

COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

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

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

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

A. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

1. Récusation

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

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

2. Ouverture de la procédure d'enquête

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

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

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

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

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

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

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

3. Procédure sommaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Cas bénins

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

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

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

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

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

5. Droit transitoire

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

C. CASUISTIQUE

1. Obligation d'identifier le cocontractant

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Obligation d'identifier les détenteurs de contrôle

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

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

²² Voir également le point 1.1 ci-dessus.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Obligations de répétition

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

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

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

³³ Art. 44 CDB 16.

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

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

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

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

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

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

D. MESURE DE L'AMENDE CONVENTIONNELLE

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

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

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

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

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

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

⁴¹ Art. 64, al. 1, CDB 20.

⁴² Art. 64, al. 1, CDB 20.

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

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

Berne, avril 2021

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1524266.docx

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

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

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

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