

Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021

Par Me *Dominik Eichenberger**

* Me *Dominik Eichenberger* est associé de *Friedli & Schnidrig*, avocats à Berne. Il est également le Secrétaire de la Commission de surveillance CDB.

I. Introduction

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

La Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB) décrit les obligations de diligence que les banques doivent respecter lors de l'établissement et de la conduite de la relation avec la clientèle. En signant la CDB, les banques suisses s'engagent vis-à-vis de l'Association suisse des banquiers (ASB) à vérifier l'identité de leurs cocontractants, à identifier les détenteurs de contrôle et l'ayant droit économique, ainsi qu'à ne pas apporter une assistance active à la fuite des capitaux ou une assistance active à la soustraction fiscale ou à des actes analogues.

Pour enquêter sur les violations de la CDB et les sanctionner, l'ASB institue, d'une part, un ou plusieurs Chargés d'enquête¹ et, d'autre part, une Commission de surveillance composée d'au moins cinq personnalités². En cas de violation de la CDB, la Commission de surveillance peut condamner la banque à verser à l'ASB une amende conventionnelle pouvant aller jusqu'à CHF 10 Mio³.

La CDB est complétée par deux règlements : le Règlement d'enquête du 16 décembre 2019 régit la procédure d'enquête ainsi que le statut du Chargé d'enquête et de la banque concernée par l'enquête⁴, tandis que le Règlement de procédure du 14 mars 2019 régit la procédure de sanction devant la Commission de surveillance⁵.

La CDB prévoit que la Commission de surveillance informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence⁶. En conséquence, la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans, depuis la création de la CDB en 1977 (CDB 77), un rapport d'activité détaillé à cet effet. Le dernier aperçu de ce type a été publié en 2017⁷. Parallèlement, la Commission de surveillance a commencé en 2007 à informer les banques, à intervalles plus brefs, des décisions les plus importantes en publiant sur le portail de l'ASB les "Leading Cases"⁸.

¹ Art. 67 al. 1 CDB 20.

² Art. 66 al. 1 CDB 20.

³ Art. 64 al. 1 CDB 20.

⁴ Le Règlement d'enquête est édicté par l'Association suisse des banquiers (ASB) (Cf. art. 60 al. 5 CDB 20).

⁵ En revanche, le Règlement de procédure est édicté par la Commission de surveillance (cf. art. 61 al. 5 CDB 20).

⁶ Art. 66 al. 5 CDB 20.

⁷ Le Rapport de la Commission de surveillance pour la période 2011 à 2016 a été publié par la circulaire n° 7933 de l'ASB du 5 juillet 2017 sur le portail de l'ASB (disponible sous www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse du droit des affaires et des marchés financiers/RSDA (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, in : RSDA 5/2017, p. 676 s. ; ci-après : Friedli/Eichenberger, SZW 5/2017).

⁸ Depuis 2017, ces "Leading Cases" sont publiés régulièrement deux fois par an.

Avec le présent rapport d'activité, la Commission de surveillance présente sa pratique du 1er janvier 2017 au 31 décembre 2021⁹. Les "Leading Cases" publiés isolément et indépendamment les uns des autres durant cette période sont ainsi résumés, classés et présentés de manière systématique¹⁰.

2. La CDB 20

La CDB a été révisée à plusieurs reprises depuis sa première version du 1^{er} juillet 1977. Le 1^{er} janvier 2020, la Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 13 juin 2018 (CDB 20), actuellement en vigueur, est entrée en vigueur¹¹.

Alors que la CDB avait été fondamentalement remaniée, lors du passage de la CDB 08 à la CDB 16, tant sur la forme que sur le fond, la CDB 20 n'a révisé "que" certains domaines. Les modifications apportées à la CDB 20 peuvent essentiellement être attribuées au dernier rapport national du Groupe d'action financière (FATF/GAFI) du 7 décembre 2016. Il s'agit notamment de la suppression ou de la réduction des montants seuils pour les opérations de négoce et les opérations de caisse, qui étaient jusqu'alors de CHF 25'000.00¹². En outre, les conditions dans lesquelles des indications ou des documents manquants peuvent encore être exceptionnellement obtenus a posteriori ont été relevées. D'une part, le délai pour l'obtention de données et/ou de documents manquants a été réduit de 90 à 30 jours. D'autre part, l'application de cette disposition exceptionnelle a été soumise à d'autres conditions¹³. En outre, la CDB 20 autorise désormais explicitement l'identification par vidéo et en ligne¹⁴, en déclarant conforme à la CDB une identification effectuée en application des dispositions de la circulaire FINMA en vigueur sur l'identification par vidéo et en ligne¹⁵. Par ailleurs, les dispositions relatives à la procédure sommaire devant la Commission de surveillance ont été remaniées¹⁶, mais pour l'essentiel, seules les dispositions régies jusqu'ici par le Règlement de procédure ont été reprises dans la CDB¹⁷. Enfin, certaines précisions ont été apportées aux modèles de formulaires (A, I, K, S et T) annexés à la CDB.

⁹ Le présent aperçu s'inscrit donc dans la continuité du Rapport d'activité publié en 2017 et portant sur la période du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2016 (cf. nbp 7 ci-dessus).

¹⁰ En dernier lieu, la circulaire n° 8075 de l'ASB du 25 avril 2022 a publié les "Leading Cases" de la Commission de surveillance rendus entre le 1er juillet 2021 et le 31 décembre 2021 (disponibles sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

¹¹ Actuellement (au 30 juin 2022), 236 banques et 24 négociants en valeurs mobilières ont adhéré à la CDB 20.

¹² Cf. art. 4 CDB 20, art. 20 CDB 20 et art. 27 CDB 20.

¹³ Cf. art. 45 CDB 20.

¹⁴ Sous la CDB 16, la possibilité d'établir des relations d'affaires au moyen de l'identification par vidéo et en ligne n'était mentionnée que dans le Commentaire (cf. Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 9, art. 10, art. 11, art. 21 et art. 28).

¹⁵ Cf. art. 9 al. 2 CDB 20, art. 10 al. 2 CDB 20, art. 21 al. 5 CDB 20 et art. 28 al. 6 CDB 20.

¹⁶ Cf. art. 62 CDB 20.

¹⁷ Cf. art. 9 du Règlement de procédure du 14 mars 2019.

Selon les dispositions transitoires¹⁸, les dispositions de la CDB 20 ne s'appliquent que si une nouvelle relation d'affaires est établie ou si une répétition des obligations de diligence selon l'art. 46 a lieu après le 1er janvier 2020¹⁹. Pour cette raison, la Commission de surveillance n'a constaté qu'un seul cas de violation de la CDB 20 jusqu'à fin 2021. Même si le présent rapport d'activité se prononce donc presque exclusivement sur des violations de la CDB 16²⁰, il sera néanmoins d'une grande importance pour l'application de la CDB 20. En effet, d'une part, même après l'entrée en vigueur de la CDB 20, la Commission de surveillance devra encore se pencher sur les violations de la CDB 16 pendant une longue période²¹. Et d'autre part, la CDB 20 et la CDB 16 sont identiques dans de nombreux domaines. Même après l'entrée en vigueur de la CDB 20, la pratique de la Commission de surveillance concernant la CDB 16 continuera donc d'être pertinente.

3. *Activité durant la période sous revue et cas pendants*

La pandémie de COVID-19 a également eu des répercussions sur les activités de la Commission de surveillance. Des réunions ont dû être annulées, reportées et/ou organisées sous une autre forme.

La Commission de surveillance a rendu 44 décisions au cours de la période sous revue (2017 à 2021). Au cours de la période précédente (2011 à 2016)²², la Commission de surveillance avait rendu 52 décisions²³. Le nombre de jugements est donc resté relativement stable par rapport à la période précédente. Cependant, il y eu une forte diminution des cas en provenance de la Suisse romande : au cours de la période sous revue (2017 à 2021), la Commission de surveillance n'a reçu que deux autodénonciations en provenance de Suisse romande. Les raisons de ce recul ne sont pas claires.

Sur les 44 décisions rendues par la Commission de surveillance durant la période sous revue, 40 l'ont été dans le cadre de la procédure ordinaire et 4 dans le cadre de la procédure sommaire introduite par la CDB 16²⁴.

Dans 37 des 44 décisions, la Commission de surveillance a infligé une amende conventionnelle. Dans 7 cas seulement, la Commission de surveillance a suspendu la procédure sans sanction. A cela s'ajoutent au total 2 décisions de suspension prises par les Chargés d'enquête²⁵.

¹⁸ Cf. art. 70 al. 2 CDB 20.

¹⁹ La CDB 20 ne connaît plus – contrairement aux versions précédentes de la CDB (cf. p. ex. art. 70 al. 3 CDB 16) – de règle de "lex mitior" selon laquelle les nouvelles règles de la CDB en vigueur s'appliquent aux relations d'affaires existantes si elles sont plus favorables.

²⁰ Et parfois aussi à des violations de la CDB 08.

²¹ L'art. 70 al. 3 CDB 20 prévoit que les violations de la CDB 16 doivent encore être jugées après l'entrée en vigueur de la CDB 20 ; ceci toutefois selon les nouvelles règles de procédure et de prescription régies par la CDB 20 (cf. r7).

²² Qui a duré un an de plus.

²³ Cf. *Friedli/Eichenberger*, SZW 5/2017, p. 677 s.

²⁴ Cf. ch. II.1 ci-dessous pour plus de détails sur la procédure sommaire.

²⁵ Conformément à l'art. 60 al. 4 CDB 20, les Chargés d'enquête ont la possibilité, sous certaines conditions, de suspendre à nouveau une procédure de leur propre chef (cf. également à ce sujet *Georg Friedli/Dominik Eichenberger*, Der Begriff des

La majorité des condamnations prononcées au cours de la période sous revue concernait l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence²⁶. Dans plus de deux tiers des décisions, la Commission de surveillance a constaté une violation de l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence, souvent en concours avec d'autres éléments constitutifs de l'infraction. En revanche, les violations des obligations de vérification de l'identité du cocontractant²⁷, d'identification de l'ayant droit économique²⁸ et (nouvellement) d'identification des détenteurs du contrôle²⁹, commises dans le cadre de l'établissement de relations d'affaires, ont diminué. Ce transfert des obligations de diligence lors de l'*ouverture* de relations d'affaires vers l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence à respecter lors de la *conduite* de relations d'affaires est probablement essentiellement dû à la révision de la réglementation sur la prescription intervenue avec la CDB 16 : Selon l'art. 65 CDB 16³⁰, le délai de prescription (de cinq ans) commence à courir dans tous les cas à partir de la date de la violation de la CDB. Sous l'empire de la CDB 08, la prescription en cas de violation de l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou d'identifier l'ayant droit économique ne commençait en revanche à courir qu'à partir de la réparation de la violation ou de la fin de la relation d'affaires, c'est-à-dire à une date nettement ultérieure³¹. Le nouveau régime de prescription a donc pour conséquence que, pour la grande majorité des violations de la CDB (pour les violations de l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant et de l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle et les ayants droit économiques), la prescription intervient nettement plus tôt que sous l'ancien droit, ce qui a pour conséquence que les violations des obligations de vérification et d'identification commises lors de l'ouverture de la relation d'affaires se prescrivent plus tôt que les violations de l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence commises plus tard, au cours de la relation d'affaires, et ne peuvent donc souvent plus être sanctionnées (en raison de la prescription)³².

En outre, pour la première fois depuis longtemps, la Commission de surveillance a dû prononcer une condamnation pour une violation des dispositions spéciales relatives aux relations d'affaires avec des personnes tenues à un secret professionnel (avocats, notaires ou sociétés d'avocats ou de notaires)³³.

Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB], in : SZW 2008, p. 565 ss ; ci-après : *Friedli/Eichenberger*, SZW 2008).

²⁶ Cf. art. 46 CDB 20, art. 46 CDB 16 et art. 6 CDB 08.

²⁷ Cf. art. 4 ss. CDB 20, art. 4 ss. CDB 16 et art. 2 CDB 08.

²⁸ Cf. art. 27 ss. CDB 20, art. 27 ss. CDB 16 et art. 3 CDB 08.

²⁹ Cf. art. 20 ss. CDB 20 et art. 20 ss. CDB 16.

³⁰ Cf. également l'art. 65 CDB 20.

³¹ Cf. art. 11 al. 4 CDB 08.

³² Cf. au sujet des dispositions sur la prescription de la CDB 16 en général et la comparaison des dispositions sur la prescription de la CDB 08 et de la CDB 16, en particulier *Dominik Eichenberger*, Die Verjährungsregelung der VSB 16, in : Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen, GesKR, 4/2017, p. 441 s., en particulier p. 448 s.; ci-après : *Eichenberger*, GesKR, 4/2017.

³³ Cf. art. 36 CDB 20, art. 36 CDB 16 et art. 5 CDB 08.

Dans trois cas au total, la Commission de surveillance a par ailleurs constaté une violation (parfois multiple) de l'assistance active à la soustraction fiscale et aux actes analogues³⁴. En revanche, aucune condamnation pour assistance active à la fuite de capitaux³⁵ n'a été enregistrée³⁶.

Il n'a jamais été fait usage de la procédure arbitrale prévue à l'art. 68 CDB 16 ou à l'art. 68 CDB 20 durant la période sous revue³⁷. Toutes les décisions de la Commission de surveillance ont donc été acceptées par le paiement de l'amende conventionnelle prononcée.

Le nombre de cas dans lesquels une banque a dû être sanctionnée pour de multiples violations de la CDB a augmenté. Dans de nombreux cas, la Commission de surveillance a constaté un nombre à deux chiffres de violations de la CDB. Dans trois procédures, la banque a même dû sanctionner plus de 100 violations de la CDB.

En conséquence, des amendes conventionnelles relativement élevées ont été infligées à plusieurs reprises³⁸. La Commission de surveillance a prononcé une amende conventionnelle de CHF 100'000.00 ou plus à 14 reprises. L'amende la plus élevée prononcée au cours de la période sous revue s'est élevée à CHF 1'000'000.00, comme lors de la période précédente³⁹.

Au 31 décembre 2021, 3 cas étaient pendants auprès de la Commission de surveillance et 6 auprès des différents Chargés d'enquête, soit 9 cas au total.

4. Perspectives

La CDB a toujours eu sa place dans le cadre de la législation étatique en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. La CDB 20, édictée dans le cadre de l'autorégulation par l'ASB, a été approuvée par la FINMA. Pour la vérification de l'identité des cocontractants et l'identification des détenteurs du contrôle et de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales, les banques et les négociants en valeurs mobilières sont expressément

³⁴ Cf. art. 53 ss. CDB 20, art. 53 ss. CDB 16 et art. 8 CDB 08.

³⁵ Cf. art. 47 ss. CDB 20, art. 47 ss. CDB 16 et art. 7 CDB 08.

³⁶ Les infractions à l'interdiction de l'assistance active à la fuite des capitaux sont extrêmement rares. Au cours des 30 dernières années, il n'y a eu qu'une seule condamnation pour assistance active à la fuite de capitaux (cf. à ce sujet *Friedli/Eichenberger*, SZW 5/2017, p.695, r59).

³⁷ A titre de comparaison, il s'est agi d'un seul cas au cours de la période précédente.

³⁸ En cas de manquement grave aux obligations de diligence, les banques peuvent être tenues de verser des amendes conventionnelles pouvant aller jusqu'à CHF 10'000'000.00 (cf. art. 64 al. 1 CDB 20). En comparaison, la peine maximale prévue à l'art. 37 de la Loi fédérale du 10 octobre 1997 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA ; RS 955.0) ou aux art. 44 et suivants de la Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA ; RS 956.1) est une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire respectivement une amende pouvant atteindre CHF 500'000.00.

³⁹ Cf. ch. XIII ci-dessous pour plus de détails sur la fixation de l'amende conventionnelle.

soumises aux dispositions de la CDB 20⁴⁰, conformément à l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent⁴¹. En outre, la CDB a été reconnue de manière générale comme standard minimal dans le cadre de l'autorégulation, conformément à la circulaire de la FINMA du 20 novembre 2008 (FINMA-RS 08/10 "Autorégulation comme standard minimal")⁴².

