

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

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance informe les banques et le public de sa jurisprudence, en respectant le secret bancaire et le secret des affaires. La Commission de surveillance publie depuis la création des règles de diligence en 1977 (CDB 77) tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016. Il a été publié² sur le portail de l'Association suisse des banquiers (ASB) le 5 juillet 2017.

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance a publié à intervalles plus rapprochés sur le portail ASB un résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature consacrée aux „leading cases“ de la Commission de surveillance a eu lieu le 18 janvier 2007. Le présent compte-rendu est consacré aux „leading cases“ de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2017.

B. QUESTIONS PROCÉDURALES

La Commission de surveillance a examiné pour la première fois la requête d'une banque en application de la procédure sommaire de l'art. 62 CDB 16. La Commission a constaté que la procédure sommaire n'est pas suffisamment réglementée dans la CDB 16 et, en particulier, dans son règlement de procédure. La Commission de surveillance a décidé de réviser les dispositions du Règlement de procédure consacrées à la procédure

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

² Cf. Circulaire no 7933 ASB du 5 juillet 2017. De surcroît, le rapport d'activité 2011–2016 sera, comme c'est l'usage, également publié dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA). La publication est prévue dans la livraison 05/2017 de la RSDA.

sommaire. La version révisée du Règlement de procédure du 27 mars 2017 est entrée en vigueur³ le 1^{er} avril 2017.

C. ÉTATS DE FAITS PARTICULIERS

1. Vérification de l'identité du cocontractant

1.1. Selon le ch. 15 al. 3 des Dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08, un Trustee doit confirmer par écrit (par ex. au moyen du formulaire T) qu'il est autorisé à établir une relation d'affaires pour le trust auprès de la banque. Au lieu d'une confirmation écrite par le Trustee, la preuve que celui-ci est autorisé à établir une relation d'affaires pour le trust peut également être apportée par une Legal Opinion.⁴ Cette Legal Opinion peut émaner d'un tiers (par ex. un avocat). Les règles de diligence n'exigent pas que la Legal Opinion émane du Trustee.

1.2. Le ch. 14 des Dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 ne comporte pas l'obligation pour la banque de vérifier l'adresse de domicile de la personne physique qui agit en qualité de représentant d'une personne morale ou d'une société de personnes lors de l'ouverture d'un compte. L'obligation de vérifier l'adresse de domicile du cocontractant ne s'applique que lorsque la personne physique agit en qualité de cocontractant et non lorsque la personne physique se borne à établir la relation d'affaires (*Eröffner*).

2. Identification de l'ayant droit économique

2.1. Les règles de diligence exigent d'obtenir une déclaration distincte selon le formulaire A pour chaque compte et dépôt. Cette règle s'applique a fortiori lorsque plusieurs comptes sont ouverts sous diverses rubriques, ce qui laisse inférer qu'il existe un ayant droit économique différent pour chacune d'elles.⁵ L'ouverture d'un compte sous la rubrique „Clienti“ laisse à penser que les fonds déposés sur ce compte ne sont pas des fonds du cocontractant mais bien plutôt des fonds de clients, c.-à-d. de tiers, qui sont simplement gérés à titre fiduciaire par le titulaire du compte. Lors de l'ouverture du compte, la banque aurait dû recueillir des éclaircissements complémentaires au sujet de l'ayant droit

³ Cf. Circulaire no 7928 ASB du 31 mai 2017.

⁴ Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), art. 2 ch. 15.

⁵ Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005*, RSDA 2005, p. 248.

économique du compte rubrique „Clienti“ et aurait dû exiger de sa cocontractante une déclaration relative à l'ayant droit économique.

2.2. Pour déterminer l'adresse effective du domicile ou du siège du cocontractant, la banque peut en principe se fier aux déclarations du cocontractant. Elle n'est tenue de procéder à des clarifications complémentaires qu'en présence d'anomalies conformément à une approche fondée sur les risques.⁶ Cette règle s'applique par analogie à l'identification de l'ayant droit économique.

