

# 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 disposition<sup>1</sup>. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016. Il a été publié<sup>2</sup> 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<sup>er</sup> 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

---

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

<sup>2</sup> 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 vigueur<sup>3</sup> le 1<sup>er</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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

---

<sup>3</sup> Cf. Circulaire no 7928 ASB du 31 mai 2017.

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

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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

---

<sup>6</sup> Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2<sup>ème</sup> 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,<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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

---

<sup>7</sup> 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“.

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

<sup>9</sup> 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).

# COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

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

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

(1<sup>er</sup> juillet – 31 décembre 2017)

### A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance, dans le respect du secret bancaire et des affaires, informe les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis la création des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité détaillé 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 a publié sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance a eu lieu le 18 janvier 2007. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2017.

### B. ÉTAT DE FAITS PARTICULIERS

#### 1. Vérification de l'identité du cocontractant

Un cocontractant, dont l'identité a été correctement vérifiée, qui a ouvert des relations d'affaires supplémentaires, ne devait pas faire l'objet de nouvelles vérifications selon l'art. 2 al. 3 CDB 08. Cette règle s'appliquait également à la vérification de l'identité de la personne qui a établi la relation d'affaires et pour la prise de connaissance des pouvoirs de représentation selon le ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08. L'art. 2 al. 3 CDB 08 n'était toutefois applicable qu'aux relations d'affaires existantes. Dans le cas d'une relation d'affaires complètement liquidée mais à nouveau ouverte ultérieurement, la procédure d'identification devait être répétée.<sup>3</sup> Il s'ensuit qu'une banque ne peut pas se satisfaire d'une copie de pièce d'identité se trouvant déjà dans ses

---

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

<sup>2</sup> Le rapport d'activité de la Commission de surveillance CDB pour les années 2011-2016 a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers (ASB) (cf. Circulaire no 7933 de l'ASB du 5 juillet 2017) ainsi que dans la Revue Suisse de Droit des Affaires et du Marché Financier (RSDA), 5/2017, p. 676 ss.

<sup>3</sup> Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques pour les années 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 686, cf. aussi Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des Banques (CDB 08), art. 2 CDB 08.

dossiers si la relation d'affaires dans le cadre de laquelle la copie de la pièce d'identité a été prélevée a dans l'intervalle été clôturée.

## **2. Identification de l'ayant droit économique**

2.1. Constitue une constatation insolite le fait qu'un client disposant d'une fortune d'environ CHF 1 mio effectue des opérations sur devises, sur ses comptes privés, représentant un chiffre d'affaires dépassant largement le milliard au total.

2.2. L'acceptation d'un formulaire T, sur lequel le nom du trust ne figure pas, ne satisfait pas aux exigences de la CDB 16.

## **3. Vérification du détenteur de contrôle**

Conformément au Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), à l'art. 20 CDB 16, lors de l'identification du détenteur de contrôle, il convient de déterminer premièrement s'il existe des personnes physiques ou morales qui détiennent au moins 25% des parts du cocontractant. S'il existe des personnes physiques répondant à ces critères, le cocontractant doit les identifier au moyen du formulaire K. Si, en revanche, c'est une personne morale qui détient une participation d'au moins 25% des droits de vote ou du capital, il y a lieu d'identifier, selon le principe d'imputation, les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent effectivement de la société interposée. Dans ce cas, il y a lieu de percer le voile corporatif, afin d'identifier les personnes physiques qui exercent le contrôle effectif de la société interposée. Selon le Commentaire, à l'art. 20 CDB 16, on parle de contrôle effectif d'une société interposée exerçant une activité opérationnelle *"lorsqu'une personne physique détient plus de 50% des droits de vote ou du capital de cette société ou exerce le contrôle de cette société d'une autre manière reconnaissable. Les participations détenues par les sociétés interposées sont imputées aux personnes physiques qui, en dernier lieu, exercent le contrôle effectif de ces sociétés interposées (principe d'imputation)." Si une société de domicile détient au moins une part de 25% du cocontractant, il convient d'indiquer sur le formulaire K tous les ayants droit économiques de cette société de domicile.*

Même si, selon le principe d'imputation, il suffit d'identifier la personne physique qui constitue le dernier maillon de la chaîne de contrôle, il est évidemment permis – comme le soutient à bon droit la banque – de faire usage d'une documentation plus étendue (ce qui est souvent justifié). Il est ainsi parfaitement admissible de prélever plusieurs déclarations complémentaires dans le cadre de l'identification du détenteur de contrôle en présence de structures de détention à plusieurs niveaux. Indépendamment du fait que la banque identifie le détenteur de contrôle à l'aide d'une seule ou plusieurs déclarations écrites (par ex. des formulaires), la déclaration du cocontractant relative au détenteur de contrôle doit matériellement respecter les prescriptions de la CDB 16.

#### 4. Répétition de la procédure de vérification

4.1. Sur 18 paiements effectués sur le compte privé d'un client par des tiers ou des "inconnus" s'élevant entre CHF 100'000.00 et CHF 900'000.00, une banque n'avait prélevé que 9 formulaires A. Dans chaque cas, le cocontractant avait déclaré qu'il n'était pas l'ayant droit économique des paiements mais que l'ayant droit économique était respectivement chacun des auteurs des instructions de paiement. Dans ces conditions, il existait des doutes sérieux que le cocontractant fût l'ayant droit économique des 9 autres paiements. La banque aurait dès lors dû répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique également en relation avec ces autres paiements.

4.2. Selon la jurisprudence ancienne et constante de la Commission de surveillance, ne commet pas une violation (additionnelle) des règles de diligence, la banque qui, s'efforçant de corriger une identification défectueuse de l'ayant droit économique, prélève un formulaire A complété de manière erronée<sup>4</sup> car, dans ce cas, la banque serait traitée plus sévèrement que si elle était restée totalement inactive. Cette pratique vaut sans autre également en ce qui concerne le nouveau formulaire K selon la CDB 16.

4.3. Lorsqu'une banque noue une relation d'affaires avec une société de domicile et considère, à tort, qu'il n'y a pas lieu d'identifier l'ayant droit économique, et renonce par conséquent à prélever un formulaire A, il y a lieu de la sanctionner pour violation de l'art. 4 al. 3 let. b en relation avec l'art. 3 CDB 08.<sup>5</sup> Si, en raison de cette appréciation (erronée), la banque renonce à renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique d'une relation d'affaires à l'occasion d'une modification des pouvoirs de signature, il s'agit dans ce cas d'une conséquence de l'erreur d'appréciation initiale commise par la banque et ne constitue pas une nouvelle violation des règles de diligence car, en cas d'exonération de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique – en présence par ex. d'une exception au sens des ch. 33 ou ch. 34 des Dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 - il n'existe en règle générale pas de raison de renouveler (respectivement de procéder à) l'identification de l'ayant droit économique en cas de modification du pouvoir de signature.<sup>6</sup>

4.4. Si, en présence de "Special Purpose Vehicles (SPV)" au sens du ch. 33 al. 1 CDB 08 des Dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, le pouvoir de signature change, cela ne permet pas en règle générale de conclure à une modification de l'ayant droit économique.

---

<sup>4</sup> Cf. à ce sujet, Georg Friedli, ch. 2.11 du Rapport d'activité 2001-2005 publié sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers sous "Topics".

<sup>5</sup> A condition que cette violation des obligations de diligence ne soit pas déjà prescrite.

<sup>6</sup> La situation est évidemment différente, lorsque la modification des pouvoirs de signature fait naître des doutes quant au maintien des conditions de renonciation à la vérification de l'ayant droit économique

## 5. Prescription

5.1. Selon l'art. 65 CDB 16, les violations de la Convention ne sont plus poursuivies, lorsqu'elles remontent à plus de cinq ans. Le délai de prescription de cinq ans est suspendu pendant la durée de la procédure.

Alors que le délai de prescription est resté inchangé avec l'entrée en vigueur de la CDB 16<sup>7</sup>, le début de celle-ci a été nouvellement réglé avec la CDB 16 : le délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. 65 CDB 16 commence à courir dans chaque cas à compter de la violation de la Convention. En revanche, sous la CDB 08, le délai de prescription (de cinq ans) ne commençait pas à courir au même moment pour toutes les violations des règles de diligence : l'art. 11 al. 4, 2<sup>ème</sup> phrase CDB 08 disposait que, en cas de manquement à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou d'identifier l'ayant droit économique<sup>8</sup>, le délai de cinq ans ne commençait à courir qu'après que le manquement avait été réparé ou que la relation d'affaires avait pris fin. Pour tout autre manquement, la prescription commençait en revanche à courir dès la violation de la règle concernée.

Avec l'art. 65 CDB 16, le début du délai de prescription a donc été avancé pour certaines violations de la Convention (dans la mesure où la prescription court dorénavant depuis la commission de la violation et non pas depuis la correction de la violation, respectivement la rupture de la relation d'affaires). En conséquence, le nouveau règlement de la prescription prévu à l'art. 65 CDB 16 a pour effet que, dans la grande majorité des violations de la Convention (manquements à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou à l'obligation d'identifier le détenteur de contrôle et l'ayant droit économique), la prescription survient plus tôt que sous l'ancien droit. Le nouveau règlement de prescription de l'art. 65 CDB 16 se révèle ainsi considérablement plus clément en comparaison de l'ancien règlement de prescription de la CDB 08. Cela est d'autant plus vrai que l'art. 65 CDB 16 sur la base de l'art. 70 al. 3 CDB 16 („lex mitior“) s'applique à toutes les violations de la Convention qui doivent être jugées après l'entrée en vigueur de la CDB 16, c.à.d. également aux violations de la CDB 08.

Aussi, la Commission de surveillance est-elle arrivée à la conclusion qu'en application du nouveau règlement de prescription de l'art. 65 CDB 16, les agissements de la banque ne pouvaient plus être poursuivis en raison de la prescription de l'infraction dans de très nombreux cas.

5.2. Pour un aperçu complet de la problématique de la prescription, voir Dominik Eichenberger, Die Verjährungsregelung der VSB 16 dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, RSDA, 4/2017, p. 441 ss.

---

<sup>7</sup> Tant en application de l'art. 11 al. 4 CDB 08 que de l'art. 65 CDB 16, le délai de prescription est de cinq ans.

<sup>8</sup> C.à.d. en cas de violation des art. 2 à 6 CDB 08 (cf. let D des Leading Cases de la Commission de surveillance de novembre 2013 publiés par l'ASB sur son portail sous „Topics“).

## **C. SANCTIONS**

### **1. Cas bénins**

Par analogie avec l'art. 63 let b CDB 16, qui stipule qu'un formulaire A incomplètement ou incorrectement rempli ne constitue un cas bénin que s'il mentionne à tout le moins le nom et le prénom (respectivement la raison sociale) de l'ayant droit économique, un formulaire T doit au moins désigner correctement le Trust et les bénéficiaires (Beneficiaries), pour qu'il puisse être question d'un cas bénin.

### **2. Fixation de l'amende conventionnelle**

2.1. Selon l'art. 64 al. 1 CDB 16, lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il doit être dûment tenu compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. L'accent est mis en premier lieu sur les sanctions de surveillance de la FINMA. Toutefois, toutes autres mesures prises par d'autres autorités, notamment les autorités pénales, doivent également être prises en compte.

Contrairement à l'avis de la Banque, un accord transactionnel conclu dans le cadre d'une procédure pénale contre la Banque par lequel la Banque s'engage au paiement d'un montant de CHF 4 mio. aux lésés ne doit pas être pris en compte car les CHF 4 mio. correspondent à des dommages-intérêts payés à diverses personnes privées et non à une mesure imposée par une instance (étatique) sanctionnant la faute de la Banque.

2.2. Le fait que, dans le cadre d'une violation des règles de diligence affectant une relation donnée, celle-ci s'est vue créditée de montants importants à hauteur de millions constitue une circonstance aggravante aux termes de la jurisprudence de la Commission de surveillance.

Berne, février 2018

X1231427.docx

# COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

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

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

(1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2018)

### **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. 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 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“ les plus récents de la Commission de surveillance pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2018.

### **B. CAS PARTICULIERS**

#### **1. Identification de l'ayant droit économique**

1.1 Si au moment de nouer la relation d'affaires des doutes sérieux persistent relativement à l'identité de l'ayant droit économique, la banque doit refuser d'entrer en relation d'affaires. La règle énoncée au ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 n'a certes pas été reprise textuellement dans la CDB 16, elle demeure évidemment valable sous l'empire de la CDB 16.

1.2 Les règles de diligence exigent de la banque qu'elle connaisse, sans aucun doute et en tout temps, au début ainsi que tout au long de la relation d'affaires, l'ayant droit économique des valeurs mobilières gérées. La banque ne peut ni nouer ni maintenir une relation d'affaires dans la mesure, respectivement aussi longtemps

---

<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 N° 7933 ASB du 5 juillet 2017) et publié dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RFDA) 5/2017, p. 676 ss.

qu'elle entretient des doutes quant à l'ayant droit économique. Des doutes qui ne peuvent être levés lors de l'entrée en relation d'affaires ont pour conséquence que la banque doit refuser d'entrer en relation d'affaires<sup>3</sup>. Si des doutes surgissent au sujet de l'ayant droit économique dans le courant de la relation d'affaires et qu'ils ne peuvent être écartés, la banque, conformément à l'art. 46 al. 2 CDB 16 (antérieurement : art. 6 al. 3 CDB 08) a l'obligation de mettre un terme à la relation d'affaires.

La banque n'a par contre pas l'obligation (ni lors de l'ouverture d'une relation d'affaires ni dans le cadre d'une relation existante) de conduire des investigations jusqu'à ce que celles-ci aboutissent à un résultat satisfaisant (d'autant que cela peut s'avérer impossible si le client ne peut ou ne veut pas lever les doutes existants). La banque est, au contraire, libre de renoncer à des clarifications complémentaires et peut décliner l'ouverture de la relation affectée de doutes, respectivement mettre un terme à une telle relation (sous réserve que les conditions de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA ne sont pas remplies cf. art. 46 al. 3 CDB 16 respectivement 6 al. 4 CDB 08)<sup>4</sup>.

1.3 En application du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, les banques pouvaient en principe se fonder sur l'exactitude des indications données par le cocontractant concernant l'ayant droit économique. Elles n'avaient pas l'obligation de vérifier l'exactitude des indications contenues dans le formulaire A. C'est à la condition toutefois qu'il n'existe pas des doutes sérieux quant à l'exactitude de la déclaration du cocontractant.

La Commission de surveillance a précisé que la notion de doutes au sens du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 a le même sens que celle de constatations insolites au sens du ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08, respectivement de doute au sens de l'art. 6 al. 1 lit. c CDB 08. Le fait qu'au ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, contrairement au ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 respectivement de l'art. 6 al. 1 lit. c CDB 08, il est question de doutes *sérieux* n'a pas de portée particulière. Il n'existe en effet pas de motifs pour lesquels une banque ne devrait procéder à des vérifications complémentaires qu'en présence de doutes "*sérieux*" au sujet de l'exactitude de la déclaration relative à l'ayant droit économique alors qu'ultérieurement, dans la poursuite de la relation d'affaires, elle aurait l'obligation de renouveler la vérification de l'ayant droit économique en application de l'art. 6 al. 1 let. c CDB 08 en présence de "simples" doutes déjà.

---

<sup>3</sup> Cf. ch. 1.1. *supra*.

<sup>4</sup> Il n'incombe pas à la Commission de surveillance de décider si, en application d'autres normes, par exemple l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, la banque aurait des obligations complémentaires de clarification.

1.4 Lorsqu'une banque constatait que des indications sciemment erronées lui avaient été données à propos de l'ayant droit économique ou lorsque des doutes subsistaient au sujet des indications fournies par le cocontractant après que la procédure visée à l'art. 6 al. 1 CDB 08 eût été menée à bien, elle avait l'obligation de rompre la relation d'affaires avec le cocontractant (art. 6 al. 3 CDB 08)<sup>5</sup>.

Il va de soi que la banque peut être trompée sur l'identité de l'ayant droit économique, non seulement en raison des indications contenues dans le formulaire A mais également en raison d'informations complémentaires au sujet de l'ayant droit économique. Tel est en particulier le cas lorsqu'il s'agit d'indications qui peuvent s'avérer pertinentes pour établir la qualité d'ayant droit économique. Dans le cas d'espèce, la cliente avait intentionnellement donné de fausses indications sur l'ayant droit économique dans un questionnaire de *due diligence*. Dans ce cas, la banque aurait dû rompre la relation d'affaires.

1.5 Une société de domicile ne peut être elle-même ayant droit économique, ce qui était expressément stipulé dans la CDB 08 (cf. ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08) vaut évidemment aussi sous l'empire de la CDB 16.

1.6 Des personnes physiques doivent en principe être identifiées comme ayants droit économiques (art. 27 al. 2 CDB 16). Il suit de là que la banque doit exiger une déclaration complémentaire si le cocontractant ne mentionne pas une personne physique en qualité d'ayant droit économique mais une société (pour autant qu'il n'existe pas une exception à l'obligation d'identification conformément aux art. 30 ss CDB 16). Si une société exerçant une activité opérationnelle est mentionnée comme ayant droit économique, il y a lieu d'identifier, de surcroît, les détenteurs de contrôle au moyen du formulaire K<sup>6</sup>. Si, par contre, une société de domicile est mentionnée en qualité d'ayant droit économique, il y a lieu d'identifier les personnes physiques ayant la qualité d'ayant droit économique de la société de domicile. Une société de domicile ne peut en effet revêtir la qualité d'ayant droit économique<sup>7</sup>.