L'importance de la CDB est également reconnue en tant qu'élément essentiel du dispositif réglementaire de la Suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme sur le plan international. La CDB en tant qu'élément de la lutte contre le blanchiment d'argent est également incontestée par le GAFI.

Tout comme la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, la CDB est en constante évolution et s'adapte régulièrement aux changements sociaux, économiques, techniques et réglementaires. L'ASB a dès lors commencé à travailler sur la prochaine révision de la CDB. Même si la révision de la CDB ne sera achevée qu'après l'entrée en vigueur de la dernière révision de la LBA, l'ASB aura l'occasion de procéder, si nécessaire, à des adaptations aux dispositions nouvelles ou révisées de la LBA, d'autant plus qu'une concrétisation de la révision de la LBA au niveau de l'Ordonnance ne semble pas être prévue. La CDB est dès lors tout à fait prédestinée à régler les détails des nouveautés légales et à continuer ainsi à apporter sa contribution à une concrétisation moderne des obligations de diligence du droit bancaire. Ceci est d'autant plus vrai que les dispositions matérielles de la CDB relatives à la vérification de l'identité des cocontractants et à l'identification des détenteurs du contrôle et de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales s'appliquent également aux banques et aux maisons de titres qui n'ont pas adhéré à la CDB⁴³.

II. Points forts

1. La procédure sommaire

Depuis la CDB 16, la Convention relative à l'obligation de diligence des banques offre la possibilité d'une procédure sommaire. Dans une procédure sommaire, la Commission de surveillance décide directement de l'amende conventionnelle appropriée ou suspend tout ou partie de la procédure. La procédure d'enquête par un Chargé d'enquête est supprimée, seule une procédure de sanction étant menée devant la Commission de surveillance⁴⁴.

⁴⁰ Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier du 3 juin 2015 (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA-FINMA ; RS 955.033.0).

⁴¹ Art. 35 OBA-FINMA.

⁴² La circulaire 2008/10 "Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux" de la FINMA a été abrogée au début de l'année 2020. Les normes d'autorégulation reconnues et approuvées par la FINMA, dont la CDB 20, sont désormais répertoriées sur le site Internet de la FINMA (cf. <https://www.finma.ch/fr/documentation/autoregulation/anerkannte-selbstregulierung>).

⁴³ Cf. art. 35 OBA-FINMA.

⁴⁴ Cf. également le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 62.

En outre, contrairement à la procédure de sanction ordinaire, la décision de la Commission de surveillance dans une procédure sommaire n'est en principe pas motivée (r20). On attend d'une procédure sommaire qu'elle permette d'obtenir plus rapidement⁴⁵ et à moindre coût⁴⁶ une décision de la Commission de surveillance dans les cas simples.

Comme la procédure sommaire n'était initialement réglée que de manière rudimentaire à l'art. 62 CDB 16, la Commission de surveillance a été amenée à la régler de manière plus détaillée dans le Règlement de procédure. Dans la CDB 20, la procédure sommaire est désormais réglée de manière étendue⁴⁷.

Bien que la Commission de surveillance soit très favorable à l'institution de la procédure sommaire, elle n'a guère pu, au début, prononcer de décisions dans le cadre d'une telle procédure⁴⁸. Le nombre initialement très modeste de procédures sommaires s'explique par le fait que les banques et/ou les sociétés d'audit avaient méconnu à diverses reprises ses conditions d'application et que la requête nécessaire n'était donc pas suffisamment motivée ou documentée, raison pour laquelle dite requête a dû être rejetée dans ces cas. La Commission de surveillance a donc été amenée à publier, parmi les Leading Cases, une décision de son Président clarifiant les conditions de la procédure sommaire (r19)⁴⁹.

Entre-temps, les requêtes des banques pour la mise en œuvre d'une procédure sommaire ont été, de manière générale, suffisamment motivées et documentées. La *procédure sommaire* introduite par la CDB 16 est désormais *établie*. En 2021, la Commission de surveillance a déjà pris 30% de ses décisions en procédure sommaire. Les attentes liées à la procédure sommaire ont été satisfaites⁵⁰. Jusqu'à présent, les décisions de la Commission de surveillance ont été rendues sans exception dans un délai inférieur à six mois après l'ouverture de la procédure, et les frais mis à la charge de la banque dans la décision sont nettement moins élevés que dans des cas comparables, où une procédure d'enquête menée par un Chargé d'enquête devait être menée avant la procédure de sanction devant la Commission de surveillance.

2. *Rapport avec la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent*

Au cours de la période sous revue, la Commission de surveillance a dû se pencher à plusieurs reprises sur des questions relatives à la délimitation entre la CDB et d'autres réglementations, telles que notamment la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Il est incontesté que la Commission de surveillance et les

⁴⁵ Parce que la procédure d'enquête est supprimée.

⁴⁶ Parce que les frais de la procédure d'enquête ainsi que (sous réserve d'une requête de la banque à cet effet) les frais de motivation de la décision sont supprimés.

⁴⁷ Cf. art. 62 CDB 20. Les dispositions du Règlement de procédure du 27 mars 2017 ont essentiellement été transposées dans le texte de la CDB 20.

⁴⁸ Ainsi, la procédure sommaire n'a par exemple jamais été mise en œuvre jusqu'à fin 2016 (cf. à ce sujet *Friedli/Eichenberger*, RSD 5/2017, ch. I/2. p. 677).

⁴⁹ Le Président de la Commission de surveillance est compétent en première instance pour décider de la mise en œuvre de la procédure sommaire (art. 62 al. 3 CDB 20). Si la banque conteste la décision du Président, la Commission de surveillance statue définitivement sur la mise en œuvre de la procédure sommaire.1 (art. 62 al. 4 CDB 20).

⁵⁰ Cf. nbp 45 et nbp 46 ci-dessus sur les attentes concernant la procédure sommaire.

Chargés d'enquête ne sont compétents que pour clarifier et sanctionner les violations de la CDB⁵¹, et non les violations de la LBA (r1). La Commission de surveillance ne peut et ne doit donc pas juger, par exemple, si une banque avait des obligations de diligence particulières au sens de l'art. 6 LBA en lien avec les relations d'affaires et les transactions faisant l'objet de la procédure CDB. Le fait que les obligations de diligence selon la LBA vont au-delà des obligations de diligence décrites dans la CDB ne signifie toutefois pas que les clarifications effectuées par la banque sur la base de la LBA ne peuvent pas être pertinentes par rapport aux obligations de diligence découlant de la CDB (r3). Ainsi, il est tout à fait possible qu'une transaction ou une relation d'affaires insolite au sens de la LBA constitue en même temps une constatation insolite au sens de la CDB et déclenche les obligations correspondantes selon la CDB (r4).

3. *Les lacunes de la CDB 16*

Au cours de son activité, la Commission de surveillance a constaté que plusieurs dispositions de la CDB 08 n'avaient pas été reprises dans la CDB 16. La question se pose donc de savoir si ces "lacunes" dans la CDB 16 sont le fruit d'une décision délibérée ou simplement d'un oubli "législatif". Dans la plupart des cas, la Commission de surveillance est arrivée à la conclusion que l'ancienne réglementation de la CDB 08 restait valable sous la CDB 16, même à défaut d'avoir été reprise dans le texte de la CDB 16. Cela vaut par exemple pour le ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08, selon lequel une société de domicile ne peut pas être elle-même l'ayant droit économique (r38), le ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, selon lequel la banque doit refuser d'établir une relation d'affaires lorsqu'elle a des doutes non élucidés quant à l'ayant droit économique (r41) et pour l'art. 11 al. 3 CDB 08, selon lequel une sanction n'est prononcée en cas de violation de l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence, de l'interdiction de l'assistance active à la fuite des capitaux et de l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues que si ces violations ont été commises intentionnellement (r70). Bien que la CDB 16 ne contienne pas de disposition correspondant à l'art. 11 al. 3 CDB 08, une sanction pour violation de l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence, de l'interdiction de l'assistance active à la fuite des capitaux et de l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues (art. 46 - 57 CDB 16) n'est possible que si lesdits manquements ont été intentionnels, même dans le champ d'application de la CDB 16.

4. *Les constatations insolites*

Les banques doivent répéter la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique lorsqu'un doute survient (a) quant à l'exactitude des indications données sur l'identité du cocontractant, (b) sur le point de savoir si le détenteur du contrôle est toujours le même, (c) sur le point de savoir si l'ayant droit économique est toujours le même, ou (d) quant à l'exactitude des déclarations

⁵¹ Cf. art. 60 al. 2 CDB 20 et art. 61 al. 1 CDB 20.

faites au moyen des formulaires A, I, K, R, S et T et que ce doute n'a pas pu être levé par d'éventuelles clarifications (art. 46 al. 1 CDB 20)⁵².

Un *cas douteux* existe toujours lorsque des *constatations insolites* sont faites (r53). Selon la pratique de la Commission de surveillance, il y a constatations insolites notamment lorsque des transactions excédant les capacités financières du cocontractant sont effectuées sur un compte (r54). Cette condition est à coup sûr remplie lorsque des opérations de change portant sur un chiffre d'affaires total de plus d'un milliard de francs suisses sont effectuées via le compte privé d'un client (r55). Il faut également considérer comme constatation insolite le cas d'une banque ayant connaissance de modifications fondamentales des rapports de signature, de participation et de représentation chez un cocontractant, tel que le départ d'un associé et gérant d'une Sàrl autorisé à signer individuellement (r59 et r60).

5. *L'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle*

Sur la base des recommandations révisées du GAFI de 2012, la CDB 16 avait nouvellement introduit l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle des personnes morales et des sociétés de personnes actives sur le plan opérationnel (art. 20 - 26 CDB 16)⁵³. Un nouveau formulaire K avait été spécialement établi à cet effet et se trouve en annexe de la CDB. Par la suite, la Commission de surveillance a rendu d'importantes décisions pratiques concernant cette nouvelle obligation d'identification. D'une part, la Commission de surveillance a donné des explications essentielles sur le rapport entre l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle et l'obligation d'identifier l'ayant droit économique (r37). D'autre part, la Commission de surveillance a clarifié diverses questions particulières concernant l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle et le formulaire K utilisé à cet effet. Ainsi, comme elle l'avait déjà fait pour le formulaire A, la Commission de surveillance a également dû se pencher sur des cas où la banque s'était écartée du modèle de formulaire K annexé à la CDB et avait utilisé un formulaire K propre à la banque. Dans la continuité de sa pratique (stricte) concernant le formulaire A⁵⁴, la Commission de surveillance a décidé qu'un formulaire K propre à la banque, qui ne contient aucune indication sur le caractère punissable du fait de remplir intentionnellement le formulaire de manière erronée et sur la disposition légale correspondante de l'art. 251 CP⁵⁵, ne remplit pas les exigences prévues par la CDB (r32). Un formulaire K dans lequel la rubrique concernant la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire fait défaut a également été qualifié d'inadmissible. En effet, depuis la modification de la CDB (et de la LBA) entrée en vigueur le 1er janvier 2016, l'ayant droit économique doit en principe toujours être identifié. La question relative à la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire pour un tiers dans le formulaire K constitue à cet égard la première étape (nécessaire) de l'identification de l'ayant droit économique (r33 et r37). Par ailleurs, la Commission de surveillance a dû évaluer dans quelles conditions il peut être exceptionnellement renoncé à

⁵² Cf. également l'art. 46 al. 1 CDB 16 et l'art. 6 CDB 08.

⁵³ Cf. également les art. 20 à 26 de la CDB 20.

⁵⁴ Cf. à ce sujet *Friedli/Eichenberger*, SZW 5/2017, p. 681.

⁵⁵ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

l'identification des détenteurs du contrôle dans le cadre de relations d'affaires avec des intermédiaires financiers (r34) ou avec des associations et fondations d'utilité publique (r35).

6. *L'obligation de documentation et de mise en sûreté*

La CDB exige non seulement que les banques vérifient l'identité de leurs cocontractants et identifient les détenteurs du contrôle et les ayants droit économiques, mais aussi qu'elles documentent dûment ces données de manière compréhensible (art. 44 CDB 20)⁵⁶. En principe, tous les documents nécessaires à la vérification de l'identité du cocontractant, à l'identification des détenteurs du contrôle et à l'identification de l'ayant droit économique doivent être disponibles dans leur intégralité et sous la forme voulue avant qu'un compte puisse être utilisé (art. 45 al. 1 CDB 20)⁵⁷. Est considéré comme moment de l'ouverture du compte le moment où il est techniquement possible de l'utiliser pour effectuer des opérations (art. 45 al. 2 CDB 20)⁵⁸. En revanche, le fait que le compte soit effectivement utilisé par le client ou le moment auquel il l'est n'est pas pertinent (r43). La règle selon laquelle les documents ayant servi à l'identification doivent être disponibles avant l'établissement de la relation d'affaires ne s'applique pas seulement à l'ouverture de comptes, mais aussi à l'ouverture de dépôts, à la conclusion de contrats de gestion de fortune, à l'exécution d'opérations de négoce et de caisse, etc. (r46). Ce n'est qu'exceptionnellement et uniquement si certaines données et/ou documents manquent ou si certains documents ne sont pas en bonne et due forme qu'un compte peut déjà être utilisé auparavant (art. 45 al. 3 CDB 20)⁵⁹. Il n'est possible d'invoquer cette exception que si l'identité du cocontractant, du détenteur du contrôle et/ou de l'ayant droit économique est clairement établie et que seuls certains renseignements et/ou documents font défaut (r44 et r45).

7. *Élément constitutif subjectif*

En cas de manquement aux obligations de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence, à l'interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux et à l'interdiction d'assistance active à la fraude fiscale et à des actes analogues, une sanction n'est prononcée que si elle est intentionnelle (art. 64 al. 2 CDB 20). Cette règle s'applique également sous la CDB 16, bien que le texte de la CDB 16 ne le prévoit pas (r70). Si la sanction d'une violation de la CDB suppose une intention, le dol éventuel suffit (r71). Au cours de la période sous revue, la Commission de surveillance a poursuivi sa pratique stricte concernant la notion de dol éventuel. Ainsi, il y a toujours intention, à tout le moins par dol éventuel, lorsqu'une banque a renoncé à prendre les mesures qu'une banque prudente aurait prises dans la même situation (r72). C'est par exemple le cas lorsque, contrairement à

⁵⁶ Cf. également l'art. 44 CDB 16 ainsi que le ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et le ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

⁵⁷ Cf. également l'art. 45 CDB 16 ainsi que le ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et le ch. 35 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

⁵⁸ C'est donc le moment à partir duquel "on peut y passer des écritures" qui est déterminant (comme le précise explicitement le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 20], art. 45).

⁵⁹ Cf. également l'art. 45 al. 3 CDB 16 ou le ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et le ch. 35 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

l'obligation de documentation et de mise en sûreté explicitement prévue par la CDB, la banque s'abstient de consigner dans le dossier la date de réception du nouveau formulaire A (r73).

8. Fixation de l'amende conventionnelle

En cas de violation de la CDB, la banque fautive peut se voir infliger une amende conventionnelle allant jusqu'à CHF 10 millions (art. 64 al. 1 CDB 20)⁶⁰. Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il convient de tenir dûment compte de la gravité de la violation, du degré de culpabilité et de la situation patrimoniale de la banque. Il convient également de tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans la même affaire⁶¹.

Dans une décision de principe, la Commission de surveillance s'est penchée en détail sur la sentence arbitrale du 14 septembre 2009⁶² et est parvenue à la conclusion qu'il existait des raisons sérieuses et objectives de réviser la jurisprudence actuelle de la Commission de surveillance, fondée sur la sentence arbitrale, concernant la fixation de l'amende conventionnelle. Selon la (nouvelle) pratique de la Commission de surveillance, il convient d'atténuer l'amende lorsqu'une banque dépose une (véritable) autodénonciation, reconnaît expressément avoir violé la CDB et a remédié aux infractions constatées ou pris des mesures pour que de telles infractions ne puissent plus se reproduire. Un comportement particulièrement exemplaire de la banque "après les faits" doit donc être pris en compte pour atténuer l'amende (r80).

