

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).