1.7 Une banque a ouvert un compte destiné à l'exécution conforme à la Charia d'une opération relevant de l'"islamic banking". Bien que des transactions soient intervenues sur le compte dans le cadre d'un acte juridique soumis au droit islamique qui s'écartait substantiellement de l'activité bancaire traditionnelle, la banque a omis de procéder à des clarifications complémentaires qui lui auraient permis de comprendre réellement cette opération inhabituelle. La banque a ainsi violé ses devoirs de diligence lors de l'identification de l'ayant droit économique. A cette occasion, la Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence selon laquelle les banques qui prennent part à des opérations doivent effectivement pouvoir les comprendre : lorsqu'une banque

---

<sup>5</sup> Sous réserve de l'obligation de communiquer conformément à l'art. 9 LBA (cf. art. 6 al. 4 CDB 08).

<sup>6</sup> Cf. Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 39 CDB 16, p. 32.

<sup>7</sup> Cf., ch. 1.5 *supra*.

ne comprend pas une opération, respectivement les contrats qui lui servent de fondement, elle doit soit prendre des informations et prélever des documents complémentaires où renoncer à participer à l'exécution de cette opération<sup>8</sup>.

## 2. Obligation de documentation

2.1. Il découle de l'obligation de documentation (art. 44 CDB 16; cf. aussi ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08, respectivement ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08), qu'une banque a l'obligation de saisir la date de réception des documents, respectivement de leur disponibilité dans le système. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque doit, en particulier, documenter la date de réception de ces documents. L'obligation de documentation ne requiert en principe pas que la banque documente dans ses dossiers l'identité de la personne qui lui a transmis lesdits documents.

2.2. Selon l'art. 45 CDB 16, en règle générale tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que pour l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique doivent avoir été obtenus dans leur intégralité et sous la forme voulue avant que le compte ne puisse être utilisé. Si quelques données et/ou documents seulement font défaut, le compte peut néanmoins être utilisé à titre exceptionnel, étant entendu que les données et/ou documents manquants doivent être obtenus dès que possible. Au plus tard après 90 jours, le compte doit être bloqué pour toutes les sorties de fonds jusqu'à ce que la documentation complète soit en possession de la banque.

La jurisprudence développée par la Commission de surveillance, sous l'empire de la CDB 08, concernant l'obligation de documentation au sens du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 respectivement du ch. 35 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08<sup>9</sup> s'applique également à l'art. 45 CDB 16. En effet, l'art. 45 CDB 16 suppose également que seules "*quelques données et/ou documents*" font défaut. La disposition exceptionnelle de l'art. 45 CDB 16 ne s'applique ainsi qu'à la relation d'affaires dont la documentation n'est pas complète ou dont les documents d'identification disponibles sont défectueux. Par contre, en l'absence de tout document d'identification, l'art. 45 CDB 16 n'a pas lieu de s'appliquer.

---

<sup>8</sup> Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, RSDA 5/2017, p. 691, r36.

<sup>9</sup> Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, RSDA 5/2017, p. 692, r 41.

### 3. Mesure de l'amende conventionnelle

Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il y a lieu, conformément à l'art. 64 al. 1 CDB 16 de tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le cas d'espèce. Il s'agit à cet égard principalement de sanctions prononcées dans le cadre de l'activité de surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA. La confiscation d'un gain illicite par la FINMA ne constitue toutefois pas une mesure ayant un caractère de sanction dont il y aurait lieu de tenir compte dans la fixation de l'amende conventionnelle. La confiscation du gain constitue bien plutôt une mesure de droit administratif à but de compensation dont l'objectif est de rétablir une situation juridique conforme par le prélèvement des bénéfices et qui contribue ainsi à traiter équitablement les instituts financiers. La confiscation a ainsi d'abord un but de compensation plutôt qu'un caractère pénal<sup>10</sup>. C'est pourquoi elle n'a pas de conséquence pour la fixation de l'amende conventionnelle.

Berne, octobre 2018  
Dominik Eichenberger, Avocat  
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

---

<sup>10</sup> Cf. jugement du Tribunal administratif fédéral B-798/2012 du 27 novembre 2013, c. 9.3.3 avec renvoi au message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers du 1<sup>er</sup> février 2006 (FF 2006, 2829 ss).

# COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

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

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

(1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2018)

### **A. INTRODUCTION**

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence, en respectant le secret bancaire et le secret des affaires. 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 a publié sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents de la Commission de surveillance pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2018.

### **B. QUESTIONS DE PROCEDURE**

Une banque s'est opposée à une extension d'enquête par le chargé d'enquête et a refusé de produire les pièces complémentaires demandées concernant d'autres relations d'affaires au motif que les conditions à l'extension de l'enquête n'étaient pas remplies : la demande de pièces complémentaires constituait une „fishing expedition“ prohibée. Le chargé d'enquête a soumis la question au Président de la Commission de surveillance pour décision.

Même si la lettre de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête du 1<sup>er</sup> décembre 2015 ne fait référence qu'aux décisions relatives à l'admissibilité de mesures d'investigation spécifiques, il n'est pas contesté que le Président de la Commission de surveillance est également compétent s'agissant de l'extension de l'enquête réglée à l'art. 3 al. 2 du Règlement d'enquête s'agissant d'une enquête déjà en cours. Par ailleurs, la Commission de surveillance a déjà décidé que la procédure de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête s'applique également en cas de divergence

---

<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 N° 7933 ASB du 5 juillet 2017) et publié dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

entre le chargé d'enquête et la banque au sujet de l'ouverture d'une enquête (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010, Revue suisse du droit des affaires, RSDA 1/2011, p. 50). Cette règle s'applique également à la question de l'admissibilité d'une extension de l'enquête dans une procédure pendante.

En l'espèce, le Président de la commission de surveillance, en accord avec la jurisprudence (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010, RSDA 1/2011, p. 50 ; cf. aussi Décision du Président de la Commission de surveillance du 14 août 2009, publiée sous ch. 9 des „Leading Cases“ d'août 2009 par l'Association suisse des banquiers sur son portail sous Topics, rubrique CDB) a confirmé que les règles de l'art. 3 et de l'art. 4 du Règlement d'enquête relatives à l'ouverture d'une enquête respectivement aux actes d'enquête effectués par les chargés d'enquête sont interprétées de manière extensive. Une interprétation restrictive des art. 3 et 4 du Règlement d'enquête serait en effet contraire au sens et au but des règles de diligence et porterait atteinte à la crédibilité du système d'autorégulation tel qu'il est institué par la CDB. Cela ne saurait être dans l'intérêt de la place financière suisse dont la défense de la réputation est un des buts déclarés de la CDB (cf. let. a du Préambule de la CDB 16). Le but de la CDB et du Règlement d'enquête édicté en application de l'art. 60 al. 5 CDB 16 est de permettre une clarification aussi complète que possible d'éventuelles violations des devoirs de diligence, sans pour autant autoriser le chargé d'enquête à procéder à de véritables „fishing expeditions“ en prélevant au hasard des informations et des pièces qui n'ont pas de lien reconnaissables avec d'éventuelles violations des devoirs de diligence<sup>3</sup>.

## **C. CAS PARTICULIERS**

### **1. Etendue de la diligence**

Conformément au principe de la CDB qui préconise une approche fondée sur le risque (cf. à ce sujet Commentaire CDB 08 Convention relative à l'obligation de diligence des banques, p. 22), le degré de diligence dont la banque doit faire preuve lors de l'identification de l'ayant droit économique dépend des circonstances concrètes relatives à la relation d'affaires. Lorsqu'une banque qualifie elle-même – à juste titre – une relation d'affaires de relation présentant des risques accrus, elle doit faire preuve d'un degré accru de diligence.

---

<sup>3</sup> Le Président de la Commission de surveillance a admis la demande du chargé d'enquête car l'extension de l'enquête et la demande de production de pièces en lien avec celle-ci se distinguaient clairement d'une recherche de preuve prohibée. S'est avéré décisif le fait que l'extension de l'enquête ne portait pas sur un nombre illimité de relations d'affaires mais seulement sur des comptes spécifiquement désignés dans la procédure qui présentaient un lien concret et clair avec l'enquête déjà ouverte. Le Président a par conséquent autorisé le chargé d'enquête à poursuivre l'enquête telle qu'étendue par lui. Il a ordonné à la banque de donner suite à la demande de production de pièces du chargé d'enquête.

## 2. Devoirs de répétition

2.1. L'obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique ne présuppose pas que la banque a la certitude que les déclarations faites initialement au sujet de l'ayant droit économique ne sont pas (plus) exactes. Il suffit plutôt que la banque ait des doutes (ou qu'elle ait dû avoir des doutes) et que ces doutes n'aient pas pu être levés par des clarifications complémentaires. Il existe toujours un doute en présence de constatations insolites<sup>4</sup>.

2.2. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance viole déjà son devoir de répétition la banque qui, à l'occasion de l'octroi de la signature individuelle en faveur d'un représentant habilité à signer collectivement à deux pour une société de domicile, omet de procéder à des clarifications complémentaires relatives à l'ayant droit économique (cf. Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005*, RSDA 2005, p. 257). A fortiori, la banque ne saurait-elle demeurer inactive lorsque – comme dans le cas d'espèce – deux titulaires de la signature individuelle se voient retirer leur pouvoir de signature. C'est à plus forte raison encore le cas lorsque la société de domicile (une Sàrl suisse) n'a pas seulement modifié les pouvoirs de signature mais aussi ses associés-gérants dans la mesure où deux des associés et gérants ont quitté la société. Les modifications des pouvoirs de signature, des droits de participation et de représentation de la Sàrl auraient impérativement dû conduire la banque à renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique et à exiger de sa cocontractante une déclaration relative à l'ayant droit économique si les doutes survenus ne pouvaient être écartés par des clarifications postérieures.

2.3. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la règle des 90 jours énoncée au ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08, respectivement à l'art. 45 CDB 16, s'applique par analogie aux devoirs de répétition. La procédure prévue à l'art. 6 CDB 08, respectivement à l'art. 46 CDB 16, doit ainsi également être diligentée dans le délai de 90 jours (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht RSDA 5/2017*, p. 694 ss, ch. 53). Cela signifie que l'ensemble des pièces qui doivent être prélevées à l'occasion de la répétition de la procédure doivent être disponibles dans le délai de 90 jours. La banque qui n'a prélevé un nouveau formulaire A que nettement plus de 90 jours après, a violé son obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

---

<sup>4</sup> Dans le cas d'espèce, il s'agissait de versements en espèces totalisant CHF 450'000.00. Ce montant dépassait en outre la fortune totale de la cliente telle qu'elle avait été relevée dans le profil client de la banque. Il s'agissait donc manifestement d'une constatation insolite.

### 3. Intention

Les violations des art. 6-8 CDB 08 n'étaient sanctionnées que si elles étaient commises intentionnellement. La CDB 16 ne contient pas de réglementation à ce sujet. Selon le Commentaire-16 Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques, à l'art. 64 CDB 16, les violations des art. 46-57 CDB 16 ne sont sanctionnées que si elles ont été commises intentionnellement. La Commission de surveillance n'a pas de motif de s'écarter de l'opinion exprimée dans le commentaire dans la mesure où dès le 1<sup>er</sup> janvier 2020 lors de l'entrée en vigueur de la CDB 20, le caractère intentionnel sera (à nouveau) explicitement stipulé (cf. art. 64 al. 2 CDB 20).

Berne, mars 2019

Dominik Eichenberger, Avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

# COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

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

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

(1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2019)

### A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 16 – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – la Commission de surveillance informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette 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 résumé de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie périodiquement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.<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 2019.

### B. NOUVEAU REGLEMENT DE PROCEDURE

Le 1<sup>er</sup> mai 2019, est entré en vigueur le nouveau règlement de procédure adopté le 14 mars 2019. Il remplace le règlement de procédure du 27 mai 2017 et s'applique à tous les cas pendants devant la Commission de surveillance dès son entrée en vigueur.<sup>4</sup>

Le nouveau règlement de procédure ne contient pas de modifications matérielles. Le règlement a essentiellement été adapté à la pratique actuelle de la Commission de surveillance. En outre, il a été procédé à quelques légères modifications d'ordre rédactionnel.

---

<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° 7989 du 9 avril 2019 couvrant la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2018 que la Commission de surveillance a publié en dernier lieu ses „Leading Cases“.

<sup>4</sup> Les banques ont été informées par la Circulaire ASB N° 7990 du 21 mai 2019 de l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure.

## **C. COMPETENCE**

### **1. Délimitation entre la CDB et la LBA/OBA-FINMA**

Une banque a objecté que le reproche formulé à son encontre par le chargé d'enquête concernait une violation de la LBA et non de la CDB. Le chargé d'enquête n'était pas compétent pour examiner de telles questions. La Commission de surveillance CDB a dès lors examiné la question de sa compétence et de la délimitation entre les obligations de diligence selon la CDB, respectivement selon la législation en matière de blanchiment d'argent.

La Commission de surveillance a d'abord relevé que les chargés d'enquête et la Commission de surveillance CDB n'étaient pas compétents pour instruire respectivement sanctionner, des violations touchant à la législation en matière de blanchiment d'argent (à l'exclusion de la CDB) (cf. art. 60 al. 2 CDB 16). S'agissant de la compétence de la Commission de surveillance et des chargés d'enquête CDB, il est donc décisif de déterminer si les devoirs de diligence, dont la violation est reprochée à la banque ont leur source dans la CDB ou (seulement) dans la LBA, respectivement l'OBA-FINMA. S'agissant des devoirs de diligence existant en cas de constatations inhabituelles, il y a lieu de délimiter le champ d'application entre la CDB et la législation de blanchiment d'argent de la manière suivante :

Les règles de diligence prévoient que les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique, lorsqu'au cours de la relation d'affaires des doutes surviennent au sujet de l'ayant droit économique et que ces doutes n'ont pas pu être levés par d'éventuelles clarifications (art. 46 CDB 16 ; cf. aussi art. 6 CDB 08). Un doute au sens de l'art. 46 CDB 16, respectivement de l'art. 6 CDB 08, existe toujours en présence de constatations inhabituelles (ch. 2.1 des Leading Cases de juillet à décembre 2018). La Loi sur le blanchiment d'argent connaît une disposition analogue concernant l'obligation de renouveler l'identification de l'ayant droit économique (cf. art. 5 LBA).

Outre les obligations de diligence stipulées à charge des banques par la CDB relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification des ayants droit économiques, la Loi sur le blanchiment d'argent prévoit des obligations de diligence particulières (cf. art. 6 LBA cum art. 13 ss OBA-FINMA). Ces obligations de diligence particulières exigent entre autres de l'intermédiaire financier qu'il éclaire l'arrière-plan économique en présence de transactions et de relations d'affaires présentant un caractère inhabituel et en présence d'une transaction ou d'une relation d'affaires comportant un risque accru (cf. art. 6 al. 2 let. a et let. c LBA). La CDB ne contient pas de disposition semblable à l'art. 6 LBA.

La Commission de surveillance ne pouvait ni ne devait par conséquent juger si la banque avait des obligations de diligence particulières au sens de l'art. 6 LBA relativement aux relations d'affaires et aux transactions, objets de la procédure CDB. Cette tâche incombe exclusivement à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA.

La Commission de surveillance a précisé à cette occasion que les obligations de diligence particulières au sens de la Loi sur le blanchiment d'argent (respect. leur violation) n'étaient pas équivalentes aux devoirs de répétition stipulés à l'art. 46 CDB 16, respectivement l'art. 6 CDB 08 (resp. leur violation). Il est parfaitement possible qu'une transaction inhabituelle ou une relation d'affaires inhabituelle au sens de la législation en matière de blanchiment d'argent constitue également une constatation inhabituelle au sens de la CDB ; tel n'est cependant pas nécessairement le cas. Une relation d'affaires ou une transaction inhabituelle au sens de la législation en matière de blanchiment d'argent peut mais ne doit pas nécessairement représenter une constatation inhabituelle au sens de la CDB.

## 2. Champ d'application de la CDB

Une banque a dénoncé une violation des devoirs de diligence qu'elle n'avait pas commise elle-même mais qui était imputable à une filiale agissant en qualité de gérant de fortune, qui n'avait pas adhéré à la CDB.<sup>5</sup>

Faute d'avoir ratifié la CDB, la filiale n'est pas soumise aux sanctions des art. 58-65 CDB 16. La Commission de surveillance n'est ainsi pas compétente pour prendre des sanctions au sens de l'art. 61 CDB 16 à l'encontre de la filiale.

La Commission de surveillance a par contre examiné si la CDB contenait une base légale suffisante pour sanctionner une banque ayant adhéré à la CDB pour des violations des devoirs de diligence qui n'ont pas été commises par la banque elle-même mais par sa filiale (seulement) active dans le domaine bancaire ou financier.<sup>6</sup> Il y avait lieu de décider si le champ d'application de la CDB s'étendait seulement aux banques ayant adhéré à la CDB ou également à leurs filiales.