La situation patrimoniale de la banque est un critère important pour la fixation de l'amende conventionnelle. La Commission de surveillance a décidé, en précisant sa jurisprudence antérieure, que la détermination de la situation patrimoniale devait se fonder en premier lieu sur les *fonds propres* de la banque (r85). C'est en principe la situation patrimoniale au moment de la décision de la Commission de surveillance qui est déterminante, en se basant sur les valeurs moyennes des périodes les plus récentes (r86). Si la banque concernée a fusionné avec une autre banque avant la décision de la Commission de surveillance, ce n'est exceptionnellement pas la situation patrimoniale actuelle qui est déterminante, mais la situation économique antérieure à la date de la fusion (r87).

Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il faut également tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans la même affaire. La Commission de surveillance a précisé que cette circonstance (une mesure prononcée par une autre instance dans la même affaire) devait être prouvée par la banque (r89). Tout en laissant ouverte la question de savoir si la notion d'"autres instances" englobait également les autorités judiciaires étrangères, la Commission de surveillance a décidé qu'une confiscation par la FINMA des gains

⁶⁰ Les recettes des amendes conventionnelles, après couverture des coûts, sont traditionnellement versées au Comité international de la Croix-Rouge (cf. art. 64 al. 3 CDB 20).

⁶¹ Cf. pour plus de détails quant aux différents critères pour la fixation de l'amende conventionnelle : *Dominik Eichenberger*, Die Sanktionen der Aufsichtskommission bei VSB-Verletzungen, in : Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen, GesKR, 4/2019, p. 591 ss.

⁶² Cf. pour plus de détails sur cette sentence arbitrale : *Georg Friedli/Dominik Eichenberger*, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, in : SZW 1/2011, p. 60 ; ci-après : *Friedli/Eichenberger*, SZW 1/2011.

acquis ne constituait pas une mesure prononcée par une autre instance dans la même affaire (r91). De même, les frais de procédure imposés à une banque par la FINMA dans le cadre d'une procédure d'enforcement (r92) ou les frais encourus lors du traitement de l'affaire par la société d'audit ne doivent pas être pris en compte (r93). Le versement d'indemnités transactionnelles aux personnes lésées n'a également pas d'incidence sur le montant de l'amende conventionnelle (r90).

III. Questions de procédure

r1 Compétence de la Commission de surveillance et des Chargés d'enquête

La Commission de surveillance et les Chargés d'enquête ne sont compétents que pour clarifier et sanctionner les violations de la CDB, et non les manquements aux obligations contenues dans d'autres réglementations (comme le CP ou la LBA).

Décision de la Commission de surveillance CDB du 5 septembre 2019 (procédure n° 507)

r2 Champ d'application de la CDB. Compétence de la Commission de surveillance en cas de violations de la CDB commises par une filiale suisse d'une banque (non).

Une banque avait dénoncé une violation de la CDB qui n'avait pas été commise par elle-même, mais par sa filiale suisse active en tant que gestionnaire de fortune, laquelle n'avait pas adhéré à la CDB. Faute de signature de la CDB, la Commission de surveillance n'a pas la compétence de condamner la filiale à une amende conventionnelle. Il n'existe pas non plus de base légale permettant d'engager la responsabilité de la banque pour les violations de la CDB commises par sa filiale (suisse), ce qui permettrait à la Commission de surveillance de sanctionner la banque. La procédure ouverte contre la banque sur la base de son autodénonciation a donc été suspendue par la Commission de surveillance. Faute de compétence, aucune procédure de sanction au sens de l'art. 61 CDB 16 n'a été ouverte contre la filiale⁶³.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2019 (procédure n° 510).

r3 Relation entre la CDB et la LBA. Enseignements tirés des clarifications LBA.

Même si les obligations de diligence selon la LBA vont au-delà de celles décrites dans la CDB et que la Commission de surveillance n'est pas compétente pour juger des violations de la LBA⁶⁴, les informations recueillies par la banque lors de ses clarifications LBA sur l'origine des valeurs patrimoniales peuvent néanmoins être pertinentes au regard des obligations de diligence découlant de la CDB. Les informations et documents collectés dans le cadre des clarifications LBA peuvent par exemple donner lieu à des doutes au sens de l'art. 6 CDB 08⁶⁵.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 28 octobre 2020 (procédure n° 511).

⁶³ Cf. pour plus de détails sur la justification de la Commission de surveillance : Leading Cases de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er janvier 2019 au 30 juin 2019, let. C, ch. 2, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁶⁴ Cf. r1.

⁶⁵ Cf. l'art. 46 CDB 16 ou l'art. 46 CDB 20.

r4 *Rapport CDB-LBA. Relations d'affaires insolites ou transactions insolites au sens de la LBA.*

L'existence d'obligations de diligence particulières au sens de la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (ou leur violation) ne doit pas être assimilée à l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence au sens de la CDB (ou sa violation). Si un état de fait déclenche des obligations de clarification selon la LBA, cela n'exclut toutefois pas que cela déclenche également des obligations de clarification au sens de la CDB. Il est tout à fait concevable qu'une transaction ou une relation d'affaires insolite au sens de la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent constitue en même temps une constatation insolite au sens de la CDB ; cela n'est toutefois pas impératif.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 14 mars 2019 (procédure n° 498).

r5 *Interprétation de la CDB. Prise en compte du Commentaire.*

Dans ses décisions, la Commission de surveillance tient compte du Commentaire de la CDB publié par l'ASB⁶⁶. Elle n'est toutefois pas liée par le Commentaire. La Commission de surveillance décide librement de l'interprétation de la CDB, le Commentaire n'étant qu'un moyen d'interprétation parmi d'autres (mais un moyen d'interprétation néanmoins).

Décision de la Commission de surveillance CDB du 5 septembre 2019 (procédure n° 504).

r6 *Droit transitoire. "Lex mitior" (non).*

Conformément à la disposition transitoire de l'art. 70 al. 2 CDB 20, les dispositions de la CDB 20 s'appliquent aux relations d'affaires établies après le 1^{er} janvier 2020. Pour les relations d'affaires existantes, la CDB 20 s'applique lorsqu'une répétition des obligations de diligence selon l'art. 46 a lieu après le 1^{er} janvier 2020. Contrairement aux versions précédentes de la CDB⁶⁷, la CDB 20 ne connaît plus de règle de "lex mitior" selon laquelle les nouvelles règles de la CDB actuelle s'appliquent aux relations d'affaires existantes si elles sont plus favorables. Les dispositions de la CDB en vigueur à l'époque (CDB 16 ou CDB 08) continuent donc de s'appliquer aux faits s'étant produits avant l'entrée en vigueur de la CDB 20.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 4 mars 2020 (procédure n° 513).

r7 *Droit transitoire. Procédure applicable.*

Les violations de versions antérieures de la CDB sont sanctionnées⁶⁸, d'après l'art. 70 al. 3 CDB 20, selon les règles de procédure et de prescription définies dans la CDB 20. L'art. 70 al. 3 CDB 20 se réfère donc aux dispositions de procédure de la section 1 (note marginale : "Procédure") du chapitre 8 de la CDB 20 (art. 59 - 62 CDB 20) ainsi qu'aux dispositions relatives à la prescription de l'art. 65 CDB 20. Les faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur de la CDB 20 sont donc matériellement jugés et, le cas échéant, sanctionnés selon les dispositions de la CDB en vigueur à l'époque (CDB 16 ou CDB 08), mais en application des dispositions de procédure et de prescription des art. 59 - 62 CDB 20 et 65 CDB 20.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 4 mars 2020 (procédure n° 513).

r8 *Ouverture de la procédure d'enquête. Pouvoir du Chargé d'enquête*

⁶⁶ Art. 3 CDB 20. Cf. également l'art. 3 CDB 16 et le ch. 4 des dispositions d'exécution de l'art. 1 CDB 08.

⁶⁷ Cf. par exemple l'art. 70 al. 3 CDB 16 et l'art. 15 al. 2 CDB 08.

⁶⁸ Cf. r6.

Les Chargés d'enquête sont habilités à ouvrir une procédure d'enquête sur la base de leurs propres constatations, d'une dénonciation de la société d'audit ou d'une dénonciation de la FINMA ou d'une autre autorité suisse, d'une autodénonciation d'une banque ou sur la base d'articles parus dans les médias⁶⁹. Il ne découle pas de l'art. 60 al. 1 CDB 20, selon lequel le Chargé d'enquête procède aux investigations nécessaires "sur mandat de la Commission de surveillance", que la Commission de surveillance doit d'abord décider formellement de l'ouverture d'une procédure d'enquête et instruire ensuite un Chargé d'enquête de la mener. L'ouverture d'une procédure d'enquête par le Chargé d'enquête, sous sa propre responsabilité et indépendamment de la Commission de surveillance, est tout à fait admissible et correspond à une pratique de longue date⁷⁰.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2020 (procédure n° 521).

r9 *Ouverture de la procédure d'enquête. Dénonciation par des particuliers.*

Selon la pratique de la Commission de surveillance, il faut également donner suite, le cas échéant, aux dénonciations de tiers privés⁷¹. Les procédures CDB étant confidentielles⁷², il n'y a toutefois pas lieu de fournir aux dénonciateurs privés des informations sur la suite donnée à leur dénonciation.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 10 mars 2021 (procédure n° 524).

r10 *Recevabilité des actes d'enquête. Extension des actes d'enquête. Compétence du Président.*

La disposition de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête, selon laquelle le Président de la Commission de surveillance décide de l'admissibilité des actes d'enquête contestés, s'applique également lorsque l'admissibilité de l'*extension* d'une enquête déjà en cours, extension régie à l'art. 3 al. 2 du Règlement d'enquête, est contestée.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 17 décembre 2018 (procédure n° 491).

r11 *Proportionnalité des enquêtes. Compétence du Président. Procédure.*

Le Président de la Commission de surveillance est compétent pour décider de l'admissibilité d'actes d'enquête contestés lorsque la banque et le Chargé d'enquête ne parviennent pas à s'entendre⁷³. Tant la banque que le Chargé d'enquête ont le droit de s'adresser au Président de la Commission de surveillance et de demander une décision sur l'admissibilité d'actes d'enquête contestés⁷⁴. En principe, aucun délai ne s'applique à la saisine du Président de la Commission de surveillance⁷⁵.

⁶⁹ Cf. art. 4 al. 1 du Règlement d'enquête.

⁷⁰ Les Chargés d'enquête doivent informer la Commission de surveillance de l'ouverture d'une procédure d'enquête de leur propre chef (cf. art. 5 al. 1 du Règlement d'enquête).

⁷¹ Cf. *Friedli/Eichenberger*, RSD 1/2011, ch. III/2, p. 50.

⁷² A savoir la procédure d'enquête du Chargé d'enquête et la procédure de sanction de la Commission de surveillance.

⁷³ Art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête.

⁷⁴ En pratique, c'est généralement le Chargé d'enquête qui saisit le Président de la Commission de surveillance s'il souhaite maintenir un acte d'enquête contesté (car la banque peut en principe se contenter de refuser de coopérer).

⁷⁵ La saisine du Président de la Commission de surveillance peut toutefois s'avérer tardive dans la mesure où la banque n'a pas initialement contesté la proportionnalité des actes d'enquête en question, mais leur a au contraire déjà donné suite. Dans un tel cas, la banque a par ses actes perdu son droit de saisir le président de la Commission de surveillance, raison pour laquelle il n'est plus possible d'entrer en matière sur sa requête (cf. pour plus de détails : *Friedli/Eichenberger*, RSD 1/2011, p. 50).

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 21 octobre 2020 (procédure n° 509).

r12 *Proportionnalité des enquêtes. Faits manifestement non pertinents.*

D'après la pratique de la Commission de surveillance, les dispositions de l'art. 3 du Règlement d'enquête relatives à la (dis)proportionnalité des enquêtes ou des actes d'enquête des Chargés d'enquête doivent certes être interprétées de manière extensive⁷⁶. Sont toutefois inadmissibles les actes d'enquête qui ne sont clairement pas appropriés, pas nécessaires et/ou qui sont intolérables. Il convient toutefois de faire preuve de retenue avant de qualifier un acte d'enquête de disproportionné. Ce n'est que si les faits supposés par le Chargé d'enquête et faisant l'objet de ses investigations sont manifestement non pertinents sur le plan juridique, parce que les faits - même s'ils étaient prouvés - ne sont pas, ou très probablement pas, appréhendés par la CDB, qu'il convient de renoncer à des investigations supplémentaires.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 21 octobre 2020 (procédure n° 509).

r13 *Proportionnalité des enquêtes. Violations de la CDB manifestement prescrites.*

Il convient de renoncer à l'ouverture d'une enquête CDB lorsque les (éventuelles) violations de la CDB dénoncées sont manifestement prescrites et ne peuvent donc plus être poursuivies⁷⁷. Même dans ces cas, on ne peut toutefois renoncer à l'ouverture d'une enquête que si la situation de fait et de droit est claire⁷⁸.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 10 mars 2021 (procédure n° 524).

r14 *Récusation des Chargés d'enquête. Applicabilité de l'art. 10 PA.*

Dans les procédures d'enquête menées par les Chargés d'enquête, il existe un droit de récusation⁷⁹. Les conditions dans lesquelles un Chargé d'enquête doit se récuser ou peut être récusé sont régies par l'art. 10 PA⁸⁰.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2020 (procédure n° 521).

⁷⁶ Leading Cases de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, let. B, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁷⁷ Conformément à l'art. 65 CDB 20 concernant la prescription, les violations de la CDB qui remontent à plus de cinq ans ne sont plus poursuivies. Cf. par ailleurs sur la prescription de la CDB : *Eichenberger*, GesKR, 4/2017, p. 441 ss.

⁷⁸ Cf. également r12.

⁷⁹ Pour la procédure de sanction devant la Commission de surveillance, cela découle de l'art. 2 al. 2 du Règlement de procédure, qui déclare subsidiairement applicables les dispositions de la PA à la procédure devant la Commission de surveillance. Même si ni la CDB ni le Règlement d'enquête régissant l'activité des Chargés d'enquête ne contiennent de dispositions sur la récusation, il ne fait aucun doute que rien d'autre ne peut s'appliquer à la procédure d'enquête menée par les Chargés d'enquête.

⁸⁰ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

r15 *Récusation. Compétence.*

Le Président de la Commission de surveillance est compétent pour statuer sur une demande de récusation dirigée contre un Chargé d'enquête. Si la récusation d'un membre de la Commission de surveillance est contestée, la Commission de surveillance statue sur ce point en appliquant par analogie l'art. 10 al. 2 PA, à l'exclusion du membre concerné.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2020 (procédure n° 521).

r16 *Clôture de l'enquête. Nature juridique du rapport d'enquête.*

Le rapport d'enquête clôturant la procédure d'enquête et contenant les conclusions du Chargé d'enquête n'a pas le caractère d'une demande au sens de la procédure civile ni celui d'un acte d'accusation au sens de la procédure pénale. En conséquence, le rapport d'enquête ne doit pas non plus satisfaire aux exigences en matière d'allégation et de preuve de la procédure civile ou aux exigences découlant du principe d'accusation de la procédure pénale. Dans sa décision, la Commission de surveillance n'est expressément pas liée par le rapport d'enquête et les conclusions qui y sont formulées par le Chargé d'enquête⁸¹. Elle est au contraire compétente de manière autonome, sur la base du dossier qui lui est présenté par le Chargé d'enquête⁸², pour clarifier et sanctionner les violations de la CDB⁸³ et pour, si nécessaire, recueillir d'autres preuves et compléter le dossier de sa propre initiative⁸⁴.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r17 *Clôture de l'enquête. Contenu du rapport d'enquête.*

Dans le rapport d'enquête du Chargé d'enquête⁸⁵, les faits doivent être décrits de manière suffisamment précise pour permettre à la banque concernée de savoir ce qui lui est concrètement reproché et d'exercer ses droits de défense de manière adéquate. Des imprécisions ou des lacunes mineures dans la description des faits n'ont pas d'importance décisive tant que la banque sait clairement quelles sont les violations de la CDB qui lui sont reprochées.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r18 *Clôture de l'enquête. Délai de 9 mois.*

La disposition de l'art. 20 al. 2 du Règlement d'enquête, selon laquelle la procédure d'enquête doit en règle générale être clôturée dans un délai de neuf mois à compter de son ouverture, est une simple prescription d'ordre dont le non-respect n'affecte pas la validité de la procédure d'enquête et/ou du rapport du Chargé d'enquête.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

⁸¹ Art. 2 al. 3 du Règlement de procédure.

