Une banque n'avait adhéré à la CDB 1992 qu'en 1997. La Commission de surveillance a établi dans ce cadre que la déclaration d'adhésion s'étendait également aux comptes qui étaient déjà ouverts au moment de l'adhésion:

"En revanche, l'adhésion d'une banque à la CDB en cours de contrat implique nécessairement qu'elle se soumette aux dispositions fondamentales de la CDB, spécialement en ce qui concerne l'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique, non seulement pour les nouveaux comptes, mais aussi pour tous les comptes déjà ouverts au moment de son adhésion. Si les dispositions transitoires de la CDB ne le prescrivent pas expressément, cette obligation s'impose toutefois avec évidence car, sans elle, la CDB ne pourrait pas remplir sa fonction. L'obligation de parfaire une identification insuffisante incombe également aux banques ayant adhéré à la CDB depuis son entrée en vigueur, ce qui est mis en évidence par le fait que la prescription ne commence à courir qu'au moment où le manquement a été réparé (art. 11 al. 3 CDB 1992, art 11 al. 4 CDB 1998) ou que les relations d'affaires ont pris fin; la CDB implique donc une obligation de réparer dont les nouveaux adhérents ne sauraient eux non plus être dispensés. Cette obligation résulte aussi, directement ou implicitement, de l'art. 6 CDB".

e) Selon l'art. 15 de la CDB 1992, le nouveau formulaire doit être utilisé lorsqu'une relation d'affaires est ouverte après la date d'entrée en vigueur de la CDB 1992 ou lorsque la procédure pour l'identification de l'ayant droit économique au sens de l'art. 6 CDB 1992 doit être répétée. Une banque avait fait usage de l'ancien formulaire A selon la CDB 1987 après l'entrée en vigueur de la CDB 1992.

La Commission de Surveillance constata une violation de règles de conduite. Elle tient compte du fait que les banques ont le droit, selon le ch. 23 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1992, de faire imprimer leurs propres formulaires correspondant à leurs besoins particuliers. Toutefois, les formulaires au sens des ch. 23 des dispositions

⁹⁸ Cf. sur ce point section C/8/b et C/8/d

⁹⁹ Cf. supra section C/3/a.

d'exécution ad art. 3 CDB 1992¹⁰⁰ doivent contenir le texte complet du formulaire modèle. Le formulaire modèle de la CDB 1987 ne remplit pas ces conditions si on le compare au formulaire modèle selon la CDB 1992. Le formulaire modèle de la CDB 1992 contient un passage ("*le cocontractant s'engage à communiquer spontanément les modifications à la banque*") qui ne figurait pas dans le formulaire modèle de 1987.

8. Frais

Selon l'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure du 31 août 1998, la Commission de surveillance peut mettre à charge de la banque les coûts de l'enquête en tout ou partie lorsque l'enquête menée n'était pas infondée d'emblée ou lorsque c'est la banque qui a causé des frais d'enquête. La mise à charge de frais de procédure au sens de l'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure n'implique pas que la banque doive avoir eu un comportement répréhensible ou fautif. En fait, il suffit que l'enquête menée n'ait pas paru d'emblée injustifiée. Cette évaluation doit se faire sur la base de critères objectifs¹⁰¹. La Commission de surveillance a décidé, en confirmation de cette jurisprudence, qu'une enquête ne doit pas être considérée comme *a priori* injustifiée lorsqu'elle est entamée sur la base d'un article de presse. Dans un tel cas, on peut mettre les frais à charge de la banque même si la procédure est classée.

D. PERSPECTIVES

La CDB 1998, actuellement en vigueur, le restera en tout cas jusqu'au 30 juin 2003, comme le prévoit son art. 14 al. 2. Ce n'est qu'à cette date qu'elle pourra être dénoncée à condition de respecter le délai de dénonciation de trois mois. En fait, il y a de bonnes raisons de penser que les dispositions de la CDB resteront en vigueur au delà du 30 juin 2003, que ce soit dans leur teneur actuelle ou dans une nouvelle version. Dans le cadre de la législation relative à la lutte contre le blanchiment d'argent, la CDB, est devenue le complé-

¹⁰⁰ Ch. 27 des dispositions d'exécution ad art. 3 CDB 1998.

¹⁰¹ *Friedli*, op.cit., p. 109 (cf. note 5).

ment des directives sur le blanchiment d'argent édictées par la Commission fédérale des banques, ceci en conformité avec l'art. 16 LBA¹⁰².

X0109416

¹⁰² Cf. supra section A/2