Le champ d'application de la CDB est défini à l'art. 1 CDB 16. L'art. 1 CDB 16 dispose ce qui suit :

„<sup>1</sup>Sont soumis à la Convention les banques et les négociants en valeurs mobilières pour tous leurs comptoirs situés en Suisse, mais pas leurs succursales, représentations et filiales à l'étranger (cf. toutefois les articles 11, 19 et 43).

<sup>2</sup>Les banques ne doivent pas utiliser leurs succursales étrangères, ni les sociétés du groupe à l'étranger actives dans le domaine bancaire ou financier, pour contourner la présente Convention.

<sup>3</sup>Les dispositions de la présente Convention s'appliquent sans réserve aux comptes, livrets, dépôts et compartiments de coffre-fort désignés par un numéro ou un code.“

---

<sup>5</sup> La filiale a adhéré à l'OAR de l'Association Suisse des Gérants de Fortune (ASG).

<sup>6</sup> Si la banque (respect. ses collaborateurs) avait elle-même participé aux violations des devoirs de diligence dans le cadre de l'activité de la filiale, elle aurait à répondre des violations aux obligations de diligence selon les règles de droit qui lui sont applicables. Dans le cas d'espèce, il n'y avait pas la moindre indication que la banque ou ses collaborateurs aient été impliqués dans les violations des devoirs de diligence commises par la filiale.

Le libellé de l'art. 1 al. 1 CDB 16 ne permet pas de déterminer, si les banques qui ont adhéré à la Convention y sont soumises avec leurs filiales suisses ou non. La première partie de la phrase de l'art. 1 al. 1 CDB 16 („Sont soumis à la Convention les banques et les négociants en valeurs mobilières pour tous leurs comptoirs situés en Suisse“) ne mentionne que les comptoirs, ce qui tend plutôt à exclure les filiales, lesquelles – contrairement aux comptoirs – jouissent de l'autonomie juridique. La deuxième partie de la phrase de l'art. 1 al. 1 CDB 16 („mais pas leurs succursales, représentations et filiales à l'étranger“) exclut explicitement les filiales étrangères, ce qui – *a contrario* – peut être une indication que les filiales nationales (c.-à-d. suisses) entreraient dans le champ d'application de la CDB.<sup>7</sup>

Après avoir pris en considération divers autres éléments d'interprétation, la Commission de surveillance est arrivée à la conclusion que la CDB 16 ne se prononce pas avec une clarté suffisante sur la question de savoir si les banques sont soumises à la CDB conjointement avec leurs filiales (suisses). En considération de la réglementation à maints égards peu claire de l'art. 1 CDB 16, la Commission de surveillance a décidé qu'il n'existait pas une base légale suffisamment claire pour étendre les obligations de diligence aux filiales (suisses) des banques affiliées.

Une banque ne peut par conséquent pas être sanctionnée pour des violations des devoirs de diligence commises par une de ses filiales.<sup>8</sup> La Commission de surveillance a par conséquent classé la procédure contre la banque<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> En revanche, selon la version italienne de l'art. 1 al. 1 CDB 16, les banques sont soumises à la CDB avec leurs filiales suisses également („Sottostanno alla Convenzione di diligenza le banche e i commercianti di valori mobiliari con tutte le loro sedi, filiali e agenzie stabilite in Svizzera“).

<sup>8</sup> Demeure réservé le cas où la banque a participé aux violations des devoirs de diligence commises (en premier lieu) par la filiale (cf. note de bas de page 6 ci-dessus) ou si la banque a abusivement eu recours à sa filiale pour contourner les obligations de diligence (cf. art. 1 al. 2 CDB 16).

<sup>9</sup> Les frais n'ont, dans ce cas, pas été mis à charge de la banque.

## **D. CAS PARTICULIERS**

### **1. Obligation de documentation**

Les banques doivent s'assurer que la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique sont dûment documentées. Les documents d'identification requis à cet effet doivent être conservés. Fait notamment partie de cette obligation de documentation la saisie par la banque de la réception des documents ou de leur disponibilité dans le système de façon à ce qu'elle puisse être retracée (art. 44 CDB 16 ; cf. aussi ch. 23 des Dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 et ch. 36 des Dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08).

Une banque avait apposé un timbre de réception sur la demande d'ouverture de compte signée par le client. Le formulaire A signé le même jour ne comportait pas de timbre correspondant. La date de réception du formulaire A par la banque était dès lors incertaine. Contrairement au point de vue exprimé par la banque, le fait d'apposer le timbre de réception sur la demande d'ouverture de compte ne permet pas d'établir que tous les autres documents d'ouverture de compte, en particulier le formulaire A, étaient également disponibles en mains de la banque à ce moment. Il n'existe pas de présomption de fait (naturelle) que les documents contenus dans le dossier de la banque aient été prélevés à temps, c.-à-d. au moment de l'établissement de la relation d'affaire (cf. Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005, RSDA 2005, p. 246). Il incombe bien plutôt aux banques de consigner ce fait dans leurs dossiers de manière claire. A défaut, elles violent leur obligation de documentation.

### **2. Obligation de répétition**

2.1. Il y a toujours un doute quant à la qualité d'ayant droit économique en cas de constatations inhabituelles. Un cas fréquent, propre à éveiller des doutes, est celui des paiements, respectivement des retraits au comptant, en raison du fait que les opérations au comptant sont propres à interrompre le „Paper Trail“. La jurisprudence de la Commission de surveillance selon laquelle un retrait au comptant de plus de CHF 50'000 doit être qualifié de constatation inhabituelle n'est cependant plus valable d'une manière aussi générale (cf. Georg Friedli, let. C ch. 4.8 du Rapport d'activité 2001-2005 publié sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers sous „Topics“). Les opérations au comptant portant sur des montants à six, voire sept chiffres, sont en revanche clairement de nature à provoquer des doutes au sens de l'art. 6 CDB 08 (cf. Georg Friedli, let. C ch. 4.9 du Rapport d'activité 2001-2005 publié sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers sous „Topics“; Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005, Revue Suisse Droit des Affaires et du Marché Financier, RSDA 2005, p. 255 ; Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, Revue Suisse Droit des Affaires et du Marché Financier, Revue Suisse Droit des Affaires et du Marché Financier, RSDA 2002, p. 179).<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Le cas d'espèce concernait 50 retraits au comptant d'une valeur totale de plus de CHF 4 mio. Cela constituait clairement une constatation inhabituelle qui aurait dû inciter la banque à procéder conformément à l'art. 6 CDB 08.

2.2. Dans le cadre de la relation d'affaires avec une société de domicile étrangère, la banque a eu des doutes au sujet de l'exactitude de la déclaration concernant l'ayant droit économique faite au moyen d'un formulaire A. La banque a toutefois renoncé à répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique. Au lieu de cela, elle a procédé au blocage du compte et a procédé à une dénonciation au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS). Cette manière de procéder est conforme aux obligations de diligence. La banque peut en effet renoncer à des clarifications complémentaires, resp. à prélever un nouveau formulaire A, si elle décide de rompre la relation d'affaires douteuse, dans la mesure où les conditions de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 9 LBA ne sont pas remplies (cf. let. B/ch. 1.2 des Leading Cases de la Commission de surveillance du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2018 publiés sur le Portail de l'Association Suisse des Banquiers sous Topics, rubrique CDB). Lorsque, comme dans le cas d'espèce, il existe une obligation de communiquer conformément à l'art. 9 LBA, le fait que la banque, au lieu de procéder à des clarifications complémentaires, bloque le compte et communique ses soupçons au MROS, n'est pas critiquable.

2.3. La procédure prévue à l'art. 6 CDB 08 doit, selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, être mise en oeuvre dans un délai de 90 jours (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2011-2016, RSDA 5/2017, p. 695, ch. 53). Il en va de même lorsque la banque décide, en cas de doute au sujet de l'ayant droit économique, de ne pas prélever un nouveau formulaire A mais de rompre la relation d'affaires (respect. selon les circonstances, de procéder à une communication MROS).<sup>11</sup> Les banques sont ainsi obligées, en cas de doute au sujet de l'exactitude du formulaire A, soit de renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique dans le délai de 90 jours, soit de rompre la relation d'affaires ou – s'il existe un devoir de communiquer au sens de l'art. 9 LBA – de procéder à une communication MROS.

2.4. Les banques ont l'obligation de procéder conformément à l'art. 6 CDB 08, respect. l'art. 46 CDB 16, en cas de constatations inhabituelles dans le cadre de la relation d'affaires. Il y a constatations inhabituelles, notamment lorsqu'un compte est utilisé pour des transactions de passage (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2011-2016, Revue Suisse Droit des Affaires et du Marché Financier, RSDA 5/2017, p. 694, ch. 50). Le recours à la procédure prévue aux art. 6 CDB 08, resp. 46 CDB 16, n'est pas seulement exigée, lorsqu'il est certain qu'un compte bancaire est utilisé comme compte de passage. Le soupçon suffit que les paiements intervenant sur le compte constituent des opérations de passage (cf. aussi ch. 2.1 des Leading Cases du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2018).

---

<sup>11</sup> La banque y est fondamentalement autorisée (cf. ch. 2.2 ci-dessus).

2.5. Une opération de passage ne se caractérise pas nécessairement par le fait qu'une somme d'argent payée sur un compte soit intégralement transférée sur un autre compte. Il est parfaitement possible qu'une opération de passage soit réalisée même si les montants transférés ne correspondent pas exactement à ceux reçus précédemment. Le fait que ce soit seulement une partie des fonds crédités sur le compte qui sont transférés n'affecte pas l'existence d'une opération de passage. De même, on ne peut d'emblée écarter l'existence d'une opération de passage au seul motif que l'entrée des fonds et leur sortie n'ont pas eu lieu le même jour. Certes, il doit exister une certaine connexité temporelle entre l'entrée et la sortie des fonds. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, il n'est cependant pas pertinent par exemple que les fonds crédités sur le compte de passage soient virés plus tard ou qu'ils servent à compenser un transfert antérieur (cf. let. C/ch. 1.3 des Leading Cases du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2011). Lorsque seuls quelques jours se sont écoulés entre l'entrée et la sortie des fonds, l'élément de proximité temporelle est sans autre réalisé.<sup>12</sup>

2.6. Une banque a noué une relation d'affaires en 2001 avec un ressortissant français. Un an plus tard, la banque a également noué une relation d'affaires avec son épouse, ressortissante américaine. La fortune de l'époux provenait principalement d'opérations immobilières, alors que la fortune de l'épouse provenait d'une succession. En 2008, les époux ont transféré leurs avoirs placés jusque-là de manière séparée d'un montant d'environ EUR 2 mio chacun sur un compte nouvellement ouvert au nom d'une société de domicile étrangère. La société de domicile a dès lors déclaré au moyen d'un formulaire A que l'époux et l'épouse étaient les ayants droit économiques des valeurs mobilières détenues sous la relation nouvellement ouverte. En 2013, la banque a reçu un nouveau formulaire A pour le compte de la société de domicile selon lequel la cocontractante a déclaré que, désormais, seul le mari était ayant droit économique. Les époux ont expliqué que, dans le cadre d'une réorganisation de leur patrimoine, ils ont décidé que le mari s'occuperait seul des avoirs déposés à la banque, alors que l'épouse s'occuperait davantage d'autres valeurs patrimoniales. La banque a accepté la modification de l'ayant droit économique notifiée au moyen d'un formulaire A sans demander aucunes autres clarifications ni de documents complémentaires.

---

<sup>12</sup> Dans le cas d'espèce, il s'agissait de 45 entrées et sorties de fonds, à chaque fois pour des montants de cinq à sept chiffres en Dollars (par ex. une entrée de USD 260'000.00 le 12 août et une sortie de USD 250'000.00 le 13 août). Il y avait ainsi des motifs suffisants de soupçonner que les entrées et sorties de fonds constituaient des opérations de passage. La banque devait donc procéder conformément à l'art. 6 CDB 08. Ce d'autant plus que d'autres constatations insolites ont été effectuées en relation avec ces transactions: ainsi les paiements reçus excédaient de beaucoup ceux attendus selon le profil client. Le client avait en outre requis que le donneur d'ordre et le bénéficiaire des paiements ne soient pas nommés en relation avec ces entrées et sorties de fonds.

Le changement d'ayant droit économique du compte de la société de domicile cinq ans après que la relation d'affaires a été nouée commandait clairement que la banque procède à des clarifications complémentaires. La procédure prévue à l'art. 6 CDB 08 ne doit en effet pas seulement être suivie, lorsqu'il est certain que la déclaration concernant l'ayant droit économique n'est pas exacte, il suffit au contraire d'un soupçon que la déclaration du cocontractant pourrait ne pas être exacte (cf. aussi ch. 2.4 ci-dessus). Dans le contexte du différend fiscal survenu avec les Etats-Unis qui devenait de plus en plus aigu, l'idée devait s'imposer que le changement d'ayant droit économique de la société de domicile, communiqué à la banque au moyen du formulaire A en avril 2013, par lequel la qualité d'ayant droit économique de l'époux français et de son épouse américaine était dorénavant attribuée à l'époux seulement, a été opéré à seule fin de masquer le lien américain des avoirs placés au nom de la société de domicile. Il existait donc un fort soupçon que la déclaration effectuée par la cocontractante au moyen du formulaire A en avril 2013 concernant l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales sur le compte de la société de domicile était inexacte.<sup>13</sup>

La déclaration faite par les clients selon laquelle la modification de l'ayant droit économique du compte de la société de domicile était motivée par une réorganisation de leur patrimoine n'était pas propre, dans ce contexte, à dissiper les doutes affectant les indications contenues dans le formulaire A, alors qu'il n'existait aucun document permettant d'expliquer pourquoi et de quelle manière les valeurs patrimoniales ayant d'abord appartenu à l'épouse ont été transférées au mari. Dans la mesure où la banque a accepté le formulaire A en l'absence d'une quelconque documentation écrite relative à la prétendue réorganisation du patrimoine, elle a violé son obligation de répétition selon l'art. 6 CDB 08.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Militait également en faveur de l'hypothèse que le couple franco-américain a tenté en 2013 de masquer le lien américain des valeurs patrimoniales de l'épouse le fait que, parallèlement au changement d'ayant droit économique de la société de domicile, des avoirs détenus encore à ce moment sur un compte au nom de l'épouse ont été liquidés et transférés à une nouvelle rubrique ouverte sous le compte de l'époux.

<sup>14</sup> Une assistance active à la soustraction fiscale et des actes analogues interdits au sens de l'art. 8 CDB 08 n'ont pas été constatés, dès lors que la banque n'a pas émis des attestations incomplètes ou de nature à induire en erreur d'une autre manière en relation avec ces faits.

## E. NORMES DE CONTRÔLE ET DE PROCEDURE

### 1. Mesure de l'amende conventionnelle

1.1. Est tout d'abord déterminante pour la fixation de l'amende conventionnelle la gravité de la violation (art. 64 al. 1 CDB 16). La question de savoir si la violation d'un devoir de diligence commis par la banque doit être qualifiée de grave s'apprécie d'après la jurisprudence constante de la Commission de surveillance selon que la banque a violé des dispositions centrales de la CDB ou simplement des dispositions moins importantes, de détails ou d'exécution. Il y a également lieu de tenir compte du nombre de violations commises.<sup>15</sup>

1.2. Il y a par ailleurs lieu de tenir compte du degré de culpabilité, s'agissant de mesurer le montant de l'amende conventionnelle en cas de violation des devoirs diligence (art. 64 al. 1 CDB 16). Sous l'angle de la culpabilité, il y a lieu principalement de considérer si la violation des devoirs de diligence a été commise intentionnellement ou simplement par négligence. C'est la culpabilité des collaborateurs fautifs qui doit être prise en compte car les banques répondent de la culpabilité de leurs collaborateurs (Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995-1997, RSDA 1998, p. 107).

Une banque a fait valoir à ce propos qu'elle avait exercé la cura in eligendo, la cura in instruendo et la cura in custodiendo à l'égard du gestionnaire responsable de la violation du devoir de diligence. Dans le cas d'espèce, il n'était raisonnablement pas possible pour la banque de prévenir le comportement illégal, hors de toute logique et hors de toute prévisibilité ainsi que pénalement relevant du gestionnaire (qui dans l'intervalle a été licencié avec effet immédiat). Pour ce motif, il n'était pas possible de retenir une intention à charge de la banque.

La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence constante selon laquelle les banques répondent de toutes fautes de leurs collaborateurs, même lorsque le comportement fautif est particulièrement grossier (et dans tous les cas même pénalement relevant) (cf. Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, RSDA 2002, p. 182). Le fondement de cette responsabilité se trouve dans la norme d'imputation résultant de l'art. 101 de la Loi fédérale complétant le Code Civil Suisse (Livre cinquième : droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220), qui prévoit la responsabilité du maître pour ses auxiliaires (collaborateurs). Il résulte de l'article 101 CO que les banques répondent du comportement de leurs collaborateurs, même si elles-mêmes n'ont commis aucune faute. La banque ne peut se libérer de sa responsabilité en rapportant la preuve qu'elle a voué une attention suffisante dans le choix, l'instruction et la surveillance du collaborateur de sorte qu'elle n'a pas commis de faute.