⁸² Cf. art. 13 al. 1 en relation avec l'art. 6 al. 2 let. a du Règlement de procédure.

⁸³ Cf. art. 61 al. 1 CDB 20.

⁸⁴ Art. 13 al. 2 du Règlement de procédure.

⁸⁵ Cf. r16 sur la nature juridique du rapport d'enquête.

r19 Procédure sommaire. Conditions préalables. Exigences relatives au rapport de contrôle.

Selon l'art. 62 al. 1 et 2 CDB, la mise en œuvre de la procédure sommaire suppose (cumulativement), d'une part, qu'il s'agisse d'un "cas simple"⁸⁶ et, d'autre part, que la banque joigne à son autodénonciation le dossier complet ainsi qu'un rapport d'une société d'audit décrivant à la fois les faits déterminants et mentionnant les dispositions de la CDB concernées. Le rapport de la société d'audit remplace le rapport d'enquête que le Chargé d'enquête doit établir dans le cadre de la procédure ordinaire⁸⁷. Outre la description la plus précise possible des faits, le rapport de la société d'audit doit indiquer avec précision, en mentionnant les dispositions applicables de la CDB, quels sont les éléments constitutifs de violations de la CDB réalisés par l'état de fait décrit⁸⁸.

La mise en œuvre de la procédure sommaire présuppose donc un rapport d'une société d'audit qui décrit tant les faits que les dispositions de la CDB concernées de telle sorte que la Commission de surveillance soit en mesure, sur la base de ce rapport et sans autre examen des faits, de prendre une décision motivée quant à la violation ou non de la CDB par la banque dans les cas (auto-)dénoncés⁸⁹. Si le rapport de la société d'audit n'est pas conforme à ces exigences, la demande de mise en œuvre de la procédure sommaire au sens de l'art. 62 CDB 20 doit être rejetée et la dénonciation de la banque doit être transmise au Chargé d'enquête en vue de l'ouverture d'une procédure d'enquête au sens de l'art. 60 CDB 20.

Décision du Président de la Commission de surveillance CDB du 28 décembre 2020 (procédure n° 520).

r20 Procédure sommaire. Motivation de la décision.

Contrairement à la procédure de sanction ordinaire, la décision de la Commission de surveillance dans le cadre de la procédure sommaire n'est pas motivée. La banque a toutefois la possibilité de demander ultérieurement à la Commission de surveillance une motivation écrite détaillée⁹⁰. La Commission de surveillance fixe à la banque un délai de dix jours pour ce faire.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 13 novembre 2019 (procédure n° 512).

r21 Procédure sommaire. Frais de procédure.

Si la Commission de surveillance doit motiver ultérieurement sa décision par écrit (à la suite d'une demande de la banque)⁹¹, cette motivation donne lieu à un émolument qui vient s'ajouter aux frais de procédure⁹². La Commission de surveillance fixe au préalable dans le dispositif de sa décision le montant de l'émolument en cas de demande d'une motivation écrite par la banque.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 13 novembre 2019 (procédure n° 512).

⁸⁶ En français : "dans les cas simples" ; en italien : "nei casi che presentano una configurazione semplice" ; en anglais : "for simple cases".

⁸⁷ Cf. art. 60 al. 1 CDB 20 en relation avec l'art. 6 du Règlement d'enquête.

⁸⁸ Cf. art. 62 al. 2, CDB 20.

⁸⁹ Cf. également le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 62.

⁹⁰ Cf. art. 62 al. 6 CDB 20.

⁹¹ Cf. r20.

⁹² Art. 62 al. 6 CDB 20.

r22 Exceptions à l'obligation de diligence. Obligation de mise en sûreté. Fardeau de la preuve.

Dans le cadre d'une procédure CDB, il appartient à la banque de prouver qu'elle a respecté ses obligations de diligence⁹³. Ceci est d'autant plus vrai si la banque veut se prévaloir d'une disposition d'exception⁹⁴. Si une banque fait valoir qu'il existe une exception à une obligation d'identification, elle doit alors clarifier ses conditions d'application et les documenter dans le cadre de l'obligation de documentation et de mise en sûreté⁹⁵.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 5 septembre 2019 (procédure n° 504).

r23 Mesure de la diligence. Approche basée sur les risques. Relation d'affaires à risques accrus.

Selon l'approche basée sur le risque⁹⁶, fondement de la CDB, le degré de diligence que la banque doit appliquer dépend des circonstances concrètes de la relation d'affaires concernée. Si la banque classe elle-même – à juste titre – la relation d'affaires concernée dans la catégorie des relations d'affaires à risques accrus, elle doit par conséquent faire preuve d'un degré de diligence accru.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 10 octobre 2018 (procédure n° 497).

r24 Mesure de la diligence. Soupçon d'actes punissables.

Lorsqu'une relation d'affaires implique des personnes (que ce soit en tant que cocontractants, ayants droit économiques et/ou signataires autorisés) pour lesquelles il existe de sérieux soupçons de participation à des activités délictueuses et notamment à des actes de blanchiment d'argent, un degré de diligence accru s'applique.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 17 décembre 2019 (procédure n° 505).

r25 Mesure de la diligence. Affaires insolites.

Le degré de diligence dont doit faire preuve la banque pour identifier l'ayant droit économique dépend notamment du type d'opérations. Dans un cas soumis à la Commission de surveillance, une banque avait ouvert un compte qui avait été utilisé pour effectuer une opération conforme à la charia, c'est-à-dire relevant de ce que l'on appelle le "Islamic Banking". Par la suite, des transactions ont été effectuées via le compte en question, dans le cadre d'une transaction juridique conforme au droit islamique s'écartant considérablement d'une opération bancaire conventionnelle. Lors de l'exécution de transactions aussi insolites, il convient de faire preuve d'un degré de diligence accru. Comme la banque a poursuivi la relation d'affaires sans procéder à des clarifications supplémentaires pour comprendre

⁹³ Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001 - 2005, let. C, ch. 1.6, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent. Cf. également Lorenz Meyer, Weitere drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken (1981 - 1983), p. 14 s.

⁹⁴ En l'espèce, la banque avait fait valoir que le cocontractant était une autorité étrangère et qu'il était donc possible de renoncer à l'identification des détenteurs du contrôle sur la base de l'art. 23 CDB 16. Etant donné que les documents recueillis par la banque ne permettaient pas de déterminer de manière fiable si le cocontractant devait effectivement être qualifié d'autorité au sens de l'art. 23 CDB 16, la Commission de surveillance a retenu une violation de la CDB.

⁹⁵ Cf. art. 44 CDB 16.

⁹⁶ Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), p.8. Cf. également le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), p. 6 et le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), p. 22.

réellement l'opération insolite en question, elle a violé son obligation de diligence lors de l'identification de l'ayant droit économique. La Commission de surveillance a ainsi confirmé sa pratique selon laquelle les banques doivent réellement comprendre les affaires dans lesquelles elles sont impliquées : si une banque ne comprend pas une transaction ou les contrats qui la sous-tendent, elle doit soit s'informer et se documenter davantage, soit renoncer à sa participation à l'exécution de la transaction⁹⁷.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 17 décembre 2019 (procédure n° 505).

r26 *Obligation de coopération des banques. Amende conventionnelle pour violation de l'obligation de coopérer.*

Dans une procédure CDB, les banques sont tenues de collaborer à l'établissement des faits pertinents⁹⁸. Si une banque refuse de coopérer aux actes d'enquête de la Commission de surveillance ou d'un Chargé d'enquête, la Commission de surveillance peut prononcer une amende conventionnelle au sens de l'art. 64 CDB 20 sur la base de l'art. 61 al. 2 CDB 20. Le prononcé d'une amende conventionnelle pour violation de l'obligation de collaborer suppose que la banque n'ait pas donné suite à une demande concrète et claire de production de documents émanant du Chargé d'enquête (ou de la Commission de surveillance).

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r27 *Suspension de la procédure. Motivation de la décision*

En règle générale, les ordonnances de suspension ne sont pas motivées⁹⁹. Il est cependant tout à fait admissible, et parfois même indiqué, de motiver les ordonnances de suspensions, notamment lorsque des questions fondamentales se posent dans le cadre de l'ordonnance de suspension et/ou que le Chargé d'enquête et la banque ont formulé des demandes très différentes quant à l'issue de la procédure.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2019 (procédure n° 510).

IV. *Vérification de l'identité du cocontractant*

Les banques sont tenues de vérifier l'identité du cocontractant lors de l'établissement d'une relation d'affaires¹⁰⁰.

r28 *Vérification de l'identité des personnes qui ouvrent les comptes et prise de connaissance des dispositions relatives à la représentation. Banques et autres intermédiaires financiers en tant que cocontractants.*

Selon l'art. 15 al. 4 CDB 16, en cas de relations d'affaires avec des intermédiaires financiers au sens de l'art. 24 CDB 16 et de l'art. 33 CDB 16, une liste de signatures autorisées, un échange de clés électroniques ou d'autres moyens usuels dans les affaires peuvent exceptionnellement être utilisés en lieu et place de la procédure

⁹⁷ Cf. *Friedli/Eichenberger*, SZW 5/2017, p. 691.

⁹⁸ Art. 18 du Règlement d'enquête.

⁹⁹ Art. 7 al. 4 du Règlement de procédure.

¹⁰⁰ Art. 4 à 19 CDB 20. Cf. également art. 4 à 19 CDB 16 et art. 2 CDB 08.

prévue à l'art. 15 al. 1 – 3 CDB 16¹⁰¹. Il n'existe aucune différence matérielle entre l'art. 24 CDB 16 et l'art. 33 CDB 16, malgré la différence de libellé de ces deux dispositions. Tant l'art. 24 CDB 16 que l'art. 33 CDB 16 exigent donc, pour les banques et autres intermédiaires financiers ayant leur siège à l'étranger, une surveillance *prudentielle* appropriée et (cumulativement) une réglementation adéquate en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 25 novembre 2020 (procédure n° 516).

r29 *Vérification de l'identité des personnes établissant la relation d'affaires et prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant. Banques et autres intermédiaires financiers en tant que cocontractants. Réglementation adéquate en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.*

La notion de "réglementation appropriée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme" au sens de l'art. 24 CDB 16 et de l'art. 33 CDB 16¹⁰² n'est pas décrite plus en détail dans la CDB. Il incombe donc aux banques de décider au cas par cas de l'existence d'une surveillance et d'une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans un pays donné. Un critère possible à cet égard est la liste des pays du GAFI¹⁰³, mais il faut également tenir compte, le cas échéant, d'autres critères tels que les estimations de Transparency International, d'autres avis d'ONG, etc. Ce sont toujours les circonstances concrètes du cas d'espèce qui sont déterminantes.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 25 novembre 2020 (procédure n° 516).

r30 *Relation avec le trust. Preuve de l'habilitation du trustee. Admissibilité d'un avis de droit (oui).*

Dans le cas d'une relation avec un trust, le trustee doit confirmer par écrit qu'il est autorisé à établir une relation d'affaires auprès de la banque au nom du trust¹⁰⁴. Alternativement, l'autorisation du trustee peut être prouvée au moyen d'un avis de droit. Cet avis de droit ne doit pas nécessairement émaner du trustee, mais peut sans autre être établie par un tiers (par exemple un avocat)¹⁰⁵.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 1er février 2017 (procédure n° 480).

r31 *Documentation des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant. Exigences relatives aux documents d'identification.*

Lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec une personne morale, la banque doit également prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et les documenter¹⁰⁶. La CDB est toutefois moins exigeante en ce qui concerne les documents relatifs aux dispositions régissant le pouvoir d'engager des personnes morales que pour ceux servant à l'identification de ces dernières : pour vérifier ou

¹⁰¹ Sur la raison de cette règle particulière, cf. le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 15.

¹⁰² Cf. également r28.

¹⁰³ Cf. Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 24 et art. 33.

¹⁰⁴ Art. 16 al. 3 CDB 20. Cf. également l'art. 16 al. 3 CDB 16 et le ch. 15 al. 3 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08.

¹⁰⁵ Cf. également le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 16.

¹⁰⁶ Art. 15 al. 3 CDB 20. Cf. également l'art. 15 al. 3 CDB 16 et le ch. 14 al. 3 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08.

documenter les dispositions relatives aux pouvoirs d'engager, les documents établis par le cocontractant lui-même, tels que règlements internes, carnets de signatures, procès-verbaux, etc., sont également admis - contrairement à la vérification proprement dite de l'identité du cocontractant, qui exige en principe un extrait d'un registre officiel¹⁰⁷.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 17 novembre 2021 (procédure n° 509).

V. Identification des détenteurs du contrôle

Depuis l'entrée en vigueur de la CDB 16, les banques sont tenues d'identifier par écrit le détenteur du contrôle pour les personnes morales ou les sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle¹⁰⁸.

r32 Dérogation au modèle de formulaire K. Non référence au caractère punissable du fait de remplir intentionnellement le formulaire de manière erronée.

Le propre formulaire K d'une banque ne faisant pas référence au caractère punissable du fait de remplir intentionnellement le formulaire de manière erronée et à la disposition légale correspondante de l'art. 251 CP ne satisfait pas aux exigences de la CDB¹⁰⁹.

Décision de la Commission de surveillance CSB du 2 septembre 2020 (procédure n° 506).

r33 Différence par rapport au modèle du formulaire K. Absence de la rubrique concernant la "détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire".

Un formulaire K sans rubrique relative à la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire ("*Une tierce personne est-elle ayant droit économique des valeurs patrimoniales comptabilisées sur la relation d'affaire susmentionnée ?*") est défectueux¹¹⁰. En effet, la question relative à la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire permet à la banque d'identifier non seulement les détenteurs du contrôle, mais aussi, les cas échéant,

¹⁰⁷ Cf. art. 12 s. CDB 20.

¹⁰⁸ Art. 20 à 26 CDB 20. Cf. également l'art. 20 à 26 CDB 16.

¹⁰⁹ Cf. déjà, pour une réglementation analogue pour le formulaire A, *Georg Friedli*, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, ch. V/2.3.7.1, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹¹⁰ La rubrique relative à la "détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire" contenue dans le formulaire type K repose sur la disposition de l'art. 30 CDB 16 ou CDB 20, qui prévoit que, pour les personnes morales et les sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotées en bourse, une déclaration relative à l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales doit être recueillie lorsque le cocontractant déclare détenir les valeurs patrimoniales déposées auprès de la banque pour un tiers déterminé. La question de la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire ne porte donc finalement pas sur l'identification des détenteurs du contrôle, mais vise plutôt à identifier correctement l'ayant droit économique (cf. pour plus de détails r37).

les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales. La rubrique relative à la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire est donc un élément important du modèle du formulaire K.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 2 septembre 2020 (procédure n° 506).

r34 *Notion d'intermédiaire financier au sens de l'art. 24 CDB 16. Obligation d'identification des détenteurs du contrôle.*

Conformément à l'art. 24 CDB 16, il est possible de renoncer à l'obligation d'identification des détenteurs du contrôle lorsque les cocontractants sont des banques et d'autres intermédiaires financiers. Sont considérés comme "autres intermédiaires financiers" au sens de l'art. 24 al. 1 CDB 16 (uniquement) les intermédiaires financiers soumis à une surveillance selon une loi spéciale au sens de l'art. 2 al. 2 LBA ainsi que les institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts au sens de l'art. 2 al. 4 let. b LBA, et non pas tous les intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 LBA. La notion "d'autre intermédiaire financier" au sens de l'art. 24 al. 1 CDB 16 est donc identique à la notion "d'autre intermédiaire financier" au sens de l'art. 33 al. 1 CDB 16.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 4 mars 2020 (procédure n° 513).

r35 *Associations et fondations poursuivant des buts d'intérêt public et ayant une activité opérationnelle. Exceptions à l'obligation d'identification des détenteurs du contrôle.*

Aucune déclaration relative aux détenteurs du contrôle n'est, selon l'art. 25 al. 1 CDB 16, exigée des sociétés et communautés exerçant une activité opérationnelle qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens, ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, pour autant qu'elles se tiennent exclusivement aux buts précités et ne présentent pas de lien reconnaissable avec des pays à risque accru. L'art. 25 al. 1 CDB 16 doit être compris en ce sens que les banques peuvent invoquer l'exception de l'art. 25 al. 1 CDB 16 pour toutes les personnes morales et sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle pour lesquelles il existe en principe une obligation d'identifier les détenteurs du contrôle en vertu de l'art. 20 CDB 16, *indépendamment de leur structure juridique*, et renoncer à l'obligation d'identification des détenteurs du contrôle dans la mesure où celles-ci poursuivent exclusivement un but idéal ou politique (et ne présentent aucun lien avec un pays présentant des risques accrus)¹¹¹. L'art. 25 al. 1 CDB 16 s'applique donc aussi, en particulier, aux fondations et aux associations.