3. Personnes tenues à un secret professionnel

Selon l'art. 5 CDB 08, les banques pouvaient renoncer à l'identification de l'ayant droit économique en cas de comptes ou de dépôts établis par des avocats ou notaires autorisés à exercer en Suisse ou par des études d'avocats ou de notaires organisées en la forme de sociétés pour le compte de leurs clients, dans la mesure où ces cocontractants confirmaient par écrit à la banque qu'ils n'étaient pas eux-mêmes l'ayant droit économique des valeurs en compte, qu'ils exerçaient l'activité d'avocat ou de notaire et étaient soumis à la législation cantonale et fédérale en la matière, qu'ils étaient soumis au secret professionnel protégé par la loi (art. 321 CPS) en ce qui concerne les valeurs en compte et que le compte/dépôt était exclusivement utilisé dans le cadre de l'activité d'avocat, respectivement de notaire. Il s'agit d'une disposition exceptionnelle, dont seules les personnes tenues à un secret professionnel peuvent se prévaloir.

En tant que norme exceptionnelle, l'art. 5 CDB 08 doit être interprété restrictivement. Une application stricte de cette règle se justifie d'autant plus que la nécessité légitime de protéger le secret professionnel ne saurait être invoquée abusivement, pour garantir la confidentialité au sujet de la qualité d'ayant droit économique selon l'art. 5 CDB 08.

4. Répétition de la procédure de vérification

4.1. Les banques ont également l'obligation en application de la CDB 16 de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique, lorsque des doutes surviennent au sujet de la véracité de la déclaration au moyen d'un formulaire A et que ces doutes ne peuvent être levés par des éclaircissements éventuels (cf. art. 46 al. 1 CDB 16). La CDB 16 ne contient cependant pas de règle analogue au ch. 45 des Dispositions d'exécution de

⁶ Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2^{ème} éd., art. 7.

l'art. 4 CDB 08 relativement aux changements intervenant dans les signatures autorisées d'une société de domicile. Dès lors que le ch. 45 des Dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08 ne représentait qu'une concrétisation des obligations découlant de l'art. 6 al. 1 CDB 08 en relation avec l'obligation d'identification de l'ayant droit économique d'une société de domicile,⁷ la règle autrefois expressément énoncée au ch. 45 des Dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08 reste en vigueur par application de l'art. 46 al. 1 CDB 16.

4.2. Selon la pratique de la Commission de surveillance, commet une violation des devoirs de diligence la banque qui omet de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique en cas d'octroi d'un pouvoir de signature individuelle sur le compte d'une société de domicile sur lequel existait un pouvoir de signature collective à deux.⁸ L'application de la procédure selon l'art. 4 al. 3 let. b CDB 08 s'impose particulièrement, lorsque la personne qui exerce pour la première fois le droit de signature individuelle sur le compte d'une société de domicile n'avait jusque-là pas de pouvoir de signature et la nature de sa relation avec le cocontractant et/ou l'ayant droit économique n'est pas claire.

4.3. Lorsqu'une banque constate que le client cherche intentionnellement à la tromper sur l'identité de l'ayant droit économique, elle a l'obligation, conformément à l'art. 6 al. 3 CDB 08, de rompre la relation avec le client.⁹ Les règles de diligence n'imposent par contre pas d'obligations de clarification complémentaire avant ou au moment de la rupture des relations avec le cocontractant.

D. SANCTIONS

Bien que la banque ait mentionné dans ses dossiers relatifs à plusieurs sociétés qu'il s'agissait de sociétés de domicile, elle a omis – à l'encontre du texte clair et dépourvu de toute ambiguïté de l'art. 4 al. 3 let. b CDB 08 – d'exiger une déclaration relative à l'ayant droit économique. Il y avait lieu d'en inférer un manque d'organisation propre à aggraver la sanction.

Berne, octobre 2017

X1193009.docx

⁷ Cf. Georg Friedli, ch. 3.2.2, p. 35, du Rapport d'activité 2005-2010 publié sur le portail de l'Association suisse des banquiers sous „Topics“.

⁸ Cf. Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken*, RSDA 2005, p. 257.

⁹ La relation avec le cocontractant ne peut toutefois plus être rompue, lorsque les conditions de l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) sont remplies (art. 6 al. 4 CDB 08).