

# 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<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2020)

### **A. INTRODUCTION**

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20 la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition.<sup>1</sup> Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.<sup>2</sup>

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

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

---

<sup>1</sup> Respectivement en application des dispositions analogues des versions antérieures de la CDB.

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

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

## B. DROIT TRANSITOIRE

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

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

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

## C. OBLIGATION D'IDENTIFIER LES DÉTENTEURS DE CONTRÔLE

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

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

---

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

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

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

La Commission de surveillance devait donc décider de la manière dont il convenait d'interpréter la notion d'„autres intermédiaires financiers“ au sens de l'art. 24 al. 1 CDB 16. En se fondant sur le sens littéral,<sup>7</sup> l'interprétation historique,<sup>8</sup> le commentaire CDB,<sup>9</sup> la doctrine<sup>10</sup> et sa jurisprudence relative à la notion d'intermédiaire financier en relation avec l'obligation d'identifier l'ayant droit économique selon la CDB 03,<sup>11</sup> la Commission de surveillance a conclu que les „autres intermédiaires financiers“ au sens de l'art. 24 al. 1 CDB 16 étaient (uniquement) les intermédiaires financiers soumis à une surveillance légale spéciale au sens de l'art. 2 al. 2 LBA et les institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts au sens de l'art. 2 al. 4 lit. b LBA et non l'ensemble des intermédiaires financiers au sens de l'art. 2 LBA. La notion d'„autre intermédiaire financier“ au sens de l'art. 24 al. 1 CDB 16 est donc identique à celle d'„autre intermédiaire financier“ au sens de l'art. 33 al. 1 CDB 16.

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

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

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

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

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

## D. MESURE DE L'AMENDE CONVENTIONNELLE

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

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

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

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

---

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

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

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

Berne, septembre 2020

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1466689.docx

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

---

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