¹¹¹ Le fait que les art. 25 CDB 16 ("sociétés et communautés") et art. 20 CDB 16 ("personnes morales et sociétés de personnes") n'utilisent pas exactement les mêmes termes est dû, selon la Commission de surveillance, à une erreur rédactionnelle et non au résultat d'une distinction délibérée. Bien que les fondations ou les associations, par exemple, ne soient pas des sociétés au sens propre du terme, l'art. 25 al. 1 CDB 16 s'applique donc également aux fondations et aux associations (comme le souligne explicitement *Kathrin Heim*, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, Note 7 relative à l'art. 25 al. 1 CDB 16), ce d'autant plus que, en tout cas dans les versions italienne et anglaise de l'art. 25 CDB 16 (et donc contrairement aux versions allemande et française), les associations ("*associazioni*" ou "*associations*") sont par exemple également expressément mentionnées.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 5 septembre 2019 (procédure n° 504).

r36 *Contrôle par une participation indirecte dans la personne morale cocontractante. Principe d'imputation. Utilisation de plusieurs déclarations.*

Si une ou plusieurs personnes physiques détiennent une participation indirecte dans la personne morale cocontractante par le biais d'une ou de plusieurs sociétés interposées, il convient, selon le principe "d'imputation", d'identifier au moyen d'un "Durchgriff" les personnes physiques se trouvant derrière ces sociétés, qui détiennent le contrôle effectif de la dernière des sociétés interposées et qui, de ce fait, contrôlent effectivement la personne morale cocontractante¹¹². Même si, selon le principe de l'imputation, il suffit en principe d'identifier les personnes physiques qui contrôlent le dernier maillon de la chaîne, une documentation plus détaillée est bien entendu autorisée (et, dans de nombreux cas, utile). Il est donc tout à fait admissible, dans le cadre de l'obligation d'identification des détenteurs du contrôle dans des structures de participation à plusieurs niveaux, de verser au dossier plusieurs déclarations écrites ou formulaires qui se complètent.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 7 septembre 2017 (procédure n° 492).

VI. *Identification de l'ayant droit économique*

Les banques doivent exiger du cocontractant une déclaration indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales¹¹³.

r37 *Obligation d'identification de l'ayant droit économique. Explications de principe de la Commission de surveillance.*

La Commission de surveillance a donné les explications de principe suivantes sur l'obligation d'identification de l'ayant droit économique en général et plus particulièrement sur l'obligation d'identification de l'ayant droit économique de personnes morales et des sociétés de personnes non cotées en bourse exerçant une activité opérationnelle :

"L'entrée en vigueur de la CDB 16 a entraîné un changement de système en ce qui concerne l'obligation d'identification de l'ayant droit économique. La CDB prévoit désormais, en accord avec la législation révisée en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, une obligation générale de la banque d'identifier l'ayant droit économique dans toutes les relations d'affaires (art. 27 al. 1 CDB 16 ; cf. également le Commentaire de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], p. 24). La présomption existant sous la CDB 08 selon laquelle le cocontractant est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales apportées (cf. art. 3 al. 1 CDB 08) ne vaut plus sous la CDB 16. L'ayant droit économique doit désormais, en principe, être établi pour chaque relation d'affaires (cf. Commentaire de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 29).

En ce qui concerne les relations d'affaires avec des personnes morales et des sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotées en bourse, l'art. 30 CDB 16 prévoit toutefois un allègement : la banque n'est tenue de recueillir une

¹¹² Cf. à ce sujet le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 20, p. 31 s.

¹¹³ Art. 27 à 42 CDB 20. Cf. également les art. 27 à 42 CDB 16 et l'art. 3 CDB 08.

déclaration relative à l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales au sens de l'art. 27 CDB 16 que si le cocontractant déclare détenir les valeurs patrimoniales déposées auprès de la banque pour un tiers déterminé. L'exception à l'obligation d'identification prévue à l'art. 30 CDB 16 présuppose donc que le cocontractant (la personne morale ou la société de personnes exerçant une activité opérationnelle et non cotée en bourse) confirme à la banque qu'aucun tiers n'est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales détenues par la banque. En l'absence d'une telle déclaration (ou si le cocontractant déclare même explicitement que des tiers sont les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales déposées sur le compte/dépôt), la banque est tenue de demander une déclaration relative à l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales.

Pour savoir si la cocontractante détient les valeurs patrimoniales placées auprès de la banque pour elle-même ou (à titre fiduciaire) pour un tiers, il faut se référer à la déclaration relative aux détenteurs du contrôle que la banque doit obligatoirement obtenir des personnes morales et des sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle : le formulaire type K contient, sous le titre "Détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire", la question "*Une tierce personne est-elle ayant droit économique des valeurs patrimoniales comptabilisées sur la relation d'affaires susmentionnée ?*", à laquelle le cocontractant doit répondre en cochant la rubrique "Non" ou "Oui". Si la réponse à la question relative à la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire est "Oui", le modèle de formulaire K indique expressément que, dans ce cas, "*les informations correspondantes concernant l'ayant droit/les ayants droit économique(s) doivent être fournies au moyen d'un formulaire A séparé*".

Conformément à l'art. 30 CDB 16 en relation avec le modèle de formulaire K, la CDB 16 prévoit donc en fin de compte une procédure en deux étapes pour identifier l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales de personnes morales et de sociétés de personnes non cotées en bourse et exerçant une activité opérationnelle : Dans un premier temps, lors de chaque nouvel établissement d'une relation d'affaires avec une personne morale ou une société de personnes non cotée en bourse et exerçant une activité opérationnelle, le cocontractant doit répondre, au moyen du formulaire K, à la question relative à la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire et déclarer si un tiers est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales déposées sur le compte/dépôt. Ce n'est que si le cocontractant répond par la négative à cette question que la banque peut renoncer, en vertu de l'art. 30 CDB 16, à identifier l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. En revanche, si le cocontractant répond par l'affirmative à cette question (ou si la banque a des doutes sur la réponse négative du cocontractant), la banque doit alors impérativement obtenir du cocontractant, en plus du formulaire K, une déclaration relative à l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales¹¹⁴.

La question contenue dans le formulaire K, de savoir si une tierce personne est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales déposées sur le compte/dépôt, ne se rapporte donc pas en premier lieu à l'identification des détenteurs du contrôle, mais vise plutôt à identifier correctement l'ayant droit économique. La question relative à la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire permet de s'assurer que la banque demande à son cocontractant, si nécessaire, un formulaire A en plus du formulaire K, ce à quoi le modèle de formulaire K fait explicitement référence".

Décision de la Commission de surveillance CDB du 2 septembre 2020 (procédure n° 506).

r38 *Obligation d'identifier l'ayant droit économique. Société de domicile en tant qu'ayant droit économique (non).*

¹¹⁴ Les banques sont bien entendu également libres de renoncer à une déclaration du cocontractant sur la détention de valeurs patrimoniales à titre fiduciaire et de recueillir in lieu et place directement une déclaration relative à l'ayant droit économique au moyen du formulaire A. Mais si une banque veut se prévaloir de l'exception à l'obligation d'identification de l'ayant droit économique selon l'art. 30 CDB 16, cela présuppose une déclaration du cocontractant selon laquelle aucun tiers n'est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales détenues par la banque.

Une société de domicile ne peut pas être elle-même un ayant droit économique. Ce que la CDB 08 prévoyait alors expressément¹¹⁵, reste valable sous la CDB 16¹¹⁶.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 31 mai 2018 (procédure n° 495).

r39 *Ayants droit économiques pour les fondations n'exerçant pas une activité opérationnelle. Exception à l'obligation d'identifier l'ayant droit économique pour les fondations à but idéal (non).*

Selon l'art. 40 CDB 16, lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec une fondation, les données relatives à la fondation requises pour l'identification de l'ayant droit économique doivent être fournies par le cocontractant au moyen d'une déclaration écrite ou du formulaire S. L'art. 40 CDB 16 ne contient pas de règle d'exception selon laquelle il serait possible de renoncer à l'obtention d'un formulaire S dans certains cas, notamment en fonction du but et/ou de l'activité de la fondation. Au contraire, l'art. 40 CDB 16 exige, sans aucune exception, que les banques obtiennent du cocontractant, c'est-à-dire de la fondation, les informations requises au moyen du formulaire S (ou d'une déclaration écrite équivalente). Selon le Commentaire de la CDB 16 rédigé par l'ASB, les banques devraient en revanche pouvoir renoncer à l'identification de l'ayant droit économique et à l'obtention d'un formulaire S dans le cas d'une fondation lorsque celle-ci poursuit exclusivement un but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16¹¹⁷.

La Commission de surveillance est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait pas de raisons valables de s'écarter du libellé clair de l'art. 40 CDB 16 (qui ne prévoit pas d'exception à l'obligation d'identification pour les fondations d'utilité publique) et d'appliquer (par analogie) aux fondations la disposition dérogatoire de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16 prévue pour les sociétés de domicile. Les banques doivent donc également obtenir un formulaire S lorsque le cocontractant est une fondation à but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16¹¹⁸.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 5 septembre 2019 (procédure n° 504).

r40 *Ayants droit économiques dans les relations avec un trust. Formulaire T défectueux.*

¹¹⁵ Cf. ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08.

¹¹⁶ Cf. également l'art. 27 al. 2 CDB 16.

¹¹⁷ Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), p. 33 ; selon le Commentaire, il en va de même pour les trusts dont le but est exclusivement idéal.

¹¹⁸ Le fait que la banque soit partie du principe, en se fondant sur le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 40/41, qu'il était possible de renoncer à l'identification de l'ayant droit économique dans le cas des fondations d'utilité publique et qu'il n'était pas nécessaire de fournir un formulaire S, a toutefois eu pour conséquence qu'aucune faute ne pouvait subjectivement être reprochée à la banque ou à ses collaborateurs dans ce contexte, raison pour laquelle aucune amende conventionnelle n'a été infligée à la banque pour cette violation (objective) de l'art. 40 CDB 16 (cf. r84).

Dans les relations avec un trust, il existe des obligations d'identification particulières en ce qui concerne l'ayant droit économique : les informations nécessaires concernant le trust doivent être consignées par le cocontractant au moyen du formulaire T^{119,120}. Un formulaire T dans lequel le nom du trust n'est pas mentionné ne satisfait pas aux exigences de la CDB.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2017 (procédure n° 487).

r41 Doutes quant à l'exactitude de la déclaration relative à l'ayant droit économique. Obligation de refuser la relation d'affaires.

Les doutes qui ne peuvent être levés au moment de l'établissement de la relation d'affaires concernant l'exactitude de la déclaration du cocontractant relative à l'ayant droit économique ont pour conséquence que la banque doit refuser d'établir la relation d'affaires¹²¹.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 1er mars 2018 (procédure n° 489).

r42 Doutes quant à l'exactitude de la déclaration relative à l'ayant droit économique. Obligation de refuser la relation d'affaires ou d'y mettre fin.

La CDB exige que la banque sache à tout moment, tant au début que pendant toute la durée de la relation d'affaires, sans aucun doute possible, qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales confiées. La banque ne doit pas ouvrir ou maintenir une relation d'affaires si ou tant qu'elle a des doutes sur l'identité de l'ayant droit économique. Les doutes qui ne peuvent être levés au moment de l'établissement de la relation d'affaires ont pour conséquence que la banque doit refuser d'établir la relation d'affaires¹²². Si des doutes concernant l'ayant droit économique apparaissent (seulement) au cours de la relation d'affaires et qu'ils ne peuvent pas être dissipés, la banque est tenue de mettre fin à la relation d'affaires¹²³.

En revanche, la banque n'est pas tenue (ni lors de l'établissement d'une nouvelle relation d'affaires, ni dans le cadre d'une relation d'affaires existante) de procéder à des clarifications jusqu'à ce qu'elles aboutissent à un résultat satisfaisant (d'autant plus que cela serait parfois impossible, si le client ne peut ou ne veut pas contribuer à dissiper les doutes existants). Conformément à la CDB, la banque est au contraire libre de renoncer à des

¹¹⁹ Ou alors au moyen d'une déclaration écrite dont le contenu doit être équivalent à celui du modèle de formulaire T annexé à la CDB.

¹²⁰ Art. 41 CDB 20. Cf. également l'art. 41 CDB 16 et le ch. 43 s. des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08.

¹²¹ La réglementation correspondante et explicite du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 n'a certes pas été reprise par le texte de la CDB 16 et de la CDB 20, mais elle reste bien entendu valable sous la CDB 16 et la CDB 20.

¹²² Cf. r41.

¹²³ Art. 46 al. 2 CDB 20. Cf. également l'art. 46 al. 2 CDB 16 et l'art. 6 al. 3 CDB 08.

clarifications supplémentaires¹²⁴ et de refuser en lieu et place l'ouverture de la relation douteuse ou de mettre fin à celle-ci¹²⁵.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 1er mars 2018 (procédure n° 489).

VII. *Obligations de documentation et de mise en sûreté*

Les banques doivent veiller à ce que la vérification de l'identité du cocontractant, ainsi que l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique soient documentées¹²⁶. Tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que pour l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique doivent en règle générale avoir été obtenus dans leur intégralité et sous la forme voulue avant que le compte puisse être utilisé¹²⁷.

r43 *Documents manquants. Possibilité de créditer le compte.*

Selon l'art. 45 CDB 16, tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que pour l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique doivent en règle générale avoir été obtenus dans leur intégralité et sous la forme voulue avant que le compte puisse être utilisé. Un compte est considéré comme utilisable à partir du moment où l'on peut y passer des écritures¹²⁸. Le fait que le compte soit effectivement utilisé par le client ou la date à laquelle il l'est n'est en revanche pas pertinent¹²⁹.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 10 mars 2021 (procédure n° 518).

r44 *Utilisation d'un compte malgré l'absence de documents.*

Si seuls quelques données et/ou documents manquent, un compte peut être utilisé, conformément à la disposition d'exception de l'art. 45 CDB 16, avant que tous les documents nécessaires à la vérification de l'identité du cocontractant, à l'identification des détenteurs du contrôle et à l'identification de l'ayant droit économique soient disponibles. Cette exception ne concerne que les relations d'affaires pour lesquelles la

¹²⁴ Il n'appartient pas à la Commission de surveillance de déterminer si la banque a des obligations de clarification supplémentaires en vertu d'autres réglementations, par exemple la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (cf. r1).

¹²⁵ Dans la mesure où les conditions de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA ne sont pas remplies (art. 46 al. 2 CDB 20 ; cf. également l'art. 46 al. 3 CDB 16 et l'art. 6 al. 4 CDB 08).

¹²⁶ Art. 44 CDB 20. Cf. également l'art. 44 CDB 16 ainsi que le ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et le ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

¹²⁷ Art. 45 CDB 20. Cf. également l'art. 45 CDB 16 ainsi que le ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et le ch. 35 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

¹²⁸ Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 45.