---

<sup>15</sup> Est également déterminant le montant des valeurs patrimoniales impliquées. Le fait que les relations sujettes aux violations des devoirs de diligence ont été créditées de montants importants, a un effet aggravant sur la peine selon la jurisprudence de la Commission de surveillance (let. C/ch. 2.2 des Leading Cases de la Commission de surveillance publiés par l'Association Suisse des Banquiers sur son Portail sous Topics de mars 2018).

L'objection de la banque selon laquelle on ne pouvait lui faire aucun reproche concernant le choix, l'instruction et la surveillance du gestionnaire fautif s'avère ainsi irrelevante. La banque doit en effet se voir dans tous les cas reprocher le comportement du gestionnaire en particulier et indépendamment de sa propre culpabilité.<sup>16</sup>

1.3. La Commission de surveillance doit en outre tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas pour fixer l'amende conventionnelle (art. 64 al. 1 CDB 16, 2<sup>ème</sup> phrase). Les „autres instances“ au sens de l'art. 64 al. 1 CDB 16 sont les tribunaux ou autorités civiles, pénales et administratives, qui ont déjà sanctionné la banque pour le même comportement fautif.

Une banque a fait valoir qu'elle a été sanctionnée d'une amende dans le cadre du programme DOJ américain concernant la même relation d'affaires. La question de savoir si la notion d'„autres instances“ inclut des autorités judiciaires étrangères telles que le Department of Justice (DOJ américain), a été laissée ouverte car le dossier ne contenait aucune pièce permettant d'établir que la banque avait effectivement procédé au paiement d'une amende en mains du DOJ (et, si oui, de quel montant). Si la banque se prévaut du fait que la Commission de surveillance pour fixer la peine conventionnelle doit tenir compte d'une mesure imposée par une autre instance dans la même affaire, elle doit clairement le documenter – par exemple, en produisant la décision ou le jugement établissant ce fait. A défaut, les allégations relatives à de telles mesures (qui ne sont pas prouvées) ne sont d'emblée pas prises en considération par la Commission de surveillance.

1.4. La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence selon laquelle la confiscation du profit ordonné par la FINMA n'équivaut pas à une mesure d'une „autre instance“ au sens de l'art. 64 al. 1 CDB 16 et n'a par conséquent pas d'effet sur le montant de l'amende conventionnelle (cf. let B/ch. 3 des Leading Cases de la Commission de surveillance d'octobre 2018 publiés sur le Portail de l'Association Suisse des Banquiers sous Topics, rubrique CDB). A fortiori, les frais de procédure mis à charge par la FINMA dans le cadre d'une procédure d'enforcement contre la banque ne sauraient avoir une incidence sur le calcul de l'amende conventionnelle.

1.5. De même, les frais à charge de la banque résultant d'un mandat donné à une société d'audit qui avait rédigé un rapport spécial sur des relations d'affaires objets d'une procédure CDB n'ont pas d'incidence sur le calcul de l'amende conventionnelle. Il ne s'agit manifestement pas de „mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas d'espèce“.

---

<sup>16</sup> La Commission de surveillance, pour calculer le montant de l'amende conventionnelle, a considéré que sous l'angle de la culpabilité, la violation des devoirs de diligence avait été commise intentionnellement dans le cas d'espèce, dès lors que le gestionnaire responsable a violé la CDB avec conscience et volonté.

1.6. La mesure de l'amende conventionnelle tient compte, outre d'autres critères, de la situation financière de la banque (art. 64 al. 1 CDB 16). Selon une jurisprudence datant de plusieurs années, la Commission de surveillance tient compte des chiffres résultant du bilan annuel concernant le profit, respect. la perte, ainsi que le capital propre de la banque (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010, RSDA 1/2011, p. 59; Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, für die Jahre 2011 bis 2016 RSDA 5/2017, p. 700, nm. 75). L'amende conventionnelle est fixée par référence à la situation financière au moment où la Commission de surveillance rend sa décision (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2011-2016, für die Jahre 2011 bis 2016, RSDA 5/2017, p. 700, nm. 74). Elle ne considère pas seulement les derniers chiffres connus. Elle prend également en compte ceux de l'année précédente. Est ainsi déterminante la moyenne des périodes les plus récentes.

1.7. Le fait pour la banque de renoncer à l'exception de prescription est un facteur de réduction de l'amende conventionnelle.<sup>17</sup>

## **2. Répartition des frais**

3.1. Une banque avait contesté en partie les violations des devoirs de diligence qui lui étaient reprochées par le chargé d'enquête et avait sollicité une réduction de l'amende conventionnelle requise par le chargé d'enquête. Les frais mis à charge de la banque devaient être réduits de manière correspondante. La Commission de surveillance a considéré que, dans certains cas, les violations des devoirs de diligence retenues par le chargé d'enquête n'étaient pas réalisées et ne pouvaient pas être sanctionnées. Contrairement à l'opinion de la banque, il ne s'agissait pas là d'un motif de réduction partiel des frais à charge de la banque. L'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure prévoit en effet que la totalité des frais peuvent être mis à la charge de la banque, même en cas de classement de la procédure. Il se justifie par conséquent d'autant plus de mettre à la charge de la banque la totalité des frais d'enquête et de procédure, lorsque – comme dans le cas d'espèce – elle a été condamnée à une amende conventionnelle en raison de nombreuses violations des obligations de diligence.

3.2. Conformément à l'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure, les frais de procédure peuvent être mis (en totalité ou partiellement) à charge de la banque, même en cas de classement de la procédure. Les frais peuvent être mis à charge de la banque, même si celle-ci ne les a pas causés. Il suffit que les actes d'instruction ne paraissent pas d'emblée injustifiés.

---

<sup>17</sup> La renonciation à l'objection de prescription est sans autre admissible (cf. ch. 4.1 ci-dessous).

### 3. Motivation

3.1. Les décisions de classement ne sont en général pas motivées (art. 7 al. 4 du Règlement de procédure). Il est cependant parfaitement admissible et, parfois, indiqué de motiver les décisions de classement, en particulier lorsque des questions fondamentales sont soulevées en relation avec la décision de classement et/ou le chargé d'enquête et la banque ont pris des conclusions différentes relativement au sort de la procédure.<sup>18</sup>

### 4. Prescription

4.1. Conformément à la Règlementation de la prescription selon l'art. 65 CDB 16, les violations de la Convention qui remontent à plus de cinq ans ne sont plus poursuivies. Le délai est interrompu par l'ouverture de l'instruction par le chargé d'enquête.

Les banques sont évidemment libres de renoncer à l'exception de prescription selon l'art. 65 CDB 16 dans le cadre de la procédure devant la Commission de surveillance.<sup>19</sup>

Berne, juillet 2019

Dominik Eichenberger, Avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1362364.docx

---

<sup>18</sup> Dans la décision concernée, la Commission de surveillance a dû trancher des questions fondamentales concernant le champ d'application de la Convention de diligence (il s'agissait du cas décrit sous let. C/ch.2 ci-dessus). C'est pourquoi il se justifiait exceptionnellement de motiver la décision de classement.

<sup>19</sup> Dans ce cas, la FINMA avait mené sa propre enquête dans le cadre de laquelle elle a convenu, avec la banque, que le délai de prescription devait être calculé à partir d'une autre date que celle qui aurait dû être retenue en application de la CDB. Ainsi, la violation en question n'était pas prescrite selon la FINMA dans le cadre de la procédure CDB, la banque a donc déclaré à l'attention de la Commission de surveillance qu'elle entendait assumer sa responsabilité et qu'elle renonçait à se prévaloir de la prescription. La violation des devoirs de diligence commise par la banque, qui était en principe prescrite, a pour ce motif été sanctionnée par la Commission de surveillance qui a toutefois tenu compte de la renonciation à se prévaloir de la prescription au titre de facteur de réduction de l'amende (cf. ch. 1.7 ci-dessus).

# 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> juillet au 31 décembre 2019)

### 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> juillet au 31 décembre 2019.

### B. LA CDB 20

La CDB a été révisée à plusieurs reprises depuis son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1977. C'est la version révisée de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 13 juin 2018 (CDB 20) qui s'applique depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020.<sup>4</sup>

La dernière révision de la CDB a pour objet la mise en œuvre des conclusions du rapport d'évaluation mutuelle du groupe d'action financière (GAFI/FATF) du 7 décembre 2016 : elle concerne en particulier les seuils applicables à l'exécution d'opérations de négoce et les opérations de caisse qui s'élevaient jusque-là à CHF 25'000.00, lesquels ont été supprimés, respectivement réduits à CHF 15'000.00 (art. 4, art. 20 et art. 27 CDB 20). En outre, les conditions auxquelles des données ou documents manquants peuvent à titre exceptionnel être obtenus ultérieurement ont été renforcées. D'une part, le délai pour obtenir les données et/ou documents manquants a été réduit de 90 à 30 jours (art. 45 al. 4 CDB 20).

---

<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° 8003 du 25 septembre 2019 couvrant la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2019 que la Commission de surveillance a publié en dernier lieu ses „Leading Cases“.

<sup>4</sup> Cf. art. 69 al. 1 CDB 20.

D'autre part, l'application de cette disposition exceptionnelle a été assortie de conditions additionnelles<sup>5</sup> (art. 45 al. 3 CDB 20). De surcroît, la CDB 20 autorise dorénavant expressément l'identification par vidéo et en ligne en faisant référence aux prescriptions en vigueur de la FINMA, soit la Circulaire relative à l'identification par vidéo en ligne et reconnaît ainsi sa conformité aux obligations de diligence (art. 9 al. 2, art. 10 al. 2, art. 21 al. 5, art. 28 al. 6 CDB 20). Les règles relatives à la procédure sommaire ont en outre été actualisées (art. 62 CDB 20).<sup>6</sup> Enfin, les formulaires modèles annexés à la CDB 20 (formulaires A, I, K, S et T) ont fait l'objet de précisions.

Les nouvelles règles de la CDB 20 s'appliquent lors de l'ouverture d'une nouvelle relation d'affaires après le 1<sup>er</sup> janvier 2020 ou, en cas de répétition des obligations de diligence, conformément à l'art. 46.<sup>7</sup> En outre, avec l'entrée en vigueur de la CDB 20, les violations de dispositions des CDB antérieures sont tranchées selon les règles de procédure et de prescription de la CDB 20.<sup>8</sup>

Les Leading Cases publiés ci-après pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2019 concernent donc encore la CDB 16. Les premiers Leading Cases relatifs à la CDB 20 seront publiés au plus tôt dans l'Aperçu de jurisprudence concernant le premier semestre 2020 (1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2020). Dans la mesure où la CDB 20 n'apporte pas de changement matériel aux dispositions de la CDB 16, les Leading Cases publiés ci-après gardent leur validité sous l'empire de la CDB 20.

## **C. QUESTIONS DE PROCEDURE**

### **1. Délimitation entre la CDB et d'autres dispositions réglementaires (LBA, OBA-FINMA, etc.)**

1.1. La Commission de surveillance est exclusivement compétente pour l'instruction et la sanction de violations des obligations de diligence CDB,<sup>9</sup> à l'exclusion des violations d'obligations qui résultent d'autres dispositions réglementaires<sup>10</sup> (comme, par ex., le Code pénal ou la législation en matière de blanchiment d'argent).

---

<sup>5</sup> La CDB 20 exige que l'application de cette disposition d'exception apparaisse appropriée au vu d'une analyse basée sur les risques. En particulier, il y a lieu de s'assurer que l'on dispose de données suffisantes concernant l'identité du cocontractant ainsi que celle de l'ayant droit économique et/ou du détenteur de contrôle (cf. art. 45 al. 3 CDB 20).

<sup>6</sup> Les dispositions contenues jusque-là dans le Règlement de procédure seulement figurent désormais pour l'essentiel dans la CDB (cf. au surplus concernant la procédure sommaire, le ch. 4 ci-dessous).

<sup>7</sup> art. 70 al. 2 CDB 20.

<sup>8</sup> art. 70 al. 3 CDB 20.

<sup>9</sup> Cf. art. 61 al. 1 CDB 16.

<sup>10</sup> Cf. art. 60 al. 2 CDB 16.

1.2. Une banque a objecté que le chargé d'enquête CDB a conclu à tort à la violation des devoirs de diligence selon la CDB en se fondant sur des clarifications opérées par la banque en application de l'art. 6 LBA. La Commission de surveillance a rejeté cette objection comme mal fondée.

Il est certes exact que la LBA stipule des obligations de diligence dites particulières (art. 6 LBA) en complément des obligations de diligence résultant pour les banques de l'application de la CDB, lesquelles exigent qu'en présence de transactions ou de relations d'affaires inhabituelles, l'intermédiaire financier clarifie leur arrière-plan et leur but. Comme le souligne à juste titre la banque, le chargé d'enquête n'est pas compétent, pour instruire le respect de telles obligations particulières de diligence (cf. art. 60 al. 2 CDB 16).<sup>11</sup> Il est cependant tout à fait envisageable qu'une transaction inhabituelle ou une relation d'affaires inhabituelle au sens de la législation en matière de blanchiment d'argent constitue également une constatation inhabituelle au sens de la CDB propre à déclencher des obligations de clarification selon les règles de la CDB.<sup>12</sup> Lorsque, comme en l'espèce, plus de 50 transactions au comptant d'un volume de plus de CHF 1 mio ont été effectuées, ce fait ne déclenche pas seulement des obligations de clarification selon la LBA mais aussi des obligations de répétition selon l'art. 6 CDB 08 resp. l'art. 46 CDB 16.

## 2. Charge de la preuve

Dans le cadre d'une procédure CDB, c'est à la banque qu'il incombe de prouver qu'elle a rempli ses devoirs de diligence.<sup>13</sup> Cela est d'autant plus vrai lorsque la banque entend se prévaloir d'une disposition d'exception.<sup>14</sup> Si une banque entend se prévaloir d'une exception à l'obligation d'identification, elle a l'obligation d'établir sa réalisation et de la documenter.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Cf. également ch. 1.1 ci-dessus.

<sup>12</sup> Cf. let. C ch. 1 des Leading Cases de la Commission de surveillance pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2019 au 30 juin 2019 publiés par l'Association Suisse des Banquiers sur son portail sous Topics, rubrique CDB.

<sup>13</sup> Georg Friedli, let. C ch. 1.6 du *Tätigkeitsbericht* 2001-2005 publié par l'Association Suisse des Banquiers sur son site web sous „Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent → Documents“. L'ancienne Commission d'arbitrage CDB avait déjà indiqué dans son rapport d'activité pour les années 1981-1983 que les banques avaient la charge de la preuve du respect des devoirs de diligence (cf. Lorenz Meyer, *Weitere drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken* [1981-1983], p. 14 f). Il en va évidemment de même s'agissant de la nouvelle obligation d'identifier les détenteurs de contrôle stipulée par la CDB 16.

<sup>14</sup> Dans le cas d'espèce, la banque avait fait valoir que la cocontractante était une autorité étrangère, de sorte qu'en application de l'art. 23 CDB 16, il n'y avait pas lieu d'identifier les détenteurs de contrôle. La documentation prélevée par la banque ne permettait toutefois pas de déterminer de manière fiable si la cocontractante était effectivement une autorité au sens de l'art. 23 CDB 16, de sorte que la Commission de surveillance a retenu une violation des devoirs de diligence.

<sup>15</sup> Cf. art. 44 CDB 16.

### 3. Autorité du Commentaire de l'Association Suisse des Banquiers / nature juridique des obligations de diligence

La Commission de diligence n'est pas liée par le Commentaire CDB publié par l'ASB. Elle doit certes tenir compte du Commentaire de l'ASB. La Commission de surveillance interprète librement les règles relatives aux devoirs de diligence, le Commentaire représentant (cependant) un des moyens d'interprétation.

La Commission de surveillance a ainsi rejeté l'objection de la banque que la CDB était un contrat entre l'ASB et les banques signataires, dont l'interprétation était régie par les règles générales applicables à l'interprétation des contrats, en particulier la règle de la bonne foi avec pour conséquence que les banques pouvaient se fier à l'interprétation de l'ASB publiée dans le Commentaire CDB. Les décisions de la Commission de surveillance ne pouvaient donc s'écarter du Commentaire CDB au préjudice de la banque.<sup>16</sup>

Contrairement à l'opinion de la banque, les devoirs de diligence des banques stipulés dans la CDB ne sont pas des obligations de droit privé. La FINMA a en effet expressément reconnu la CDB comme standard minimum régissant l'activité des banques en Suisse.<sup>17</sup> De surcroît, l'OBA-FINMA précise que les dispositions de la CDB relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi qu'à l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique lient les banques également dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent.<sup>18</sup> C'est pour ce motif que le Tribunal fédéral, déjà en application de la CDB 08, a constaté que les dispositions des art. 2 à 6 CDB 08 avaient le caractère d'une ordonnance.<sup>19</sup> Les dispositions contenues dans les chapitres 1 à 7 CDB 16 ne sont par conséquent pas des dispositions contractuelles de droit privé mais bien plutôt des dispositions contraignantes de nature prudentielle.

Il en résulte que la CDB ne doit pas être interprétée à l'aune des règles applicables à l'interprétation des contrats de droit privé. C'est pourquoi le Commentaire de la CDB 16 publié par l'ASB ne fait pas autorité s'agissant d'interpréter les dispositions de la CDB. La constatation que la Commission de surveillance n'est pas liée par le Commentaire pour l'application de la CDB résulte aussi du fait que le Commentaire, contrairement à la CDB 16, n'est pas soumis à l'approbation de la FINMA et n'a pas été reconnu par elle comme standard minimum. Le Commentaire CDB lui-même précise qu'il constitue une aide à l'interprétation des devoirs de diligence. Il ne fait pas partie intégrante de la CDB.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Le fait que la banque se soit fondée sur le Commentaire de l'ASB doit toutefois être pris en compte dans le cadre de la mesure de l'amende conventionnelle (cf. à ce sujet let. E ci-dessous).