¹²⁹ La Commission de surveillance a donc rejeté l'objection de la banque selon laquelle l'on pouvait certes passer des écritures sur le compte nouvellement ouvert, mais qu'en fait le client ne l'avait jamais fait.

documentation n'est pas complète ou pour lesquelles les documents d'identification disponibles sont lacunaires. En revanche, si aucun document d'identification n'est disponible, il n'est pas possible d'invoquer l'exception.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 31 mai 2018 (procédure n° 495).

r45 *Utilisation d'un compte malgré l'absence ou l'insuffisance de documents. Précision de jurisprudence.*

La Commission de surveillance a précisé ultérieurement la pratique qui vient d'être exposée en ce sens qu'une invocation de l'exception de l'art. 45 al. 3 CDB 20¹³⁰ n'entre en ligne de compte que si l'identité du cocontractant, du détenteur du contrôle et/ou de l'ayant droit économique est claire et que seules certaines données et/ou certains documents font défaut. Cela vaut par exemple pour les documents qui sont incomplets parce que certaines données sont manquantes. Mais si le contenu des documents requis est insuffisant, peu clair ou même contradictoire, il n'est pas possible d'invoquer l'exception.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 10 mars 2021 (procédure n° 518).

r46 *Date à laquelle les obligations de documentation doivent être remplies. Application de l'art. 45 CDB 16 à tous les éléments constitutifs de l'art. 4 CDB 16.*

Bien que l'art. 45 CDB 16 ne règle que la date à laquelle les obligations de documentation doivent être remplies lors de l'ouverture d'un compte et ne se réfère donc par son libellé qu'à l'art. 4 al. 2 let. a CDB 16, la règle de l'art. 45 CDB 16 s'applique par analogie à tous les faits mentionnés à l'art. 4 al. 2 CDB 16. La vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification des détenteurs du contrôle et des ayants droit économiques doivent donc être effectuées au plus tard au moment de l'ouverture du compte (ou du livret) au sens de l'art. 4 al. 2 let. a CDB 16, de l'ouverture du dépôt au sens de l'art. 4 al. 2 let. b CDB 16, de la conclusion de l'opération fiduciaire au sens de l'art. 4 al. 2 let. c CDB 16, de la location du compartiment de coffre-fort au sens de l'art. 4 al. 2 let. d CDB 16¹³¹, de l'acceptation du mandat de gestion de fortune au sens de l'art. 4 al. 2 let. e CDB 16, de l'exécution de l'opération de négoce au sens de l'art. 4 al. 2 let. f CDB 16 ou de l'exécution de de l'opération de caisse au sens de l'art. 4 al. 2 let. g CDB 16.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 10 mars 2021 (procédure n° 518).

r47 *Date de réception des documents d'identification. Violation de l'obligation de mise en sûreté (non).*

Au cours de la relation d'affaires, une banque avait renouvelé de manière routinière¹³² la documentation relative au compte, mais avait omis d'établir une note au dossier attestant la date de réception des nouveaux documents d'identification. Bien que la CDB prévoit expressément que l'obligation de mise en sûreté consiste à noter la date de réception des documents d'identification par la banque (ou leur disponibilité) dans le système de la banque de façon à ce qu'elle puisse être retracée¹³³, la Commission de surveillance n'a pas retenu de violation de la CDB lorsque la banque, sans y avoir été obligée, recueille de nouveaux documents d'identification en violant

¹³⁰ Resp. art. 45 CDB 16 ou ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et ch. 35 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

¹³¹ En cas de location de compartiments de coffre-fort, il n'existe toutefois, selon le libellé de la CDB 16, qu'une obligation de vérification de l'identité du cocontractant, et non une obligation d'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique (cf. art. 4 al. 2 let. d CDB 16 ou art. 20 al. 5 CDB 16 et art. 27 al. 3 CDB 16 *a contrario*).

¹³² C'est-à-dire sans qu'aucun doute n'apparaisse qui aurait exigé une répétition de l'identification.

¹³³ Art. 44 al. 2 CDB 20. Cf. également l'art. 44 al. 2 CDB 16 ainsi que le ch. 23 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et le ch. 36 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

(uniquement) l'obligation de mise en sûreté¹³⁴. Cela vaut en tout cas lorsque – comme dans le cas présent – les nouveaux dossiers d'identification versés au dossier ne contiennent aucune modification par rapport aux documents collectés dans le cadre de l'ouverture du compte¹³⁵.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r48 *Pas de mention de la date de réception du formulaire A. Violation de l'obligation de mise en sûreté (oui).*

Une banque avait apposé un cachet de réception sur la demande d'ouverture de compte signée par le client. En revanche, le formulaire A signé le même jour ne comportait pas de cachet correspondant. La banque a ainsi violé son obligation de mise en sûreté en ce qui concerne la date de l'identification de l'ayant droit économique. En effet, le tampon de date apposé sur la demande d'ouverture de compte ne permet pas de déduire que tous les autres documents d'ouverture de compte, notamment le formulaire A, étaient également en possession de la banque à cette date. La date de réception du formulaire A par la banque était donc incertaine¹³⁶.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 14 mars 2019 (procédure n° 498).

r49 *Aucune mention de la personne ayant remis les documents requis à la banque. Violation de l'obligation de mise en sûreté (non).*

L'obligation de mise en sûreté n'exige en principe pas que la banque saisisse dans ses dossiers qui lui a remis les documents nécessaires à la vérification de l'identité du cocontractant ou à l'identification des détenteurs du contrôle et de l'ayant droit économique.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 31 mai 2018 (procédure n° 483).

r50 *Banques et autres intermédiaires financiers en tant que cocontractants. Obligation de mise en sûreté.*

Il découle de l'obligation de documentation et de mise en sûreté que la banque doit documenter l'évaluation appropriée qu'elle a faite de la réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme si elle souhaite se prévaloir de l'exception de l'art. 24 al. 2 CDB 16 respectivement de l'art. 33 al. 2 et 3 CDB 16¹³⁷.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 25 novembre 2020 (procédure n° 516).

¹³⁴ En effet, la banque serait dans ce cas moins bien lotie que si elle était restée inactive (cf. à ce sujet : *Friedli/Eichenberger*, RSD 5/2017, ch. IV, p. 689, r25).

¹³⁵ Il en irait autrement, par exemple, si les nouveaux documents d'identification collectés (en principe inutilement) révélaient des indices selon lesquels la banque aurait été trompée dans le cadre de l'établissement de la relation d'affaires, ce qui aurait pour conséquence, conformément à l'art. 46 al. 2 CDB 16, que la banque devrait mettre fin à la relation d'affaires avec le cocontractant (cf. *Friedli/Eichenberger*, RSD 5/2017, ch. IV, p. 689, r25, note 74).

¹³⁶ Il n'existe notamment pas de présomption de fait que les documents se trouvant dans le dossier étaient à la disposition de la banque en temps utile, c'est-à-dire à la date de l'établissement de la relation d'affaires (cf. *Georg Friedli*, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001 - 2005*, SZW 2005, p. 246 ; ci-après : *Friedli*, SZW 2005).

¹³⁷ Cf. également à propos de cette exception r28 et r29.

VIII. *Obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence*

Les banques doivent répéter la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique lorsqu'elles ont des doutes (a) quant à l'exactitude des indications données sur l'identité du cocontractant, (b) sur le point de savoir si le détenteur du contrôle est toujours le même, (c) sur le point de savoir si l'ayant droit économique est toujours le même ou (d) quant à l'exactitude des déclarations faites au moyen des formulaires A, I, K, R, S et T et que ces doutes n'ont pas pu être levés par d'éventuelles clarifications¹³⁸.

r51 *Violation de l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence. Nature juridique de l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence.*

La violation de l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence n'est pas une violation de la CDB commise sous forme d'omission. Une violation de l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence lors de la conduite d'une relation d'affaires doit plutôt être qualifiée de "délit de commission" (tout comme une violation de l'obligation de vérification de l'identité du cocontractant ou de l'obligation d'identification des détenteurs du contrôle et/ou les ayants droit économiques lors de l'ouverture d'une relation d'affaires) – par analogie avec l'infraction de défaut de vigilance en matière d'opérations financières selon l'art. 305^{ter} al. 1 CP¹³⁹, qui, selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, est également un délit de commission et non un (réel) délit d'omission¹⁴⁰.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r52 *Obligation de répéter l'identification des détenteurs du contrôle. Droit transitoire.*

Si la banque a des doutes sur le point de savoir si les détenteurs du contrôle sont toujours les mêmes et que ces doutes n'ont pas pu être levés par d'éventuelles clarifications, elle doit alors répéter l'identification des détenteurs du contrôle¹⁴¹. Cela vaut également lorsque la relation d'affaires concernée a été ouverte à un moment où la CDB applicable à l'époque n'imposait pas encore l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle¹⁴². Cela résulte de la disposition transitoire de l'art. 70 al. 3 CDB 16, respectivement de l'art. 70 al. 2 CDB 16.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 25 novembre 2020 (procédure n° 517).

¹³⁸ Art. 46 CDB 20. Cf. également l'art. 46 CDB 16 et l'art. 6 CDB 08.

¹³⁹ Cf. également sur le rapport entre la CDB et l'art. 305^{ter} CP r72.

¹⁴⁰ Cf. ATF 125 IV 139 consid. 3 b et les références citées.

¹⁴¹ Art. 46 al. 1 let. b CDB 20. Cf. également l'art. 46 let. b CDB 16.

¹⁴² L'obligation d'identification des détenteurs du contrôle n'a été introduite qu'avec l'entrée en vigueur de la CDB 16 au 1^{er} janvier 2016. Sous le régime de la CDB 08 et des versions antérieures de la CDB, l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle n'existait pas encore.

r53 *Constatations insolites. Obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique.*

L'obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique ne présuppose pas que la banque ait la certitude que les données fournies initialement sur l'ayant droit économique ne sont pas (ou plus) exactes. Il suffit au contraire que la banque ait des doutes (ou qu'elle doive en avoir) et que ces doutes ne puissent pas être levés par d'éventuelles clarifications. Il y a toujours un cas de doute lorsqu'on est en présence de constatations insolites.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 10 octobre 2018 (procédure n° 497).

r54 *Transactions insolites. Obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique.*

Les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique en présence de constatations insolites au cours de la relation d'affaires¹⁴³. On doit par exemple considérer comme constatation insolite des transactions excédant les capacités financières du client effectuées sur un compte¹⁴⁴.

On ne peut pas en déduire *a contrario* que le caractère insolite d'une transaction doit être nié dans tous les cas, lorsque la transaction est compatible avec les capacités financières du client. Ainsi, même une telle transaction peut tout à fait susciter des doutes quant à l'ayant droit économique et déclencher des obligations de clarification particulières en présence d'autres constatations insolites.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r55 *Constatations insolites. Chiffre d'affaires de plusieurs milliards d'euros. Obligation de répéter l'identification des détenteurs du contrôle (oui).*

La procédure d'identification de l'ayant droit économique doit être répétée à chaque constatation insolite. Lorsqu'un client disposant d'une fortune d'environ CHF 1 million effectue, par le biais de ses comptes privés, des opérations sur devises dont le chiffre d'affaires total dépasse largement le milliard de francs, il s'agit là d'une constatation insolite qui déclenche une obligation de répéter la procédure d'identification.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2017 (procédure n° 437).

r56 *Transaction de passage. Obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique (non).*

Si le soupçon existe qu'un compte est utilisé comme compte de passage, la procédure d'identification de l'ayant droit économique doit en principe être répétée¹⁴⁵. Dans un cas particulier soumis à l'appréciation de la Commission de surveillance, cette dernière est toutefois parvenue à la conclusion que, malgré l'existence d'une transaction de passage claire, il n'y avait exceptionnellement pas d'obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique et d'identifier l'ayant droit économique de cette transaction (de passage) au moyen du formulaire A. En effet, l'ayant droit économique de tous les comptes ou sociétés impliqués dans la transaction

¹⁴³ Cf. r53.

¹⁴⁴ C'est ce qu'indique expressément le ch. 25 al. 2 let. b des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

¹⁴⁵ Cf. *Friedli/ Eichenberger*, RSD 5/2017, ch. VII, p. 694, r50.

de passage était la même personne physique. Dans cette constellation particulière, la transaction de passage n'a pas déclenché d'obligations de répétition au sens de la CDB.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 17 novembre 2021 (procédure n° 509).

r57 *Modification du pouvoir de représentation dans le cas d'une société de domicile. Applicabilité du ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08 également sous la CDB 16 (oui).*

La règle explicitement codifiée auparavant au ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08, selon laquelle la banque doit répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique en cas de modification du pouvoir de représentation d'une société de domicile, continue de s'appliquer sans changement sous l'empire de la CDB 16^{146,147}.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 4 mai 2017 (procédure n° 485).

r58 *Modification du pouvoir de représentation dans le cas d'une société de domicile. Obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique (oui).*

La procédure d'identification de l'ayant droit économique doit être répétée lorsqu'une personne qui n'avait alors aucun pouvoir de représentation et dont la relation avec le cocontractant et/ou l'ayant droit économique n'est absolument pas claire obtient désormais le pouvoir de représentation avec signature individuelle pour le compte d'une société de domicile.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 23 juin 2017 (procédure n° 484).

r59 *Modification des rapports de signature, de participation et de représentation. Obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique (oui).*

Si la banque a connaissance du fait que, dans une Sàrl, deux associés gérants jusque-là autorisés à signer individuellement se retirent de la société et perdent leur pouvoir de représentation dans le cadre de la relation d'affaires, la banque est alors tenue de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 10 octobre 2018 (procédure n° 501).

r60 *Sortie d'un associé d'une Sàrl. Obligation de répéter l'identification des détenteurs du contrôle (oui).*

Si, dans le cas d'une société à responsabilité limitée (Sàrl) composée de deux associés détenant chacun 50% des parts sociales, l'un des associés reprend l'ensemble des parts sociales de l'autre associé et que ce dernier quitte ainsi la société, cela implique manifestement une modification des détenteurs du contrôle. La banque est

¹⁴⁶ Et par conséquent aussi sous le règne de la CDB 20.

¹⁴⁷ En effet, le ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08 n'est finalement qu'une concrétisation de l'obligation générale de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique selon l'art. 6 al. 1 CDB 08 pour les relations d'affaires avec des sociétés de domicile (cf. *Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010*, ch. 3.2.2, p.35, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & Compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

donc tenue, en vertu de l'art. 46 al. 1 let. b CDB 16, de demander une nouvelle déclaration relative aux détenteurs du contrôle lorsqu'elle a connaissance du départ de l'associé de la Sàrl.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 25 novembre 2020 (procédure n° 517).

r61 *Fusion du cocontractant. Obligation de répéter l'identification des ayants droit économiques.*

D'après la jurisprudence de la Commission de surveillance, les banques sont tenues de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant et la procédure d'identification de l'ayant droit économique¹⁴⁸ lorsque le cocontractant de la banque a fusionné¹⁴⁹. Si, dans le cadre de son enquête, la banque reçoit du cocontractant une déclaration selon laquelle l'ayant droit économique n'a pas changé malgré la fusion, elle doit déterminer avec toute la diligence requise si elle peut, sur la base de cette déclaration, partir du principe que la déclaration initialement faite concernant l'ayant droit économique est toujours exacte. A défaut, la banque doit répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique et exiger de son cocontractant une nouvelle déclaration relative à l'ayant droit économique¹⁵⁰.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 17 décembre 2019 (procédure n° 505).

r62 *Répétition de l'identification de l'ayant droit économique. Obligation de documenter le motif de la répétition (non).*

La CDB ne contient aucune règle obligeant les banques à documenter les raisons pour lesquelles elles répètent la procédure d'identification de l'ayant droit économique. Il est au contraire tout à fait admissible de demander un nouveau formulaire A même sans raison précise, c'est-à-dire sans qu'il y ait de doute, comme cela se fait par exemple assez souvent dans le cadre d'un renouvellement général de la documentation du compte¹⁵¹.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 17 novembre 2021 (procédure n° 509).

r63 *Erreur dans la tentative de remédier à une identification insuffisante des détenteurs du contrôle. Violation de l'obligation de répéter l'identification des détenteurs du contrôle (non).*

D'après une pratique constante et de longue date de la Commission de surveillance, une banque ne commet pas une violation additionnelle de la CDB si, dans le but de remédier à une identification de l'ayant droit économique non-existante ou insuffisante, elle

¹⁴⁸ Depuis l'entrée en vigueur de la CDB 16, il va de soi que la procédure d'identification des détenteurs du contrôle doit également être répétée dans ces cas.