<sup>17</sup> Cf. Circulaire FINMA 2008/10, l'autorégulation comme standard minimum (qui a cependant été révoquée début 2020). Les normes d'autorégulation reconnues et autorisées sont dorénavant publiées sur le site Internet de la FINMA sous "Documentation → Autorégulation". Il y est fait mention de la CDB.

<sup>18</sup> Art. 35 OBA-FINMA.

<sup>19</sup> Arrêt 6B\_501/2009 du 17 janvier 2011, C. 2.1.3 avec renvoi à Ralph Wyss *in* Thelesklaf/Wyss/Zollinger/van Thiel, GwG Kommentar, 2<sup>ème</sup> édition, Zurich 2009, N 1-2 à l'art. 14 OBA-FINMA.

<sup>20</sup> Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 3, p. 6.

L'interprétation des dispositions de la CDB reconnues et déclarées obligatoires par la FINMA ne sauraient dès lors dépendre d'un Commentaire qui n'a pas été approuvé par la FINMA et qui n'a manifestement pas force obligatoire.

#### **4. Procédure sommaire**

Pendant la période en revue, la Commission de surveillance a, pour la première fois, rendu une décision selon la procédure sommaire prévue à l'art. 62 CDB 16. L'espoir que la procédure sommaire applicable à des cas simples soit plus rapide<sup>21</sup> et moins coûteuse<sup>22</sup> s'est réalisé : la décision de la Commission de surveillance a été rendue en moins de cinq mois depuis l'ouverture de la procédure et les frais mis à charge de la banque ont été nettement moins élevés que dans des cas similaires pour lesquels une instruction préalable a été menée par le chargé d'enquête avant l'ouverture de la procédure de sanction devant la Commission de surveillance.

Contrairement à la procédure de sanction ordinaire, la décision rendue par la Commission de surveillance en procédure sommaire n'est pas motivée. La Commission de surveillance ne notifie à la banque que le dispositif de sa décision. Dans un délai de dix jours, la banque a cependant la possibilité de demander une motivation écrite (art. 62 al. 4 CDB 16). Si la Commission de surveillance (suite à la demande de la banque) doit motiver sa décision, les frais mis à charge de la banque sont augmentés d'un émolument de motivation de la décision. Le dispositif de la décision rendue par la Commission de surveillance mentionne déjà le montant de cet émolument.

## **D. CASUISTIQUE**

### **1. Degré de diligence**

Selon l'approche fondée sur les risques<sup>23</sup> de la CDB, le degré de diligence exigé de la banque dépend des circonstances concrètes de la relation d'affaires concernée.<sup>24</sup> Si, dans le cadre d'une relation d'affaires naît un soupçon sérieux que des personnes impliquées (en qualité de cocontractant, d'ayant droit économique et/ou de signataire) participent à une activité criminelle, en particulier de blanchiment d'argent, la banque doit faire preuve d'un degré de diligence accru.

---

<sup>21</sup> Car il n'y a pas de procédure d'instruction.

<sup>22</sup> Car les frais de la procédure d'instruction ainsi que les frais de motivation de la décision tombent, sauf à ce que la banque demande une motivation écrite.

<sup>23</sup> Cf. Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 08], p. 22.

<sup>24</sup> Cf. let. C ch. 1 des Leading Cases du 1<sup>er</sup> juillet – 31 décembre 2018.

## 2. Obligation d'identification des détenteurs de contrôle

Selon l'art. 25 al. 1 CDB 16, aucune déclaration relative aux détenteurs de contrôle n'est exigée des sociétés et communautés 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 ne fait référence qu'à des „sociétés et communautés“. Les fondations et les associations sont des personnes morales (selon le droit suisse en tout cas) mais ne sont pas des sociétés ou des communautés, de sorte qu'elles ne paraissent pas incluses dans le libellé de l'art. 25 al. 1 CDB. Il n'existe cependant aucun motif et il ne serait pas raisonnable d'interpréter les notions de „sociétés et communautés“ au sens de l'art. 25 al. 1 CDB 16 autrement que les notions de „personnes morales et sociétés de personnes“ auxquelles fait référence l'art. 20 al. 1 CDB 16. Selon l'approche fondée sur les risques, également applicable sous l'angle de l'art. 25 al. 1 CDB 16,<sup>25</sup> il ne serait pas raisonnable d'exonérer exceptionnellement de l'obligation d'identifier les détenteurs de contrôle des personnes morales qui poursuivent un but d'intérêt public et sont constituées en la forme d'une société (c.-à-d. même des sociétés anonymes) mais d'exclure de cette exception des personnes morales qui ne constituent pas des sociétés comme par exemple les fondations et les associations. Une telle approche serait contraire au sens et au but de l'art. 25 al. 1 CDB 16. La disposition exceptionnelle de l'art. 25 al. 1 CDB 16 doit au contraire être interprétée dans le sens qu'elle s'applique à toutes les sociétés opérationnelles qui revêtent la forme d'une personne morale ou d'une société de personne, à charge desquelles l'art. 20 CDB 16 stipule une obligation générale d'identifier les détenteurs de contrôle, et ce, *indépendamment de leur forme juridique*, pour autant qu'elles poursuivent exclusivement un but idéal, respectivement d'intérêt public (et ne présentent pas de lien reconnaissable avec des pays à risques accrus).<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Cf. aussi Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 25.

<sup>26</sup> Selon la Commission de surveillance, le fait que l'art. 25 CDB 16 („sociétés et communautés“) et l'art. 20 CDB 16 („personnes morales et sociétés de personnes“) n'emploient pas exactement les mêmes termes, constitue une erreur de rédaction et non une distinction intentionnelle. Dès lors, l'art. 25 al. 1 CDB 16 s'applique également à des fondations et des associations (dans ce sens, Heim, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 3<sup>ème</sup> édition, Zurich / Bâle / Genève, 2016, nm. 7 art. 25 al. 1 CDB 16), ce d'autant plus que les versions italienne et anglaise de l'art. 25 CDB 16 (contrairement aux versions allemande et française) font expressément mention des associations („*associazioni*“, respectivement „*associations*“).

### 3. Obligation d'identification de l'ayant droit économique

Selon l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16, les sociétés de domicile, 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, n'ont pas l'obligation de remettre une déclaration relative à l'identification des ayants droit économiques, pour autant qu'elles se tiennent exclusivement aux buts précités.

Contrairement aux exceptions stipulées à l'art. 25 al. 1 CDB 16 (applicables à l'identification du détenteur de contrôle de sociétés et de communautés)<sup>27</sup> et à l'art. 34 al. 2 CDB 16 (concernant l'identification de l'ayant droit économique de sociétés simples poursuivant un but d'intérêt public ayant plus de quatre associés), l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16 n'exige pas que le cocontractant n'entretienne pas de liens avec des pays présentant des risques accrus. Il s'agit certainement d'une erreur de rédaction. Il n'existe en effet aucun motif reconnaissable d'exonérer des organismes poursuivant un but d'intérêt public des obligations d'identification selon qu'il s'agit ou non de sociétés de domicile. L'exigence de ne pas présenter de lien avec des pays à risques accrus stipulée à l'art. 25 al. 1 CDB 16 et à l'art. 34 al. 2 CDB 16 vaut par conséquent également en application de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.<sup>28</sup>

Ainsi, s'agissant de sociétés de domicile, qui, au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB, 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, elles ne sont dispensées de fournir une déclaration concernant l'ayant droit économique, que pour autant qu'elles ne présentent également pas de lien avec des pays à risques accrus.

### 4. Obligations d'identification en lien avec des fondations

La Commission de surveillance a eu à examiner, si une banque, dans le cadre de l'ouverture d'une relation d'affaires avec une fondation sans activité opérationnelle, poursuivant un but d'intérêt public mais présentant un lien avec un pays qui, selon la liste interne de la banque, était qualifié de pays à risque, avait violé ses devoirs de diligence en lien avec l'identification du détenteur de contrôle et/ou l'identification de l'ayant droit économique. A cette fin, il y avait lieu de délimiter les dispositions de la CDB applicables à l'identification des détenteurs de contrôle d'avec celles applicables à l'identification de l'ayant droit économique.

---

<sup>27</sup> Cf. à ce sujet également ch. 2 ci-dessus.

<sup>28</sup> Sous ce rapport, il y a également lieu de souligner que même les nouvelles dispositions résultant des art. 25 al. 1 CDB 16 et art. 34 al.2 CDB 16 ne sont pas libellées de la même manière. Ainsi, l'art. 25 al. 1 CDB 16 parle de sociétés et communautés, qui ne présentent „pas de lien reconnaissable avec des pays à risques accrus“. A l'art. 34 al. 2 CDB 16, il manque par contre le mot „reconnaissable“. Il n'est cependant pas contesté qu'il n'existe aucune différence matérielle entre l'art. 25 al. 1 CDB 16 et l'art. 34 al. 2 CDB 16 (cf. Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], art. 34, p. 28). Il en va de même en ce qui concerne la terminologie différente retenue à l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.

S'agissant de l'*identification des détenteurs de contrôle*, la Commission de surveillance a statué que les banques ont l'obligation d'identifier les détenteurs de contrôle de personnes morales ou de sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle (cf. art. 20 al. 1 CDB 16) en l'absence d'une des exceptions à l'obligation d'identification énoncées dans la deuxième section du troisième chapitre CDB 16 (art. 22-26 CDB 16). Les dispositions du troisième chapitre CDB 16 concernant l'identification des détenteurs de contrôle (art. 20-26 CDB 16) ne contiennent pas de dispositions particulières pour les fondations. La question de savoir si et sous quelle forme les détenteurs de contrôle d'une fondation doivent être identifiés s'apprécie par conséquent en fonction des règles générales des art. 20 ss CDB 16.

S'agissant de l'*identification de l'ayant droit économique*, la Commission de surveillance a relevé que, certes, le quatrième chapitre de la CDB 16 (art. 27-42 CDB 16) contenait à l'art. 40 CDB 16 une disposition spéciale applicable aux fondations. L'art. 40 CDB 16, contrairement à plusieurs autres dispositions de la troisième section du quatrième chapitre de la CDB 16, ne prévoit cependant pas d'exception.<sup>29</sup> L'art. 40 CDB 16 dispose au contraire, sans aucune exception, que les banques doivent obtenir du cocontractant, c.-à-d. de la fondation, les informations nécessaires en prélevant un formulaire S (ou une déclaration écrite équivalente). L'art. 40 CDB 16 ne contient aucune exception selon laquelle, dans certains cas, notamment en fonction du but et/ou des activités de la fondation, il serait possible de renoncer à l'obtention d'un formulaire S.

Selon le commentaire de l'ASB de la CDB 16, les banques peuvent toutefois renoncer à identifier l'ayant droit économique d'une fondation et à prélever un formulaire S, lorsque la fondation poursuit exclusivement un but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.<sup>30</sup> En d'autres termes, l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16 s'appliquerait par analogie aux fondations.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Dans plusieurs cas particuliers visés dans la troisième partie du quatrième chapitre de la CDB 16, il existe des exceptions à l'obligation d'identification, comme par exemple dans le cas de comptes globaux détenus par des sociétés exerçant une activité opérationnelle sur lesquelles sont effectuées des transactions liées à des prestations professionnelles (art. 37 al. 2 CDB 16), dans le cas des formes de placement collectif et des sociétés de participations regroupant plus de 20 investisseurs assujetties à une surveillance et une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (art. 38 al. 2 CDB 16), dans le cas de placements collectifs et des sociétés de participation cotées en bourse (art. 38 al. 4 CDB 16), dans le cas des sociétés de domicile cotées en bourse (art. 39 al. 5 CDB 16) ou dans le cas de sociétés de domicile qui ont pour seul 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 (art. 39 al. 4 let. a CDB 16 ; cf. à ce sujet également ch. 3 ci-dessus).

<sup>30</sup> Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], p. 33 ; la même, règle s'applique, selon le commentaire, aux trusts qui poursuivent exclusivement un but idéal.

<sup>31</sup> Et aux Trusts.

La Commission de surveillance, après avoir procédé à une interprétation systématique et historique, est arrivée à la conclusion qu'il n'existait pas de raison impérieuse de s'écarter du texte clair de l'art. 40 CDB 16 (lequel ne formule pas d'exception à l'obligation d'identification en faveur de fondations poursuivant un but d'intérêt public), en appliquant (par analogie) aux fondations la disposition d'exception de l'art. 39 al. 4 lit. a CDB 16 prévu pour les sociétés de domicile.

Ainsi les banques doivent également prélever un formulaire S, lorsque la cocontractante est une fondation à but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 lit. a CDB 16.<sup>32</sup>

## 5. Obligations de répétition

Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, les banques ont l'obligation de répéter la vérification de l'identité du cocontractant et d'identifier l'ayant droit économique<sup>33</sup>, lorsque le cocontractant de la banque a fusionné. En tout cas, lorsque – comme dans le cas d'espèce – le client existant de la banque est repris à la suite de la fusion, de sorte que la relation d'affaires, de par la fusion, passe à un nouveau cocontractant.<sup>34</sup>

Lorsque la banque obtient une déclaration du cocontractant selon laquelle l'identité de l'ayant droit économique n'a pas changé suite à la fusion, elle doit, avec le soin commandé par les circonstances, vérifier si, au vu de cette déclaration, elle peut considérer que la déclaration initiale relative à l'identification de l'ayant droit économique est toujours valable. Si tel n'est pas le cas, la banque doit répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique et doit exiger de sa (nouvelle) cocontractante une nouvelle déclaration relative à l'ayant droit économique.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Le fait que, en se fondant sur le Commentaire à l'art. 40/41 [CDB 16], la banque a considéré qu'en présence de fondations à but idéal, il n'était pas nécessaire d'identifier l'ayant droit économique et de prélever un formulaire S a toutefois eu pour conséquence que la banque, respectivement ses collaborateurs, ne pouvaient subjectivement se voir reprocher aucune faute, en raison de quoi la violation objective de l'art. 40 CDB 16 n'a pas été sanctionnée par une amende conventionnelle (cf. également let. E ci-dessous).

<sup>33</sup> Dans un tel cas, il s'impose évidemment de répéter également l'identification du détenteur de contrôle depuis l'entrée en vigueur de la CDB 16.

<sup>34</sup> Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005*, RSDA 2005, p. 254.

<sup>35</sup> Dans le cas d'espèce, la cocontractante était une compagnie d'assurance qui avait fusionné avec la société-mère. Les valeurs patrimoniales déposées à la banque avaient trait à une police d'assurance déterminée, de sorte que la cocontractante avait désigné, à l'aide du formulaire I, le souscripteur et payeur de primes en qualité d'ayant droit économique. Dès lors qu'il n'existait aucun motif reconnaissable de considérer que, en raison de la fusion de la compagnie d'assurance avec la cocontractante, les informations identifiant comme ayant droit économique le détenteur de la police et payeur de prime avaient changé, la banque pouvait renoncer à réclamer à sa (nouvelle) cocontractante une nouvelle déclaration relative à l'ayant droit économique (d'autant plus que la cocontractante avait expressément déclaré à la banque que la qualité d'ayant droit économique n'avait pas changé de par la fusion).

## E. MESURE DE L'AMENDE CONVENTIONNELLE

1.1. Lors de l'ouverture d'un compte en faveur d'une fondation poursuivant un but d'intérêt public, une banque avait violé l'obligation de prélever un formulaire S.<sup>36</sup> La conseillère-client responsable s'était renseignée au préalable auprès de la division compliance de la banque, pour savoir si, dans ce cas, un formulaire S devait être prélevé. La spécialiste compétente de la division compliance a informé la conseillère-client que, dans le cas des fondations poursuivant un but d'intérêt public, il n'y avait pas d'obligation de prélever un formulaire S. Elle s'est expressément référée au Commentaire ASB à l'art. 40/41 CDB 16. Au plan subjectif, il n'y avait pas lieu de retenir une faute à charge de la banque, respectivement de ses employées, en relation avec cette violation des obligations de diligence. C'est pourquoi la banque n'a pas été sanctionnée pour violation de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique.

A l'avenir (c.-à-d. après la publication de la décision de la Commission de surveillance, qui a statué qu'en présence de fondations poursuivant un but d'intérêt public il y a lieu de prélever un formulaire S),<sup>37</sup> les banques ne pourront plus se prévaloir du Commentaire ASB. Dans le cadre de ses obligations de diligence, la banque doit en effet se tenir régulièrement informée de la jurisprudence de la Commission de surveillance et doit s'assurer qu'elle ne contrevient pas à cette jurisprudence.<sup>38</sup> D'éventuelles violations des obligations de diligence précitées postérieurement à la publication des présents Leading Cases seront par conséquent sanctionnées, dès lors qu'à l'avenir les banques ne pourront plus se prévaloir d'une absence de faute au plan subjectif.

1.2. La Commission de surveillance a, en relation avec une opération inhabituelle à l'occasion de laquelle la banque n'a pas procédé à des clarifications lors du transfert d'un montant à six chiffres du compte commercial d'une personne morale au compte privé d'une personne physique, constaté une violation des devoirs de diligence affectant les deux relations d'affaires. La Commission de surveillance a rejeté l'objection de la banque selon laquelle il s'agissait d'un „doublon“, de sorte que, pour mesurer l'amende conventionnelle, la violation ne devait être prise en considération qu'une seule fois : lorsqu'une transaction inhabituelle provoque des doutes quant à l'ayant droit économique aussi bien à la sortie (du compte débité) qu'à l'entrée (du compte crédité), la banque a, conformément à ses obligations de diligence, l'obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique (auprès du donneur d'ordre, comme auprès du bénéficiaire du paiement). Si elle ne le fait pas (ou d'une manière défectueuse), elle a logiquement commis une violation de la CDB dans le cadre de chacune des relations d'affaires.

---

<sup>36</sup> Il s'agit du cas décrit sous let. D ch. 4 ci-dessus.

<sup>37</sup> Cf. let D ch. 4 ci-dessus.

<sup>38</sup> Let. B ch. 4 des Leading Cases d'octobre 2008.

1.3. Une banque avait fait valoir une réduction de l'amende conventionnelle, dès lors que les violations des devoirs de diligence avaient été commises depuis passablement de temps sans toutefois être prescrites. La CDB ne prévoit pas une atténuation de l'amende pour le cas où les violations des devoirs de diligence remontraient à une période relativement ancienne.<sup>39</sup>

1.4. Pour la mesure de l'amende conventionnelle, il y a en principe lieu de se fonder sur la situation financière de la banque au moment de la décision de la Commission de surveillance.<sup>40</sup> Il en va autrement lorsque la banque qui a commis la violation de l'obligation de diligence a fusionné avec une autre banque avant la décision de la Commission de surveillance. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de se fonder sur la situation patrimoniale actuelle de la banque (fusionnée) mais bien plutôt sur la situation patrimoniale de la banque avant la fusion.<sup>41</sup>

Berne, février 2020

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1424631.docx

---

<sup>39</sup> La prescription de cinq ans prévue par la CDB (cf. art. 65 CDB 16) est de toute manière relativement brève (sur la question de la prescription des obligations de diligence, voir pour le surplus Dominik Eichenberger, *Die Verjährungsregelung der VSB 16, in Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierung*, GesKR, 4/2017, p. 441 ss).

<sup>40</sup> Cf. Georg Friedli / Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, RSDA 5/2017, p. 700, nm 75.

<sup>41</sup> Let A ch. 3 du Rapport d'activité de la Commission de surveillance des banques 1990-1992.

# 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.

# 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> 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.<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, 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> 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.

---

<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 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](http://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.

<sup>3</sup> C'est par la Circulaire ASB n° 8041 du 28 octobre 2020 couvrant la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2020 (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

### 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).<sup>6</sup>

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 surveillance<sup>7</sup> a été rejetée

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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 16<sup>10</sup>, 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'audit<sup>11</sup> 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“<sup>12</sup> 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

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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<sup>er</sup> juillet 2019 au 31 décembre 2019, let. C, ch. 4, disponibles sur le site internet [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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<sup>er</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> Pour apprécier si la violation d'une version antérieure de la CDB peut être

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> 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<sup>er</sup> janvier 2020 au 30 juin 2020, let. B, disponibles sur le site internet [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

## 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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<sup>er</sup> janvier 2016.<sup>19</sup>

## 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.<sup>20</sup> 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

<sup>16</sup> Art. 63 CDB 16, respectivement art. 11 al. 2 CDB 08.

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> L'obligation d'identifier les détenteurs de contrôle n'a été introduite que par la CDB 16 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> 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.

<sup>19</sup> 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).

<sup>20</sup> 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 matérielle<sup>21</sup>. 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 16<sup>22</sup> 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 16<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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 GAFI<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

## 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 formulaires<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> Cela vaut également pour le nouveau formulaire K institué par la CDB 16 concernant l'identification des détenteurs de contrôle de personnes morales non

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Voir également le point 1.1 ci-dessus.

<sup>23</sup> „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.“

<sup>24</sup> 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.

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

<sup>26</sup> Voir Heim, op. cit. note 2 ad art. 24 al. 2, CDB 16.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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](http://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 fiduciaire<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

### 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

<sup>29</sup> „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).

<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

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 16<sup>32</sup> 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

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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 sûreté<sup>33</sup> 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'exception<sup>34</sup> prévue aux art. 24 al. 2 et 33 al. 2 et 3 CDB 16<sup>35</sup>.

## 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.<sup>36</sup>

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'argent<sup>37</sup>. Par exemple, le fait que les

---

<sup>33</sup> Art. 44 CDB 16.

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

<sup>35</sup> Leading Cases de la Commission de surveillance de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2019 au 31 décembre 2019, let. C, ch. 2, disponibles sur le site [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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<sup>er</sup> 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.<sup>38 39</sup> 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.<sup>40</sup>

## 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> 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](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>38</sup> Respect. art. 46 CDB 16, ou art. 46 CDB 20.

<sup>39</sup> 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<sup>er</sup> juillet 2019 au 31 décembre 2019, let. C, ch. 1.2. disponibles sur le site internet [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Art. 64, al. 1, CDB 20.

<sup>42</sup> Art. 64, al. 1, CDB 20.

fonds propres de la banque.<sup>43</sup> 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 – 2010<sup>44</sup>, 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)<sup>45</sup>.

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*

---

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

<sup>44</sup> Voir la note de bas de page 43 ci-dessus.

<sup>45</sup> C'est toujours la situation financière concrète de la banque qui est déterminante.

# 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 2021)

### 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, à intervalles plus courts, 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 2021.

---

<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 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](http://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.

<sup>3</sup> C'est par la [Circulaire ASB n° 8057](#) du 25 janvier 2021 couvrant la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2020 (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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. Le devoir de coopération des banques

1.1. En vertu de l'art. 18 du Règlement d'enquête du 16 décembre 2019, les banques sont tenues, dans le cadre d'une procédure CDB, de collaborer à l'établissement des faits pertinents. Elles doivent en particulier conserver les dossiers pertinents et les mettre à disposition du chargé d'enquête dès la notification de l'ouverture de la procédure d'enquête. Si les documents requis par le chargé d'enquête ne sont plus disponibles au moment de l'enquête, la banque doit fournir des informations sur leur localisation. Si une banque refuse de collaborer 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 en vertu de l'art. 61 al. 2 CDB 20.

L'imposition d'une sanction pour violation de l'obligation de coopérer selon l'art. 61 al. 2 CDB 20 suppose que la banque n'ait pas donné suite à une demande spécifique et claire de production de documents de la part du chargé d'enquête (ou de la Commission de surveillance).

### 2. Conclusion de l'enquête

2.1. En application de l'art. 6 du Règlement de procédure du 14 mars 2019, le chargé d'enquête doit transmettre à la Commission de surveillance le dossier complet ainsi que ses réquisitions écrites à l'issue de l'enquête. Outre l'ensemble des pièces produites, les réquisitions du chargé d'enquête (appelées "rapport d'enquête") doivent contenir la désignation de la banque concernée, les conclusions juridiques, des informations sur la compétence de la Commission de surveillance, la présentation des faits qui justifient les conclusions juridiques, la référence aux preuves numérotées pour chaque fait, avec le bordereau des pièces jointes, ainsi que la date et la signature.<sup>4</sup>

Dans une décision récente, la Commission de surveillance a dû se pencher sur la nature juridique du rapport d'enquête des chargés d'enquête CDB. Elle a statué ce qui suit (traduction du texte original allemand) :

*" Le rapport d'enquête concluant la procédure d'enquête avec les conclusions du chargé d'enquête n'a ni le caractère d'une demande au sens de la procédure civile, ni celui d'un acte d'accusation au sens de la procédure pénale. La procédure CDB s'apparente plutôt à une procédure administrative, même si le Règlement d'enquête - contrairement au Règlement de procédure - ne prévoit pas explicitement l'application subsidiaire de la PA, d'autant plus que l'Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3 juin 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA -FINMA ; RS 955.033.0) fait plusieurs fois référence à la CDB. Ainsi, le rapport d'enquête n'a pas à respecter les exigences d'allégation et de preuve de la procédure civile ou les exigences découlant du principe de l'accusation de la procédure pénale. Dans une procédure CDB - par analogie avec une procédure administrative (voir art. 12 PA) - les faits doivent être établis d'office. La CDB ne stipule pas qu'après sa réception la Commission de surveillance doit vérifier si le rapport d'enquête a été correctement établi. Elle ne stipule pas non plus que la Commission de surveillance serait tenue de renvoyer au chargé d'enquête un rapport d'enquête irrégulier pour complément ou correction ou qu'elle ne pourrait pas entrer en matière sur des conclusions sans preuves du chargé d'enquête.*

<sup>4</sup> Art. 6 al. 2 du Règlement de procédure.

*Dans sa décision, la Commission de surveillance n'est expressément pas liée par le rapport d'enquête et les conclusions du chargé d'enquête (art. 2 al. 3 du Règlement de procédure). Elle jouit au contraire d'un plein pouvoir de cognition, aux fins d'élucider et de sanctionner les violations de la Convention de diligence sur la base du dossier qui lui est transmis par le chargé d'enquête (voir l'art. 13, al. 1, en liaison avec l'art. 6 al. 2 let. a du Règlement de procédure), étant précisé que la Commission de surveillance peut également recueillir des preuves supplémentaires et compléter le dossier de sa propre initiative, si nécessaire (art. 13 al. 2 du Règlement de procédure)."*

2.2. Dans le rapport d'enquête du chargé d'enquête<sup>5</sup> les faits<sup>6</sup> doivent être décrits uniquement, mais au moins, de manière suffisamment précise pour permettre à la banque concernée de reconnaître ce qui lui est spécifiquement reproché, afin qu'elle puisse exercer de manière adéquate ses droits de la défense. De légères inexactitudes ou des lacunes dans la description des faits sont sans importance décisive, pour autant que la banque sache clairement quels sont les manquements aux devoirs de diligence qui lui sont reprochés. Que le chargé d'enquête présente les faits, c'est-à-dire l'exposé de l'état de fait, dans le corps même du rapport d'enquête ou dans une annexe au rapport d'enquête est en principe sans importance, tant que les droits de défense de la banque concernée et son droit d'être entendu demeurent respectés.

2.3. Selon l'art. 20 al. 2 du Règlement d'enquête, une procédure d'enquête doit normalement être achevée dans les neuf mois dès son ouverture ; dans le cas contraire, le chargé d'enquête doit justifier les raisons du retard de la procédure auprès de la Commission de surveillance.

La disposition de l'art. 20 al. 2 du Règlement d'enquête n'est cependant qu'une simple règle d'ordre, dont la méconnaissance n'affecte pas la validité de la procédure d'enquête et/ou du rapport d'enquête du chargé d'enquête. La banque ne peut donc rien tirer en sa faveur du fait que le délai de neuf mois n'ait pas été respecté dans une procédure d'enquête ou que le chargé d'enquête n'ait pas motivé le retard de la procédure dans son rapport d'enquête, d'autant plus que les enquêtes ne sont censées être terminées qu'"en règle générale" dans un délai de neuf mois.

### **3. (Dis) proportionnalité des enquêtes**

3.1. Si une banque estime qu'un acte d'enquête du chargé d'enquête est disproportionné, elle peut refuser de coopérer à la mesure d'enquête conformément à l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête et présenter ses objections au chargé d'enquête. Si la banque et le chargé d'enquête ne parviennent pas à un accord, le Président de la Commission de surveillance décide de l'admissibilité de la mesure d'enquête contestée.

Cependant, ni la CDB ni le Règlement d'enquête ne contiennent de dispositions plus précises sur la procédure applicable à la décision du Président. Il appartient donc au Président, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, de trancher les questions de procédure qui se posent. Dans une décision récente, le Président a notamment clarifié les questions suivantes :

<sup>5</sup> Cf. sur la nature juridique du rapport d'enquête en détail n° 2.1 ci-dessus.

<sup>6</sup> L' " exposé des faits qui fondent les conclusions juridiques " (cf. art. 6 al. 2 lit. b du Règlement de procédure).

Étant donné que le Règlement d'enquête ne précise pas qui, de la banque ou du chargé d'enquête, peut ou doit faire appel au Président de la Commission de surveillance en cas de désaccord, tant la banque que le chargé d'enquête ont le droit de faire appel au Président de la Commission de surveillance et de demander une décision sur l'admissibilité des actes d'enquête querellés.<sup>7</sup>

Le Règlement d'enquête ne stipule pas non plus que le Président de la Commission de surveillance doit être saisi dans un certain délai.<sup>8</sup> Si le chargé d'enquête fixe à la banque un délai pour saisir le Président de la Commission de surveillance,<sup>9</sup> le non-respect d'un tel délai, qui n'a aucun fondement dans le Règlement d'enquête ou la CDB, ne signifie pas que la banque soit déchu de son droit<sup>10</sup> du fait d'avoir tardé.<sup>11</sup>

3.2. Selon la pratique de la Commission de surveillance, les dispositions de l'art. 3 du Règlement d'enquête sur l'admissibilité des enquêtes respectivement des actes d'investigation du chargé d'enquête doivent être interprétées de manière extensive. En effet une interprétation restrictive de l'art. 3 du Règlement d'enquête serait contraire à l'esprit et au but de la Convention de diligence et aurait pour conséquence de faire perdre sa crédibilité à l'institution d'autorégulation telle que prévue par la CDB. Cela ne saurait être dans l'intérêt de la place financière suisse, dont la sauvegarde de la réputation est l'un des objectifs déclarés de la CDB.<sup>12</sup> En revanche, les mesures d'investigation qui ne sont manifestement pas appropriées, pas nécessaires et/ou pas raisonnables sont inadmissibles.

Les mesures d'enquête prises par le chargé d'enquête sont également disproportionnées, lorsque le manquement reproché à la banque, même s'il était prouvé, ne remplirait pas les éléments objectifs et (le cas échéant) subjectifs d'une règle de la CDB. Il faut cependant faire preuve de retenue lorsqu'on suppose que les mesures d'enquête sont disproportionnées. En effet, la qualification juridique du comportement de la banque incombe fondamentalement à la Commission de surveillance dans sa décision de sanction et non au Président dans le

<sup>7</sup> En pratique, c'est généralement le chargé d'enquête qui fait appel au Président s'il veut maintenir un acte d'enquête contesté (car la banque peut par principe se limiter à refuser de coopérer). En l'espèce, c'est la banque qui s'est adressée au Président pour demander qu'une mesure d'instruction envisagée par le chargé d'enquête soit déclarée disproportionnée. Le Président est entré en matière sur la demande de la banque.

<sup>8</sup> Le Règlement d'enquête ne prévoit en particulier pas que la banque soit tenue par un délai pour contester auprès du Président de la Commission de surveillance une mesure d'enquête du chargé d'enquête qu'elle juge inadmissible.

<sup>9</sup> En revanche, le fait que le chargé d'enquête fixe à la banque un délai pour s'adresser au Président de la Commission de surveillance afin de clarifier si la banque peut maintenir ses objections est parfaitement logique pour des raisons d'économie de procédure.

<sup>10</sup> Une telle conséquence de péremption n'est prévue ni dans le Règlement d'enquête ni dans la CDB, et ne peut pas non plus être fondée sur d'autres principes généraux de procédure.

<sup>11</sup> Selon la pratique de la Commission de surveillance, la banque peut être fore-close pour contester la proportionnalité des mesures d'enquête lorsque la banque n'avait pas d'emblée contesté la mesure, mais au contraire avait déjà donné suite. Dans un tel cas, la banque n'a plus la possibilité de s'adresser au Président de la Commission de surveillance. En effet, la banque de par son comportement a laissé périmer son droit d'en appeler au Président de la Commission de surveillance (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, SZW 1/2011, p. 50). Cette déchéance n'a toutefois rien à voir avec le (non)respect d'un délai fixé par le chargé d'enquête pour s'adresser au Président, délai dépourvu de base légale.

<sup>12</sup> Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018 point B, disponible sur [swissbanking.org](http://swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

cadre d'une décision incidente sur la proportionnalité des mesures d'enquête, ce d'autant plus que l'art. 3 du Règlement d'enquête doit être interprété de manière extensive, comme cela vient d'être mentionné. Ce n'est que si les faits soupçonnés par le chargé d'enquête et faisant l'objet de ses investigations sont manifestement dépourvus de pertinence juridique parce que ces faits - même s'ils étaient avérés – n'entreraient pas dans le champ d'application de la CDB ou du moins ne seraient très vraisemblablement pas couverts par la CDB, qu'il se justifie d'abandonner les investigations.