¹⁴⁹ C'est en tout cas le cas lorsque, dans le cadre de la fusion, l'ancien client de la banque est repris, de sorte que la relation bancaire est transférée à un nouveau partenaire contractuel suite à la fusion (cf. *Friedli*, SZW 2005, p. 254).

¹⁵⁰ Dans le cas soumis à l'appréciation de la Commission de surveillance, la banque pouvait légitimement partir du principe que la fusion n'avait pas entraîné un changement de l'ayant droit économique, raison pour laquelle elle pouvait renoncer à exiger de sa cocontractante une nouvelle déclaration relative à l'ayant droit économique.

¹⁵¹ Mais si, après réception du nouveau formulaire A (pour quelque raison que ce soit), des doutes sur l'exactitude de la (nouvelle) déclaration relative à l'ayant droit économique apparaissent et ne peuvent être levés, ou si le nouveau formulaire A permet de constater que des informations sciemment erronées ont été fournies à la banque sur l'ayant droit économique avec le formulaire A initial, la banque ne doit pas se contenter du nouveau formulaire A, mais doit - sous réserve de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA - mettre fin aux relations d'affaires en cours avec le cocontractant (cf. art. 46 al. 2 et 3 CDB 20).

obtient un formulaire A incorrectement rempli¹⁵². En effet, la banque serait dans ce cas moins bien lotie que si elle était restée complètement inactive. Cette pratique peut sans autre être étendue au nouveau formulaire K prescrit par la CDB 16.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2017 (procédure n° 492).

r64 *Exception à l'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle. Doute sur l'existence d'une exception au sens de la CDB. Obligation de répéter l'identification des détenteurs du contrôle (oui).*

Lorsqu'au cours de l'établissement d'une relation d'affaires, une banque a renoncé à l'identification des détenteurs du contrôle parce qu'elle pouvait se prévaloir d'une exception à l'obligation d'identification au sens des art. 22 à 26 CDB 16, elle doit répéter la procédure d'identification des détenteurs du contrôle si, au cours de la relation d'affaires, des doutes apparaissent quant à l'existence même d'une exception au sens de la CDB. Il en va de même si des doutes apparaissent ultérieurement quant à l'existence effective d'une exception lors de l'établissement de la relation d'affaires.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 2 septembre 2020 (procédure n° 506).

r65 *Doute sur l'ayant droit économique. Communication MROS au lieu d'une répétition de l'identification de l'ayant droit économique.*

Si la banque a des doutes *a posteriori* quant à l'exactitude de la déclaration relative à l'ayant droit économique, la CDB lui permet, au lieu de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique, de bloquer le compte et de procéder à une information au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) conformément à l'art. 9 LBA¹⁵³. Le délai pour une telle information en cas de soupçons est le même que pour la répétition de la procédure d'identification de l'ayant droit économique¹⁵⁴.

¹⁵² Cf. à ce sujet *Georg Friedli*, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001 - 2005, let. C, ch. 2.11, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹⁵³ La question de savoir si la banque *est tenue* de faire une communication au MROS conformément à l'art. 9 LBA est une autre question dont la compétence échappe à la Commission de surveillance.

¹⁵⁴ D'après la pratique de la Commission de surveillance, la règle des 90 jours du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 ou de l'art. 45 CDB 16 s'applique par analogie aux obligations de répétition. La procédure selon l'art. 6 CDB 08 ou l'art. 46 CDB 16 doit donc également être effectuée dans un délai de 90 jours (cf. *Friedli/Eichenberger*, SZW 5/2017, p. 694 s., r53). Dans la CDB 20, le délai pour l'obtention de données et/ou de documents manquants selon l'art. 45 CDB 16 a été réduit de 90 à 30 jours (cf. art. 45 al. 4 CDB 20). La Commission de surveillance n'a pas encore eu à décider si le délai pour remplir les obligations de répétition est également réduit de 90 à 30 jours.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 14 mars 2019 (procédure n° 498).

r66 *Fausse déclarations concernant l'ayant droit économique. Obligation de rompre la relation d'affaires (oui).*

Si une banque constate qu'on lui a sciemment fourni de fausses informations sur l'ayant droit économique, elle doit¹⁵⁵ mettre fin le plus rapidement possible aux relations d'affaires en cours avec le cocontractant¹⁵⁶.

La banque peut être induite en erreur en ce qui concerne l'ayant droit économique non seulement par les indications du formulaire A, mais aussi par d'autres informations sur l'ayant droit économique qui complètent la déclaration faite au moyen du formulaire A. Cela vaut en tout cas lorsqu'il s'agit de données qui peuvent se révéler importantes pour l'identification de l'ayant droit économique¹⁵⁷.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 31 mai 2018 (procédure n° 483).

r67 *Fausse déclarations relativement à l'ayant droit économique. Obligation de mettre fin à la relation d'affaires. Obligation de procéder à des clarifications complémentaires (non).*

Si une banque reçoit sciemment de fausses informations sur l'ayant droit économique, elle est tenue de mettre fin à la relation d'affaires¹⁵⁸. La CDB n'exige toutefois pas que la banque procède à des clarifications supplémentaires, c'est-à-dire en plus ou avant la fin de la relation d'affaires.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 23 juin 2017 (procédure n° 484).

r68 *Violation des obligations de répétition. Infraction multiple.*

Lorsqu'une banque s'est trouvée plusieurs fois obligée de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant, mais qu'elle est, à chaque fois, restée inactive, elle doit être sanctionnée pour avoir manqué plusieurs fois à son obligation de répétition¹⁵⁹.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

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

Les banques ne favorisent pas les manœuvres de tromperie de leurs cocontractants vis-à-vis des autorités suisses et étrangères, en particulier vis-à-vis des autorités fiscales, en fournissant des attestations incomplètes

¹⁵⁵ Sous réserve de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA (cf. à ce sujet l'art. 46 al. 3 CDB 20, l'art. 46 al. 3 CDB 16 et l'art. 6 al. 4 CDB 08).

¹⁵⁶ Art. 46 al. 2 CDB 20. Cf. également l'art. 46 al. 2 CDB 16 et l'art. 6 al. 3 CDB 08.

¹⁵⁷ Dans le cas d'espèce, la cliente avait sciemment fourni des informations contraires à la vérité sur l'ayant droit économique dans un questionnaire de due diligence de la banque.

¹⁵⁸ Cf. aussi r66.

¹⁵⁹ En revanche, le fait que les violations répétées des obligations de répétition aient finalement abouti au même résultat, à savoir la conduite d'une relation d'affaires avec un partenaire contractuel qui n'a pas été identifié conformément à la CDB, a été pris en compte par la Commission de surveillance dans le cadre de la fixation de l'amende conventionnelle afin d'atténuer la sanction.

ou trompeuses d'une autre manière (interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues)¹⁶⁰.

r69 Falsification de documents bancaires dans le but de tromper le client. Assistance active à la soustraction fiscale (non).

Un employé de banque qui a détourné des fonds de clients en falsifiant des documents bancaires afin de donner l'impression aux clients que les avoirs étaient encore disponibles n'a pas commis d'assistance active intentionnelle à la soustraction fiscale ou à des actes analogues. Une manœuvre visant à tromper les autorités fiscales n'était ni envisagée par les clients ni couverte par l'intention du collaborateur (préssumé criminel) de la banque. Le collaborateur de la banque n'avait pas l'intention d'apporter une assistance active à la soustraction fiscale dans l'intérêt des clients, mais plutôt de s'enrichir lui-même aux dépens des clients. Bien que le collaborateur de la banque ait falsifié des attestations, il n'y a clairement pas d'assistance active à la soustraction fiscale de la part de la banque dans ce cas de figure.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 15 septembre 2021 (procédure n° 515).

X. *Éléments constitutifs subjectifs*

En cas de violation de la CDB, une amende conventionnelle peut être infligée à la banque fautive. En cas de violation des obligations de répétition, de l'interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux et de l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues, une sanction n'est prononcée que si la violation a été commise intentionnellement¹⁶¹.

r70 Condition de l'intention. Absence de réglementation dans la CDB 16.

En cas d'infraction aux art. 6 à 8 CDB 08, une sanction n'était prononcée que si l'infraction avait été commise intentionnellement¹⁶². La CDB 16 ne contient pas de disposition équivalente. Selon le Commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16) concernant l'art. 64 CDB 16, la condition de l'intention s'applique cependant aussi aux violations des art. 46 - 57 CDB 16. La Commission de surveillance n'a vu aucune raison de s'écarter de l'avis exprimé dans le Commentaire, d'autant plus que la CDB 20, entrée en vigueur le 1er janvier 2020, prévoit également (à nouveau) expressément la condition de l'intention¹⁶³.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 10 octobre 2018 (procédure n° 497).

¹⁶⁰ Art. 53 ss. CDB 20. Cf. aussi l'art. 53 ss. CDB 16 et art. 8 CDB 08.

¹⁶¹ Art. 64 al. 2 CDB 20. Cf. aussi l'art. 11 al. 3 CDB 08.

¹⁶² Art. 11 al. 3 CDB 08.

¹⁶³ Cf. art. 64 al. 2 CDB 20.

r71 *Condition de l'intention. Dol éventuel.*

D'après une pratique constante de la Commission de surveillance, le dol éventuel suffit si la sanction d'une violation de la CDB présuppose une intention^{164,165}. Cela vaut non seulement pour la CDB 20, mais aussi pour les versions antérieures de la CDB, notamment la CDB 16 et la CDB 08¹⁶⁶.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r72 *Notion de dol éventuel.*

Dans le champ d'application de la CDB, il peut et doit être considéré qu'il y a dol (éventuel) lorsqu'une banque a renoncé à prendre les mesures qu'une banque prudente aurait prises dans la même situation. La Commission de surveillance s'appuie ainsi sur la doctrine et la jurisprudence relatives à l'infraction de défaut de vigilance en matière d'opérations financières prévue à l'art. 305^{ter} CP, comparable aux obligations de diligence au sens de la CDB¹⁶⁷ selon laquelle, dans le champ d'application de l'art. 305^{ter} CP, l'intention doit être déduite du défaut de vigilance¹⁶⁸.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r73 *Violation de l'obligation de mise en sûreté lors de la répétition de l'identification de l'ayant droit économique. Dol éventuel.*

Selon la CDB, l'obligation de mise en sûreté implique explicitement que la banque fasse en sorte que la réception des documents par la banque (ou leur disponibilité dans le système de la banque) soit saisie de façon à ce qu'elle puisse être retracée¹⁶⁹. Si, malgré cette disposition claire et explicite de la CDB, la banque s'abstient de documenter le moment de la réception du nouveau formulaire A dans le cadre de la répétition de l'identification de l'ayant droit économique, elle a alors violé, au moins par dol éventuel, l'obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence¹⁷⁰.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r74 *Défaut de prise de conscience du problème par la banque. Dol éventuel.*

L'objection d'une banque selon laquelle il n'y avait pas d'intention, car elle s'était fiée à l'exactitude des documents reçus du cocontractant sans se poser de questions supplémentaires, et n'avait donc pas du tout conscience du problème, n'est pas relevant. Le

¹⁶⁴ Cf. r70.

¹⁶⁵ Cf. *Friedli/Eichenberger*, RSD 5/2017, ch. II/6, p. 682.

¹⁶⁶ Cf. déjà, à propos du dol (éventuel) : *Friedli*, RSDA 2005, let. C, ch. 5.5, p. 258.

¹⁶⁷ Cf. pour plus de détails sur le rapport entre la CDB et l'art. 305^{ter} CP : *Christoph Graber*, Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken zu Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB, SZW 4/1995, p. 161 ss (ci-après : *Graber*, RSDA 4/1995).

¹⁶⁸ ATF 125 IV 139 consid. 4 *in fine* et les références citées. Cf. également *Gunther Arzt*, Zur Rechtsnatur des Art. 305^{ter} StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), Revue Suisse de Jurisprudence/RSJ 86/1990, p. 191 s. et *Graber*, SZW 4/1995, p. 165.

¹⁶⁹ Art. 44 al. 2 CDB 20. Cf. également l'art. 44 al. 2 CDB 16 et le ch. 36 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

¹⁷⁰ Cf. sur la notion de dol éventuel dans le champ d'application de la CDB r72.

fait que la banque n'ait peut-être pas été consciente du problème en raison de l'absence ou de l'insuffisance de clarifications ne peut évidemment pas la disculper¹⁷¹. La banque a donc commis une violation de la CDB par dol éventuel.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

XI. Prescription

Une violation de la CDB n'est plus poursuivie si elle remonte à plus de cinq ans¹⁷².

r75 *Prescription. Renonciation à l'exception de prescription.*

Les banques peuvent renoncer à invoquer la prescription¹⁷³.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2020 (procédure n° 503).

XII. Cas bénins

Dans les cas bénins, la procédure engagée contre la banque doit être suspendue sans sanction¹⁷⁴.

r76 *Cas bénin. Droit transitoire.*

Pour déterminer si une violation d'une version antérieure de la CDB doit être qualifiée de cas bénin, ce n'est pas la définition de l'art. 63 CDB 20 qui est déterminante, mais plutôt la définition du cas bénin en vigueur à l'époque¹⁷⁵.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 25 novembre 2020 (procédure n° 516).

r77 *Montant des actifs concernés. Cas bénin (non).*

Pour déterminer si une violation de la CDB peut être qualifiée de cas bénin, on ne peut pas se baser uniquement sur le montant des valeurs patrimoniales déposées et faire totalement abstraction de la qualité de la violation de

¹⁷¹ Dans le cas contraire, une banque totalement insouciante qui aurait complètement ignoré les doutes concernant les informations et les documents reçus, alors qu'elle aurait pu et dû les identifier, serait mieux lotie qu'une banque certes consciente du problème, mais qui n'aurait pas rempli en tous points de manière irréprochable les obligations de clarification découlant de la CDB. Cela ne serait pas compatible avec le sens et le but de la CDB.

¹⁷² Art. 65 CDB 20. Cf. aussi l'art. 65 CDB 16 et l'art. 11 al. 4 CDB 08.

¹⁷³ La renonciation à l'exception de prescription doit être prise en compte pour atténuer la peine (cf. r94).

¹⁷⁴ Art. 63 CDB 20. Cf. également l'art. 63 CDB 16. Dans la CDB 08, le prononcé d'un blâme était prévu pour les cas de peu d'importance, en plus ou en lieu d'une suspension de la procédure (cf. art. 11 al. 2 CDB 08).

¹⁷⁵ Art. 63 CDB 16 respectivement art. 11 al. 2 CDB 08.

la CDB¹⁷⁶. Une violation de la CDB touchant au noyau essentiel de la CDB et ayant pour conséquence que la vérification sans équivoque de l'identité du cocontractant ou l'identification sans équivoque du détenteur du contrôle et/ou de l'ayant droit économique n'est pas garantie ne constitue donc pas un cas bénin, même si les valeurs patrimoniales concernées devaient être inférieures à la limite de CHF 25'000.00 au sens de l'art. 63 let. c CDB 20¹⁷⁷.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 10 mars 2021 (procédure n° 518).

r78 *Nombre important de violations de la CDB. Cas bénins (non).*

Avec près de 100 violations de la CDB, on ne peut plus parler de cas bénins au sens de l'art. 63 CDB 20¹⁷⁸.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r79 *Défaut de désignation du trust et des bénéficiaires dans un formulaire T. Cas bénin (non).*

Un cas bénin se présente notamment lorsqu'un formulaire A rempli de manière incomplète ou incorrecte a été utilisé, pour autant que le nom et le prénom (ou la raison sociale) de l'ayant droit économique y figurent et que le cocontractant ait signé le formulaire. Un formulaire T rempli de manière incomplète doit être traité de manière analogue¹⁷⁹. Dans un formulaire T, il faut donc au moins que le trust et les bénéficiaires (*beneficiaries*) soient correctement désignés pour que l'on puisse parler d'un cas bénin.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2017 (procédure n° 487).