3.3. Il convient de renoncer à ouvrir une enquête CDB lorsque les (éventuelles) infractions à la CDB, qui ont été signalées sont manifestement prescrites et ne peuvent donc plus être poursuivies.<sup>13</sup> Le Président de la Commission de surveillance a considéré ce qui suit (traduction du texte original allemand)<sup>14</sup> :

*" En vertu de l'art. 4 al. 1 du Règlement d'enquête, le chargé d'enquête ouvre une procédure d'enquête à l'encontre d'une banque s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que la CDB a été violée sur la base de ses propres constatations ou d'un rapport de la société d'audit, de la FINMA ou d'une autre autorité nationale. Il en va de même d'une auto-dénonciation de la banque [...]. En tout état de cause, l'ouverture d'une procédure d'enquête requiert des indices clairs qu'une banque n'a pas respecté les dispositions de la CDB (art. 4 al. 2 du Règlement d'enquête).*

*Si, en revanche, il n'y a aucune raison d'ouvrir une procédure d'enquête conformément à l'art. 4 du Règlement d'enquête, il convient de renoncer à l'ouverture d'une procédure CDB. Il en va de même lorsque la procédure devrait, de toute manière, être immédiatement classée (par exemple en raison de la prescription). La décision immédiate de ne pas ouvrir d'enquête peut et doit éviter aux banques de subir divers désavantages résultant de dénonciations ou d'enquêtes sans cause et d'encourir des coûts inutiles.*

*Il convient de renoncer à l'ouverture d'une enquête CDB en particulier si aucune typicité de la CDB n'est remplie, c'est-à-dire si les faits rapportés - même s'ils pouvaient être prouvés dans le cadre de l'enquête - ne rempliraient pas les éléments constitutifs d'une disposition CDB. Il y a lieu de renoncer à une procédure CDB lorsqu'un élément constitutif de la violation n'est manifestement pas rempli.<sup>15</sup>*

*Il convient également de renoncer à une procédure CDB s'il existe des obstacles à la procédure, comme la condamnation antérieure d'une banque pour les mêmes faits ou si la prescription est acquise. Néanmoins, même dans ces cas, on ne peut renoncer à l'ouverture d'une enquête que si la situation factuelle et juridique est indiscutable. "*

<sup>13</sup> Selon la règle de prescription de l'art. 65 CDB 20, les infractions à la CDB ne sont plus poursuivies si elles ont eu lieu il y a plus de cinq ans.

<sup>14</sup> Sur la base de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête, le Président de la Commission de surveillance est chargé de décider de la recevabilité des actes d'enquête contestés. La disposition de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête ne se réfère pas seulement à des actes d'enquête individuels, mais est également applicable à l'ouverture d'une enquête dans son ensemble (cf. Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, para. IV/1, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent. Il appartient donc au Président de décider de l'ouverture d'une enquête (ou de la renonciation à l'ouverture d'une enquête).

<sup>15</sup> Voir déjà le chiffre 3.2 ci-dessus.

#### 4. Dénonciations de particuliers

Selon la pratique de la Commission de surveillance, il y a lieu, cas échéant, de donner suite à une dénonciation émanant d'un particulier.<sup>16</sup> Cependant, comme la procédure d'enquête et de sanction des chargés d'enquête de la CDB et de la Commission de surveillance CDB sont confidentielles, les dénonciateurs privés ne doivent pas être informés de la suite donnée à leur dénonciation.

#### 5. Procédure sommaire

La Commission de surveillance a pu, une fois de plus, régler un cas en procédure sommaire au sens de l'art. 62 CDB 20. Les attentes<sup>17</sup> de la procédure sommaire visant à traiter de façon efficace et rapide des cas simples ont été pleinement satisfaites : moins de quatre mois après avoir reçu l'auto-dénonciation de la banque, la Commission de surveillance a pu clore la procédure de la CDB par une décision.<sup>18</sup>

### C. CASUISTIQUE

#### 1. Obligations en matière de documentation et de mise en sûreté de documents

1.1. Selon l'art. 45 CDB 16, tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique doivent 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 des transactions peuvent y être comptabilisées.<sup>19</sup> La banque ne peut donc pas justifier la vérification déficiente de l'identité du cocontractant respectivement l'identification déficiente du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique au motif que le compte nouvellement ouvert permettait certes la comptabilisation de transactions mais n'a jamais été effectivement utilisé par le client.<sup>20</sup> Le fait que des avoirs

<sup>16</sup> Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, RSDA 1/2011, para. III/2, p. 50.

<sup>17</sup> Sur les attentes de la procédure sommaire voir aussi Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2019 au 31 décembre 2019, point C, section 4, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>18</sup> La mise en œuvre de la procédure sommaire exige (cumulativement) qu'il s'agisse d'un " cas simple " et que la banque remette avec son auto-dénonciation un dossier complet et un rapport d'audit d'une société de révision qui à la fois décrit les faits pertinents et mentionne les dispositions pertinentes de la CDB (art. 62 al. 1 et 2 CDB ; cf. au sujet des exigences relatives à l'exécution de la procédure sommaire en général et des exigences relatives au rapport d'audit de la société d'audit en particulier, voir Leading Cases de la Commission de surveillance pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2020 au 31 décembre 2020, point B, section 3, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>19</sup> Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 45, p. 36.

<sup>20</sup> Il en irait autrement si une relation d'affaires, c'est-à-dire l'ouverture d'un compte, n'avait jamais été établie (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. IV, p. 688, r20).

soient crédités ou non sur un compte après son ouverture, et si oui, pour quel montant, ne change rien aux obligations d'identification et de vérification.<sup>21</sup>

1.2. Exceptionnellement, si quelques données et/ou documents seulement font défaut, le compte peut déjà être utilisé avant que tous les documents nécessaires à la vérification de l'identité du cocontractant, à l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique soient disponibles. L'exception de l'art. 45 CDB 16 ne s'applique qu'aux relations d'affaires pour lesquelles l'identité du cocontractant, du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique sont claires et où seuls certaines données et/ou documents font défaut. La pratique de la Commission de surveillance, selon laquelle l'art. 45 CDB 16 s'applique aux relations d'affaires dont la documentation est incomplète ou dont les documents d'identification existants sont défectueux,<sup>22</sup> est à clarifier dans le sens où cela ne s'applique qu'aux documents défectueux en raison de l'absence de certaines informations seulement.<sup>23</sup> En revanche, si c'est le contenu des documents requis qui est défectueux, peu clair ou même contradictoire, l'art. 45 CDB 16 ne peut être invoqué.<sup>24</sup>

## 2. Obligations de répétition

2.1. Les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique si, au cours de la relation d'affaires, des doutes surgissent quant à l'identité du cocontractant avec l'ayant droit économique ou quant à l'exactitude de la déclaration faite au sujet de l'ayant droit économique et que ces doutes n'ont pu être levés par des clarifications.<sup>25</sup> Un tel cas de doute existe toujours si des constatations insolites sont faites.<sup>26</sup> A titre d'exemple, est une constatation insolite, le fait que des transactions sont effectuées sur un compte qui excèdent les moyens financiers du client.<sup>27</sup>

Cela ne signifie pas pour autant qu'à l'inverse le caractère insolite d'une transaction doive d'emblée être nié lorsque la transaction entre dans les moyens financiers du client. Ainsi, même une transaction non-suspecte en termes

<sup>21</sup> L'utilisation (ou la non-utilisation) ultérieure du compte peut néanmoins être prise en compte dans l'évaluation de la sanction conventionnelle sous l'angle de la gravité de la violation de la CDB.

<sup>22</sup> Voir Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2018 au 30 juin 2018, point B, section 2.2, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>23</sup> Par exemple, la date de naissance de l'ayant droit économique.

<sup>24</sup> Dans le cas à évaluer par la Commission de surveillance, un formulaire A était disponible. Ce document était cependant défectueux car il ne répertoriait pas tous les bénéficiaires économiques. L'art. 45 CDB 16 ne s'applique manifestement pas dans le cas d'un tel formulaire A défectueux.

<sup>25</sup> Art. 46 al. 1 let. c et d CDB 20. Voir également art. 46 al. 1 let. c et d CDB 16 et art. 6 al. 1 let. b et c CDB 08.

<sup>26</sup> Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, section 2.1, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>27</sup> C'est ce que stipule expressément le ch. 25 al. 2 let. b des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

de montant peut susciter des doutes quant à l'ayant droit économique et entraîner des obligations de clarification correspondantes si d'autres constatations insolites sont faites.

2.2. Plusieurs années après l'ouverture du compte, une société de domicile a déclaré à la banque, au moyen d'un (nouveau) formulaire A, qu'une autre personne en était désormais l'ayant droit économique. Après réception de cette déclaration, des transactions ont toutefois continué à être effectuées régulièrement sur le compte de la société de domicile, dont il fallait déduire que l'ayant droit économique n'avait pas changé, contrairement au nouveau formulaire A.<sup>28</sup> Comme il s'imposait à l'esprit que le nouvel ayant droit économique n'était qu'un prête-nom pour cacher le fait qu'en réalité l'ancien ayant droit économique avait toujours droit aux actifs de la société de domicile, la banque aurait dû mettre fin à la relation d'affaires.<sup>29</sup>

2.3. Lorsqu'une banque aurait dû répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant à plusieurs reprises mais qu'elle est toujours restée inactive, elle doit également être sanctionnée pour des violations répétées de l'obligation de répétition.<sup>30</sup>

En revanche, le fait que cette violation réitérée des obligations de répétition ait finalement abouti au même résultat – le maintien d'une relation d'affaires avec un cocontractant qui n'a pas été correctement identifié selon la CDB – devra être pris en compte dans la mesure de l'amende conventionnelle. En effet, la violation réitérée des obligations de renouveler la vérification de l'identité du cocontractant commise par la banque dans le cadre d'une même relation d'affaires pèse évidemment moins lourd que si la banque avait violé l'obligation de renouvellement de l'identification à l'occasion de plusieurs relations d'affaires et s'était ainsi retrouvée à entretenir plusieurs relations d'affaires avec des clients mal identifiés (au lieu d'une seule).

2.4. La Commission de surveillance a précisé que la violation du devoir de répétition (art. 6 CDB 08 respectivement art. 46 CDB 16/20) ne constitue pas une violation de la CDB sous forme d'omission. Le fait que chaque violation de la CDB se caractérise par un manquement au devoir de diligence ne doit pas conduire à la conclusion qu'il s'agit d'un "délict d'omission". La violation du devoir de répétition dans une relation d'affaires (ainsi que la violation de l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant et d'identifier le détenteur de contrôle et/ou l'ayant droit économique lors de l'établissement d'une relation d'affaires) doit au contraire être qualifiée de "délict de commission" - par analogie avec le délict de défaut de vigilance dans les transactions financières selon l'art.

---

<sup>28</sup> En l'espèce, même après le (prétendu) changement d'ayant droit économique, des virements réguliers ont été effectués du compte de la société de domicile au filleul de l'ancien ayant droit économique, des paiements ont été effectués à une autre société (de domicile) contrôlée par l'ancien ayant droit économique et des relevés de cartes de crédit de l'ancien ayant droit économique ont été payés.

<sup>29</sup> Art. 46 al. 2 CDB 20, voir également art. 46 al. 2 CDB 16 et art. 6 al. 3 CDB 08. Toutefois, la relation d'affaires avec le cocontractant ne peut plus être rompue si les conditions de l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) sont remplies (voir art. 46 al. 3 CDB 20).

<sup>30</sup> En l'espèce, la banque avait eu des indications claires, à 13 moments différents au total sur une période de cinq ans, que le cocontractant avait déménagé à plusieurs reprises et que l'adresse de résidence qu'il avait indiquée lors de l'établissement de la relation d'affaires et qui était enregistrée dans le système de la banque n'était donc pas (ou plus) correcte. Ainsi, dans 13 cas, la banque aurait donc eu l'occasion et aurait eu le devoir de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant. En ne le faisant pas, la banque a violé son obligation de répéter la procédure dans 13 cas, conformément à l'art. 6 al. 1 CDB 08 en relation avec l'art. 2 CDB 08.

305ter al. 1 CP<sup>31</sup>, <sup>32</sup> qui selon la doctrine dominante et la jurisprudence constitue également un délit de commission et non un (véritable) délit d'omission.<sup>33</sup>

2.5. Quelques années après avoir établi une relation d'affaires avec une société de domicile étrangère, une banque a prélevé un nouveau formulaire A désignant un nouvel ayant droit économique. Le nouvel ayant droit économique était un représentant d'une société financière et fiduciaire qui avait précédemment agi en tant que représentante de la cliente et qui avait, entre autres, également reçu le pouvoir de signature individuelle pour le compte de la société de domicile. Le changement d'ayant droit économique a été justifié par la cliente par le fait que l'ancien ayant droit économique était en instance de divorce et que dès lors il consolidait ses comptes.

Cette motivation n'est à l'évidence pas adéquate pour expliquer le changement d'ayant droit économique. On ne comprend pas pourquoi le divorce de l'ayant droit économique d'une société de domicile offshore devrait conduire à ce qu'un représentant d'une société financière et fiduciaire désignée comme mandataire soit le nouvel ayant droit économique des actifs de cette société de domicile. La banque aurait donc dû mettre en question la justification reçue concernant le changement d'ayant droit économique et aurait dû procéder à des clarifications supplémentaires. En ne le faisant pas, elle a violé son obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

2.6. Une banque avait régulièrement<sup>34</sup> renouvelé la documentation relative au compte dans le cadre de la relation d'affaires, mais avait omis d'enregistrer la date de réception des nouveaux documents d'identification. Bien que la CDB astreigne expressément une banque à veiller à ce que la date de réception des documents permettant d'identifier l'ayant droit économique soit enregistrée de manière traçable (ou soit disponible dans le système de la banque),<sup>35</sup> la Commission de surveillance a nié l'existence d'une violation des obligations de répétition si la banque, sans y être obligée, procède à une nouvelle identification et viole ainsi (seulement) le devoir de documenter la date de réception.<sup>36</sup> Cela s'applique en tout cas si - comme dans le cas d'espèce - les nouveaux documents d'identification figurant dans le dossier ne contiennent aucune modification par rapport aux documents recueillis lors de l'ouverture du compte.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

<sup>32</sup> Voir également le point D.1.2 ci-dessous sur la relation entre la CDB et l'art. 305ter CP.

<sup>33</sup> Cf. ATF 125 IV 139 E. 3 b avec références.

<sup>34</sup> C'est-à-dire sans qu'un doute au sens de l'art. 46 CDB 20 n'apparaisse qui aurait nécessité une répétition de l'identification.

<sup>35</sup> Art. 44 al. 2 CDB 20. Voir également l'art. 44 al. 2 CDB 16 et le ch. 36 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

<sup>36</sup> Dans ce cas, la banque se trouverait dans une situation pire que si elle était restée inactive (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, RSDA 5/2017, Ziff IV, p. 689, r25).

<sup>37</sup> Il en irait autrement, par exemple, si les nouveaux documents d'identification (prélevés sans nécessité) révélaient que la banque avait été trompée dans l'identification initiale du cocontractant, ce qui aurait pour conséquence que la banque devrait mettre fin à la relation d'affaires avec le cocontractant conformément à l'art. 46 al. 2 CDB 20 (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, SZW 5/2017, Ziff. IV, p. 689, r25, fn. 74).

## D. SANCTIONS

### 1. Intention

1.1. Selon l'art. 64 al. 2 CDB 20, les violations du devoir de répétition, de l'interdiction de l'assistance à la fuite des capitaux et de l'interdiction d'assistance active à la soustraction fiscale et aux actes analogues (art. 46 - 57 CDB 20) ne sont sanctionnées que si elles sont commises intentionnellement. Selon la pratique ancienne et constante de la Commission de surveillance le dol éventuel est suffisant.<sup>38</sup> Cela s'applique non seulement à la CDB 20 mais aussi au champ d'application des versions antérieures de la CDB, à savoir la CDB 16<sup>39</sup> et la CDB 08.<sup>40</sup>

1.2. La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence sur le dol éventuel, selon laquelle une violation intentionnelle (au moins par dol éventuel) de la CDB est toujours consommée lorsqu'une banque viole une disposition claire de la CDB ou une pratique constante et publiée à plusieurs reprises de la Commission de surveillance.<sup>41</sup>

Cette jurisprudence de la Commission de surveillance sur le dol éventuel est également conforme à la doctrine dominante et à la jurisprudence relative à l'infraction pénale de défaut de vigilance dans les transactions financières selon l'art. 305ter CP, qui est comparable aux obligations de diligence de la CDB.<sup>42</sup> Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, l'intention, dans le champ d'application de l'art 305ter CPS, peut être déduite d'un manque de vigilance : Il y a par principe une intention si l'auteur s'est passé des vérifications qu'un banquier diligent aurait faites dans la même situation.<sup>43</sup> Dans le champ d'application de la CDB, le dol éventuel peut (et doit) toujours être retenu si une banque a renoncé aux mesures qu'une banque diligente aurait prises dans la même situation.

1.3. C'est en vain qu'une banque a objecté qu'elle n'avait pas agi intentionnellement parce qu'elle s'était fiée à l'exactitude des documents reçus du cocontractant sans se renseigner davantage et n'avait donc pas conscience

<sup>38</sup> Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, RSDA 5/2017, Ziff. II/6, p. 682.

<sup>39</sup> Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, no. 3, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>40</sup> La remarque contenue dans le commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), selon laquelle le contenu des art. 6 à 8 CDB 08 ne justifie des sanctions que pour des violations *intentionnelles*, ne doit pas être comprise comme signifiant que l'art. 11 al. 3 CDB 08 ne vise que l'*intention* réelle ou le dol direct au premier degré, mais pas le dol éventuel (voir Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001 - 2005, SZW 2005, Bst. C, Ziff. 5.5, p. 258, selon lequel la Commission de surveillance avait déjà déclaré que le dol éventuel était suffisant au regard de la CDB 98, alors que le terme "*dessein*" était utilisé dans le texte même de la CDB).