XIII. Fixation de l'amende conventionnelle

En cas de violation de la CDB, la Commission de surveillance peut infliger à la banque fautive une amende conventionnelle pouvant aller jusqu'à CHF 10 millions. Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il doit être dûment tenu compte de la gravité de la violation, du degré de culpabilité et de la situation financière de la banque. Il est en outre tenu compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas d'espèce¹⁸⁰.

r80 *Comportement de la banque après les faits. Atténuation de la peine. Modification de la jurisprudence.*

¹⁷⁶ Cf. également *Kathrin Heim/Tamara Wettstein*, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, Note 1 relative à l'art. 63 let. c CDB 20.

¹⁷⁷ Le montant des valeurs patrimoniales concernées doit toutefois, selon la pratique, être pris en compte dans le cadre de la fixation de l'amende conventionnelle (cf. r81).

¹⁷⁸ Cf. également *Friedli/Eichenberger*, RSD 2008, ch. VI/3, p. 572.

¹⁷⁹ Art. 63 let. b CDB 20. Cf. aussi l'art. 63 let. b CDB 16 et l'art. 11 al. 2 let. b CDB 08.

¹⁸⁰ Art. 64 al. 1 CDB 20. Cf. aussi l'art. 64 al. 1 CDB 16 et l'art. 11 al. 1 CDB 08.

Selon la Commission de surveillance, il convient d'atténuer la peine lorsqu'une banque dépose une (véritable) autodénonciation¹⁸¹, reconnaît expressément avoir violé la CDB et a remédié aux infractions constatées ou pris des mesures pour que de telles infractions ne puissent plus se reproduire. La Commission de surveillance a ainsi révisé sa pratique en vigueur jusqu'à présent datant d'une sentence arbitrale du 14 septembre 2009¹⁸². Une atténuation de la peine en raison du comportement de la banque après une violation de la CDB ne peut toutefois pas être accordée à la légère. Des efforts particuliers ou un comportement particulièrement exemplaire de la banque sont requis.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 4 mars 2020 (procédure n° 513).

r81 *Gravité de la violation. Montant des actifs concernés.*

D'après la pratique constante de la Commission de surveillance, le montant des valeurs patrimoniales concernées doit également être pris en compte lors de l'évaluation de la gravité de la violation la CDB. Le fait que des fonds importants aient été comptabilisés dans les relations concernées par les violations de la CDB a pour effet d'aggraver la peine¹⁸³.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2017 (procédure n° 492).

r82 *Gravité de la violation. Lacunes organisationnelles. Aggravation de la peine.*

Si les violations de la CDB commises par la banque sont dues à des lacunes organisationnelles, cela a un effet aggravant sur la peine.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 23 juin 2017 (procédure n° 478).

r83 *Faute de la banque. Possibilité d'exonération en l'absence de faute propre de la banque (non).*

Une banque avait fait valoir qu'aucune faute ne pouvait lui être imputée, car elle avait satisfait à la *cura in eligendo, in instruendo et in custodiendo* en ce qui concerne le conseiller à la clientèle responsable de la violation de la CDB. En l'espèce, il lui était raisonnablement impossible d'empêcher le comportement imprévisible et pénalement répréhensible de son collaborateur. La Commission de surveillance a rejeté cette objection et a renvoyé à sa pratique constante, d'après laquelle les banques sont responsables de tout comportement fautif de leurs collaborateurs, et ce même si ce comportement est particulièrement flagrant (et éventuellement même

¹⁸¹ D'après la jurisprudence de la Commission de surveillance, on ne peut parler de "véritable" autodénonciation que lorsqu'une banque dénonce spontanément, c'est-à-dire de sa propre initiative et sans influence extérieure. En revanche, il n'y a pas de véritable autodénonciation notamment lorsque la dénonciation d'une banque résulte d'une demande correspondante de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) (cf. à ce sujet *Georg Friedli, Die Sorgfaltspflichtvereinbarung vom 1. Juli 1987, Wirtschaft und Recht, Jg. 42, 1990, p. 128*).

¹⁸² Cf. pour plus de détails sur la sentence arbitrale du 14 septembre 2009 : *Friedli/Eichenberger, SZW 1/2011, p. 60*.

¹⁸³ Cf. également déjà *Georg Friedli, Rapport d'activité de la Commission d'arbitrage pour les années 1984 à 1987, let. B, ch. II/3*, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

pénalement répréhensible)¹⁸⁴. Dans le cadre de la CDB, les banques sont responsables du comportement de leurs collaborateurs même si elles n'ont commis aucune faute. La banque n'a pas la possibilité de s'exonérer en prouvant qu'elle n'a pas commis de faute, compte tenu du soin suffisant apporté à la sélection, à l'instruction et à la surveillance des collaborateurs¹⁸⁵.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 14 mars 2019 (procédure n° 498).

r84 *Faute de la banque. Commentaire de la CDB. Renonciation à une sanction (oui).*

Si la banque ou ses collaborateurs s'appuient sur le Commentaire publié par l'ASB, la banque ne peut pas être sanctionnée si la Commission de surveillance s'écarte dans sa décision du Commentaire de l'ASB et qualifie les faits de violation de la CDB. En effet, il y a certes objectivement une violation de la CDB, mais subjectivement, aucune faute ne peut être reprochée à la banque ou à ses collaborateurs dans ce contexte¹⁸⁶.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 5 septembre 2019 (procédure n° 504).

r85 *Situation financière de la banque. Ratios déterminants. Précision de jurisprudence.*

Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il convient de tenir compte, entre autres, de la situation financière de la banque¹⁸⁷. Pour ce faire, la Commission de surveillance tient compte, selon une pratique de longue date, des données actuelles relatives au bilan, aux bénéfices ou aux pertes ainsi qu'aux fonds propres de la banque¹⁸⁸. La Commission de surveillance a précisé cette pratique en ce sens que la détermination de la situation financière de la banque doit se baser en premier lieu sur les fonds propres, tandis que les autres chiffres clés (bénéfice ou perte et total du bilan) ne doivent être pris en compte (à titre subsidiaire) que si la seule prise en compte des fonds propres ne permet pas de tenir compte de manière appropriée de la capacité économique de la banque. C'est toujours la situation financière concrète de la banque dans le cas d'espèce qui est déterminante.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 2 septembre 2020 (procédure n° 506).

¹⁸⁴ Cf. *Georg Friedli*, Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques de 1998 à 2001, RSDA 2002, p.182.

¹⁸⁵ Pour la motivation détaillée cf. Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er janvier 2019 au 30 juin 2019, let. E, ch. 12, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent, pour le détail de la justification de la Commission de surveillance

¹⁸⁶ A l'avenir (c'est-à-dire après la publication de la décision correspondante de la Commission de surveillance), les banques ne pourront toutefois plus se référer au Commentaire de l'ASB. En effet, il fait partie du devoir de diligence d'une banque de se tenir au courant de la pratique publiée par la Commission de surveillance et de veiller à ne pas se mettre en contradiction avec cette pratique (Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques d'octobre 2008, let. B, ch. 4, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

¹⁸⁷ Art. 64 al. 1 CDB 20.

¹⁸⁸ *Friedli/Eichenberger*, RSDA 1/2011, ch. V/1.1, p. 59.

r86 *Situation financière de la banque. Date déterminante.*

Les conditions économiques au moment de la décision de la Commission de surveillance sont en principe déterminantes pour déterminer la situation financière de la banque¹⁸⁹. Il ne faut toutefois pas se baser uniquement sur les derniers chiffres clés. Ce sont plutôt les valeurs moyennes des périodes les plus récentes qui sont déterminantes.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 14 mars 2019 (procédure n° 498).

r87 *Situation financière de la banque. Fusion de la banque. Date déterminante.*

Si la banque ayant commis la violation de la CDB a fusionné avec une autre banque avant même la décision de la Commission de surveillance, il convient exceptionnellement de se baser non pas sur la situation financière actuelle de la banque (fusionnée) au moment de la décision de la Commission de surveillance¹⁹⁰, mais plutôt sur la situation financière de la banque à l'époque, avant qu'elle ne fusionne¹⁹¹.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 17 décembre 2019 (procédure n° 505).

r88 *Mesures imposées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. Prise en compte d'un paiement transactionnel aux personnes lésées (non).*

Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il convient de tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas d'espèce¹⁹². En revanche, il ne faut pas tenir compte d'un paiement transactionnel effectué par la banque à des personnes lésées sur la base d'un accord transactionnel conclu dans le cadre d'une procédure pénale contre la banque. En effet, dans le cas d'un tel paiement transactionnel, il s'agit d'un paiement de dommages et intérêts pour le préjudice subi par des particuliers et non pas d'une mesure imposée par une instance (étatique) qui sanctionne le comportement fautif de la banque.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 7 décembre 2017 (procédure n° 437).

r89 *Mesures imposées par d'autres instances dans la même affaire. Preuve des mesures prises par d'autres instances.*

Si une banque fait valoir que la Commission de surveillance doit tenir compte, dans le cadre de la fixation de l'amende conventionnelle, d'une mesure prononcée par une autre instance dans le même cas d'espèce, elle doit le prouver de manière compréhensible, par exemple en présentant une décision ou un jugement correspondant.

¹⁸⁹ *Friedli/Eichenberger*, RSDA 5/2017, p. 700, r78.

¹⁹⁰ Cf. sur ce principe r86.

¹⁹¹ Cf. déjà *Georg Friedli*, Rapport d'activité de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques 1990 - 1992, let. A, ch. 3, disponible www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹⁹² Art. 64 al. 1 CDB 20. Cf. également l'art. 64 al. 1 CDB 16 et l'art. 11 al. 1 CDB 08.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2020 (procédure n° 503).

r90 *Mesures imposées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. Prise en compte d'une amende payée au DOJ (question laissée ouverte).*

La Commission de surveillance a laissé ouverte la question de savoir si la notion d'"autres instances" au sens de l'art. 64 al. 1 CDB 20 englobait également les autorités judiciaires étrangères telles que le Department of Justice (DOJ) américain. En effet, la banque avait simplement affirmé que le DOJ lui avait infligé une amende pour la relation d'affaires concernée. En revanche, elle n'avait pas prouvé que la banque était effectivement tenue de verser une amende au DOJ (et si oui, quel en était le montant)¹⁹³.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2020 (procédure n° 503).

r91 *Mesures imposées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. Prise en compte d'une confiscation des gains acquis par la FINMA (non).*

La confiscation d'un gain illicite acquis par la FINMA n'est pas une "mesure imposée par une autre instance dans le même cas d'espèce". La confiscation d'un gain constitue au contraire un instrument de droit administratif à fonction compensatoire, qui a pour effet de rétablir l'ordre légal en prélevant des bénéfices et contribue ainsi à l'équité entre les établissements financiers. La confiscation d'un gain par la FINMA a donc en premier lieu un caractère compensatoire et non punitif¹⁹⁴, raison pour laquelle elle n'a pas d'effet sur le montant de l'amende conventionnelle.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2018 (procédure n° 486).

r92 *Mesures imposées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. Prise en compte des coûts d'une procédure d'enforcement de la FINMA (non).*

Les frais de procédure mis à la charge de la banque par la FINMA dans la procédure d'*enforcement* ne doivent pas être pris en compte dans la fixation de l'amende conventionnelle. Il ne s'agit pas d'une mesure imposée par une "autre instance dans le même cas d'espèce".

Décision de la Commission de surveillance CDB du 14 mars 2019 (procédure n° 498).

r93 *Mesures imposées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. Prise en compte des coûts de la société d'audit (non).*

¹⁹³ Cf. à ce sujet r89.

¹⁹⁴ Cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-798/2012 du 27 novembre 2013, consid. 9.3.3 avec référence au Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 1er février 2006, FF 2006 2829 ss.

Les frais de la société d'audit qui, sur mandat de la banque, avait établi un rapport d'audit spécial sur les relations d'affaires faisant l'objet de la procédure CDB, ne constituent pas une "mesure prononcée par une autre instance dans le même cas d'espèce". Ils n'ont donc aucune influence sur la fixation de l'amende conventionnelle¹⁹⁵.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2020 (procédure n° 503).

r94 *Renonciation à la prescription de la peine. Réduction de la peine (oui).*

Si la banque renonce à invoquer la prescription¹⁹⁶, cela a pour effet d'atténuer la peine.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2020 (procédure n° 503).

r95 *Violations de la CDB de longue date. Réduction de peine (non).*

La CDB ne prévoit pas d'atténuation de la peine dans le cas où un laps de temps relativement long s'est écoulé depuis les violations de la CDB. La demande d'une banque visant à réduire l'amende conventionnelle au motif que les violations de la CDB sanctionnées remontent déjà à un certain temps (mais ne sont pas encore prescrites) a donc été rejetée.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 17 décembre 2019 (procédure n° 505).

XIV. Frais

Dans le cadre de la procédure de sanction, la Commission de surveillance détermine non seulement le montant de l'amende conventionnelle, mais aussi la prise en charge des frais¹⁹⁷.

r96 *Frais de la procédure d'enquête. Frais de la procédure de sanction.*

La Commission de surveillance fixe dans sa décision le montant total des frais de procédure, qui se composent des frais de la procédure d'enquête menée par le Chargé d'enquête et des frais de la procédure de sanction devant la Commission de surveillance. Les frais de la procédure d'enquête correspondent en principe aux factures du Chargé d'enquête. Les frais de la procédure de sanction consistent en un émolument forfaitaire pour la couverture des dépenses de la Commission de surveillance, qui se base sur le temps consacré respectivement sur la difficulté réelle et juridique du cas à juger. En revanche, le montant de l'amende conventionnelle n'a aucune influence sur le montant des frais de procédure. De même, une éventuelle réduction de l'amende conventionnelle par rapport à la proposition du Chargé d'enquête n'entraîne pas de réduction des frais de procédure¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Le fait que la banque ait consacré des efforts ou des frais considérables à l'examen des violations de la CDB commises, avec le soutien de la société d'audit, peut toutefois, selon la nouvelle pratique de la Commission de surveillance, être pris en compte comme un comportement positif après les faits pour atténuer la peine (cf. à ce sujet r80).

¹⁹⁶ Cf. r75.

¹⁹⁷ Art. 61 al. 5 CDB 20 en relation avec l'art. 14 al. 3 let. c du Règlement de procédure.

¹⁹⁸ Cf. également Leading Cases de la Commission de surveillance concernant l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er janvier 2019 au 30 juin 2019, let. E, ch. 2.1, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation & compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 16 juin 2021 (procédure n° 491).

r97 *Suspension de la procédure. Prise en charge des frais de procédure par la banque.*

Conformément à l'art. 7 para. 3 du Règlement de procédure, les frais de procédure (en tout ou partie) peuvent également être mis à la charge de la banque en cas de classement de la procédure. Pour que les frais soient mis à la charge de la banque, il n'est pas nécessaire que celle-ci les ait occasionnés. Il suffit que les investigations menées n'apparaissent pas d'emblée comme injustifiées.

Décision de la Commission de surveillance CDB du 19 juin 2019 (procédure n° 510).

Berne, novembre 2022

AU NOM DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE

Le Président



Dr. Philippe Amsler

Secrétaire



Me Dominik Eichenberger

Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan*

*Me Arun Chandrasekharan est associé de Des Gouttes & Associés, avocats à Genève. Il est également le Secrétaire-adjoint de la Commission de surveillance CDB.

Table des matières

I.	Introduction.....	2
1.	La Convention relative à l'obligation de diligence des banques.....	2
2.	La CDB 20.....	3
3.	Activité durant la période sous revue et cas pendants	4
4.	Perspectives.....	6
II.	Points forts	7
1.	La procédure sommaire.....	7
2.	Rapport avec la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent	8
3.	Les lacunes de la CDB 16	9
4.	Les constatations insolites.....	9
5.	L'obligation d'identifier les détenteurs du contrôle	10
6.	L'obligation de documentation et de mise en sûreté.....	11
7.	Élément constitutif subjectif	11
8.	Fixation de l'amende conventionnelle.....	12
III.	Questions de procédure	13
IV.	Vérification de l'identité du cocontractant	20
V.	Identification des détenteurs du contrôle.....	22
VI.	Identification de l'ayant droit économique.....	24
VII.	Obligations de documentation et de mise en sûreté.....	28
VIII.	Obligation de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence	31
IX.	Interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues	36
X.	Éléments constitutifs subjectifs.....	37
XI.	Prescription	39
XII.	Cas bénins	39
XIII.	Fixation de l'amende conventionnelle.....	40
XIV.	Frais	45