<sup>41</sup> Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. II/6, p. 682 ; voir également Ziff. X, p. 697, r64, Ziff. X, p. 698, r67 et r68, Ziff. X, p. 699, r70.

<sup>42</sup> Cf. sur la relation entre la CDB et l'art. 305ter CP en détail Christoph Graber, Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken zu Art. 305ter Abs. 1 CP, SZW 4/1995, p. 161 ff.

<sup>43</sup> ATF 125 IV 139 E. 4 a.E. avec références.

du problème. Le fait que la banque n'ait peut-être pas eu conscience du problème lié à des clarifications omises ou déficientes ne peut évidemment pas l'exonérer. Dans le cas contraire, une banque totalement négligente, qui a complètement ignoré les doutes suscités par les informations et les documents qu'elle a reçus, alors qu'elle aurait pu et dû avoir de tels doutes, serait placée dans une situation plus favorable qu'une banque qui était consciente du problème mais qui n'a pas rempli toutes ses obligations au titre de la CDB. Cela ne serait pas compatible avec l'esprit et le but de la CDB.

1.4. Selon la CDB, fait explicitement partie des devoirs de documentation, l'obligation d'acter date de réception des documents permettant d'établir l'identité de l'ayant droit économique (ou leur disponibilité dans le système de la banque).<sup>44</sup> Si, dans le contexte de cette disposition claire et explicite de la CDB, la banque néglige d'enregistrer la date de réception du nouveau formulaire A à l'occasion du renouvellement de l'identification de l'ayant droit économique, elle a, à tout le moins, violé l'obligation de renouveler l'identification par dol éventuel.<sup>45</sup>

## 2. Cas bénin

2.1. Selon la liste exemplative de l'art. 63 CDB 16, est entre autre réputé constituer un cas bénin le fait que les avoirs comptabilisés dans le cadre de la relation d'affaires concernée ne dépassent pas CHF 25'000.<sup>46</sup> La Commission de surveillance est arrivée à la conclusion qu'une interprétation textuelle stricte de l'art. 63 lit. c CDB 16 est contraire au sens et au but de la règle tels qu'ils résultent tant de l'art. 63 premier paragraphe CDB 16 que du commentaire<sup>47,48</sup>. Lorsqu'il s'agit d'évaluer si une violation de la CDB peut être qualifiée de cas bénin, il n'est donc pas possible de se concentrer uniquement sur le montant des avoirs déposés et de faire fi de la qualité de la violation de la CDB. Ainsi, même à la lumière de l'art. 63 lit. c CDB 16, un cas bénin ne peut être retenu que si la violation de l'obligation de diligence n'affecte pas le noyau même des obligations de diligence découlant de la CDB. C'est le cas si l'objectif de la CDB est sauvegardé alors même que tous les devoirs énoncés dans la CDB n'ont pas été remplis de manière irréprochable.<sup>49</sup> A l'inverse, il s'ensuit qu'une infraction à la CDB qui viole le noyau même de celle-ci et qui entraîne par conséquent l'absence d'identification certaine du cocontractant ou du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique ne constitue pas un cas bénin même si les valeurs patrimoniales concernées sont inférieures à CHF 25'000.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Art. 44 al. 2 VDB 20. Voir également l'art. 44 al. 2 CDB 16 et le ch. 36, al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

<sup>45</sup> Voir le ch. 1.2 ci-dessus pour plus de détails sur le concept de dol éventuel dans l'application de la CDB.

<sup>46</sup> Art. 63 lit. c CDB 16.

<sup>47</sup> Cf. le commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 63, p. 39.

<sup>48</sup> Du même avis Kathrin Heim, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 3e édition, Zurich/Bâle/Genève 2016, note 1 ad art. 63 lit. c CDB 16, resp. Kathrin Heim/Tamara Wettstein, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 1 ad art. 63 lit. c CDB 20.

<sup>49</sup> Voir également Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)*, SZW 2008, p. 568.

<sup>50</sup> Le fait que seuls des avoirs relativement modestes soient concernés doit toutefois être pris en compte en faveur de la banque dans l'évaluation du montant de la sanction (voir *Leading Cases* de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1<sup>er</sup> juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, section 2.2, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

2.2. Avec près de 100 violations de la CDB on ne saurait plus parler de cas bénin au sens de l'art. 63 CDB 20.<sup>51</sup>

## E. FRAIS

En vertu de l'art. 61 al. 5 CDB 20 en relation avec l'art. 14 al. 3 let. c du Règlement de procédure, la Commission de surveillance fixe dans sa décision le montant total des frais de procédure, qui se composent des frais de l'enquête menée par le chargé d'enquête et des frais de la procédure de sanction devant la Commission de surveillance. Toutefois, Ni la CDB, ni le Règlement d'enquête, ni le Règlement de procédure ne contiennent de règles sur le calcul ou la détermination des frais de procédure. La Commission de surveillance doit donc user de son pouvoir d'appréciation pour déterminer le montant des frais de procédure à supporter par la banque.

Alors que les frais de la procédure d'enquête correspondent par principe aux factures du chargé d'enquête, les frais de la procédure de sanction consistent en un droit forfaitaire destiné à couvrir le travail de la Commission de surveillance. Les frais de la procédure de sanction sont fixés en fonction du temps consacré à la cause à juger, qui dépend de sa complexité factuelle et juridique.

Étant donné que les frais de procédure à charge de la banque servent exclusivement à couvrir le travail occasionné par le cas concret, ils ne doivent pas être fixés en fonction du montant de la sanction. Le montant de la sanction n'a donc aucune influence sur le montant des frais de procédure. Par conséquent, une éventuelle réduction de l'amende conventionnelle par rapport aux conclusions du chargé d'enquête ne conduit pas à une réduction des frais de procédure.

Berne, octobre 2021

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance de la CDB

X1577950.docx

*Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB*

---

<sup>51</sup> Voir également Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB], RSDA 2008, point VI/3, p. 572.

# 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> juillet au 31 décembre 2021)

### 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, à intervalles plus courts, 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> juillet au 31 décembre 2021.

---

<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 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](http://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.

<sup>3</sup> C'est par la Circulaire ASB n° 8065 du 2 décembre 2021 couvrant la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2021 (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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 PROCEDURE

### 1. Motivation des décisions de suspension

Si la commission de surveillance ne constate aucune violation de la Convention de diligence susceptible d'être sanctionnée, elle suspend la procédure.<sup>4</sup> Les décisions de suspension ne sont généralement pas motivées.<sup>5</sup> Dès lors que le chargé d'enquête et la banque avaient formulé des conclusions très différentes<sup>6</sup>, il convenait exceptionnellement de motiver malgré tout la décision de suspension prise par la Commission de surveillance<sup>7</sup>.

### 2. Procédure sommaire

Au cours du deuxième semestre 2021, la Commission de surveillance a pu traiter deux cas supplémentaires en procédure sommaire au sens de l'art. 62 CDB 20.<sup>8</sup> Dans les deux cas, la procédure CDB a pu être clôturée par une décision de la Commission de surveillance moins de six mois après la réception de l'autodénonciation.

---

<sup>4</sup> Art. 61 al. 1 CDB 20 en lien avec l'art. 7 al. 1 du Règlement de procédure du 14 mars 2019.

<sup>5</sup> Art. 7 al. 4 du Règlement de procédure.

<sup>6</sup> Alors que le chargé d'enquête a demandé une peine conventionnelle de plus de CHF 200'000.00 en raison d'une violation répétée de la CDB, la banque a proposé de classer la procédure en raison de l'absence de violation des règles CDB.

<sup>7</sup> L'art. 7 al. 4 du Règlement de procédure permet expressément la motivation des ordonnances de suspension (cf. déjà à ce sujet Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er janvier 2019 au 30 juin 2019, let. E, ch. 3., disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

<sup>8</sup> Pour les conditions de mise en œuvre de la procédure sommaire, voir en détail les Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er juillet 2020 au 31 décembre 2020, let. B, ch. 3, disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

## C. CASUISTIQUE

### 1. Obligation d'identification de la partie contractante

Lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec une personne morale, la banque doit prendre connaissance des dispositions relatives aux pouvoirs de représentation du cocontractant et les documenter.<sup>9</sup> Cependant, la CDB ne contient aucune disposition sur la manière de documenter les dispositions relatives aux pouvoirs de représentation. Selon le commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 15, un extrait du registre du commerce, des procurations d'organes de la société en faveur d'autres personnes, un extrait d'un règlement interne, une liste de signatures autorisées, un «*certificate of incumbency*», des statuts, un règlement d'association, des procès-verbaux d'assemblée générale et de conseil d'administration, ou des programmes annuels contenant des dispositions relatives aux pouvoirs de signature et à la compétence de nommer des personnes autorisées à signer, peuvent par exemple être utilisés. Pour constater respectivement documenter les dispositions relatives aux pouvoirs de représentation, des documents établis par le cocontractant lui-même, tels que les règlements internes, les carnets de signatures, les procès-verbaux, etc. sont donc admis, contrairement à l'identification proprement dite du cocontractant, qui exige en principe un extrait d'un registre officiel.<sup>10</sup> La CDB est donc moins exigeant en ce qui concerne les documents d'identification des pouvoirs de représentation de personnes morales que pour l'identification des personnes morales elles-mêmes.

### 2. Obligations de répétition

2.1. Les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique lorsqu'au cours de la relation d'affaires un doute survient sur le point de savoir si l'ayant droit économique est toujours le même ou quant à l'exactitude des déclarations faites au sujet de l'ayant droit économique et que ce doute n'a pas pu être levée par d'éventuelles clarifications.<sup>11</sup> Il existe toujours un doute en présence de constatations insolites.<sup>12</sup> Il y a lieu de considérer qu'il s'agit d'une constatation insolite, entre autres, lorsqu'il est soupçonné qu'un compte soit utilisé comme un compte de passage.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Art. 15 al. 3 CDB 20. Voir aussi art. 15 al. 3 CDB 16 et ch. 14 al. 3 des dispositions d'exécution au sujet de l'art. 2 CDB 08.

<sup>10</sup> Voir art. 12 ss. CDB 20.

<sup>11</sup> Art. 46 al. 1 let. c et d CDB 20. Voir aussi art. 46 al. 1 let. c et d CDB 16 ainsi que l'art. 6 al. 1 let. b et c CDB 08.

<sup>12</sup> Voir Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, let. C, ch. 2.1, disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>13</sup> Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. VII, p. 694, n° 50.

Bien que le compte d'une cliente d'une banque ait clairement servi de compte de passage<sup>14</sup>, la Commission de surveillance est parvenue à la conclusion que, dans ce cas concret, il n'y avait pas d'obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique et d'établir l'ayant droit économique de cette transaction (de passage) au moyen du formulaire A, dès lors que la même personne physique était l'ayant droit économique de tous les comptes et sociétés<sup>15</sup> impliqués dans la transaction de passage. Dans cette configuration particulière, la transaction de passage n'a pas déclenché d'obligations de répétition au sens de la CDB.

2.2. Au cours d'une relation d'affaires, une banque a répété la procédure d'identification de l'ayant droit économique et a versé au dossier un nouveau formulaire A dans lequel, outre l'ancien ayant droit économique, le père de ce dernier était désormais également mentionné comme ayant droit économique supplémentaire. Le fait que la banque n'ait pas indiqué dans le dossier les raisons pour lesquelles elle avait demandé un nouveau formulaire A ne constitue pas une violation des règles de la CDB, car 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 sans raison particulière, c'est-à-dire sans qu'il y ait un cas de doute, comme cela se fait par exemple assez souvent dans le cadre d'un renouvellement général de la documentation du compte.

Si cependant *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 surgissent et ne peuvent être levés, ou si le nouveau formulaire A conduit à constater que des informations sciemment erronées sur l'ayant droit économique ont été fournies à la banque avec le formulaire A initial, la banque ne doit alors pas se contenter du nouveau formulaire A, mais doit, sous réserve de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA<sup>16</sup>, rompre la relation d'affaires en cours avec le cocontractant.<sup>17</sup>

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

Les banques sont tenues de ne pas fournir d'aide à leurs cocontractants dans des manœuvres visant à tromper des autorités suisses et étrangères, en particulier les autorités fiscales, en fournissant des attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière (interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et des actes analogues).<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Un compte client a été crédité de USD 5 millions qui ont été intégralement transférés trois jours plus tard seulement.

<sup>15</sup> En d'autres termes, la même personne physique était l'ayant droit économique de la société d'où provenaient les USD 5 millions, de la société dont le compte a servi de compte de passage et de la société sur le compte de laquelle les USD 5 millions ont été transférés. La banque le savait parce que les trois sociétés impliquées dans la transaction de passage étaient clientes de la banque.

<sup>16</sup> Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre la blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0).

<sup>17</sup> Art. 46 al. 2 et 3 CDB 20. Voir aussi art. 46 al. 2 et 3 CDB 16 ainsi que l'art. 6 al. 3 et 4 CDB 08.

<sup>18</sup> Art. 53 CDB 20. Voir aussi art. 53 CDB 16 et l'art. 8 CDB 08.

Un employé de banque qui a détourné des fonds de clients et à cette occasion a falsifié des documents bancaires afin de donner aux clients l'impression que les avoirs étaient encore disponibles n'a pas commis intentionnellement d'assistance active à la soustraction fiscale ou à des actes analogues. Une manœuvre visant à tromper les autorités fiscales n'était ni voulue par les clients ni comprise dans l'intention (probablement criminelle) de l'employé de banque. L'employé de banque n'a pas voulu fournir une assistance active à la soustraction fiscale, mais bien plutôt s'enrichir aux dépens des clients. Bien que l'employé de banque ait falsifié des attestations, dans cette configuration il n'y a clairement pas d'assistance active à la soustraction fiscale de la part de la banque.

Berne, mars 2022

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X16 19488.DOCX

*Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB*

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

(1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2022)

### 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, à intervalles plus courts, 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 2022.

### B. CASUISTIQUE

#### 1. Obligation de vérifier l'identité de la partie contractante

La règle d'exception prévue à l'art. 4 al. 3 CDB 16, selon laquelle une personne dont l'identité a été correctement vérifiée n'a pas à être vérifiée une nouvelle fois suppose qu'il s'agisse d'un *élargissement* d'une relation d'affaires *existante*. Ceci vaut aussi pour la vérification des personnes qui établissent la relation d'affaires

---

<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 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](http://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. Le rapport d'activité 2017-2021 a été publié dans l'édition 5/2022 de la RSDA.

<sup>3</sup> C'est par la Circulaire ASB n° 8075 du 25 avril 2022 (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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“ couvrant la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2021.

(cf. art. 15 al. 5 CDB 16). Si toutefois une relation d'affaires est entièrement résiliée, puis est nouée ultérieurement, alors il convient de procéder à nouveau à la vérification de l'identité du cocontractant<sup>4</sup>.

## **2. Obligation d'identification de l'ayant droit économique**

Conformément à l'art. 27 al. 1 CDB 16, les banques exigent du cocontractant une déclaration indiquant qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Les données requises concernant les fondations doivent être fournies par le cocontractant au moyen d'une déclaration écrite ou d'un formulaire S en application de l'art. 40 al. 1 CDB 16. Lorsqu'au lieu d'un formulaire S (ou d'une déclaration écrite équivalente) comportant les données sur la fondation conformément à l'art. 40 CDB 16, une banque se satisfait d'un formulaire A, alors qu'il s'agit d'une relation d'affaires avec une fondation, alors la banque viole son obligation d'identification de l'ayant droit économique.

## **3. Devoir de documentation**

Lorsque le formulaire A utilisé par la banque pour identifier l'ayant droit économique ne porte pas de tampon de réception et lorsque la banque n'a pas documenté d'une autre façon dans son système (informatique) la date d'entrée du formulaire A, il y a une violation de l'obligation de documentation. Ce constat ne change pas même si la banque a saisi les données et, en particulier, le nom de l'ayant droit économique, car la saisie du nom de l'ayant droit économique dans le système (informatique) de la banque ne permet pas d'établir que la banque disposait également d'une déclaration écrite du cocontractant susceptible d'une qualification pénale. Le devoir de documentation n'est ainsi pas satisfait avec la saisie des données de l'ayant droit économique dans le système (informatique) de la banque. Le même raisonnement s'applique s'agissant de l'identification du détenteur de contrôle au moyen du formulaire K.

## **4. Obligations de répétition**

4.1. Au sein d'une société étrangère, cliente d'une banque, plusieurs modifications ont eu lieu peu après l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016 de la CDB 16. La société a non seulement transféré son siège, mais il y a eu des modifications au sein des actionnaires et du conseil d'administration de la société. En particulier, l'ayant droit économique identifié jusqu'alors est sorti du conseil d'administration et son pouvoir de signature pour la relation bancaire a été radié. Ayant eu connaissance de ces modifications, la banque était obligée de répéter ses obligations de diligence, étant précisé qu'en application de l'art. 70 al. 3 CDB 16, les nouvelles règles relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi qu'à l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique étaient à appliquer.

---

<sup>4</sup> Cf. aussi le Commentaire de l'ASB au sujet de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), art. 2, p. 8.

4.2. La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence<sup>5</sup> selon laquelle non seulement l'entrée de fonds sur un compte client, mais aussi la sortie de fonds, peut donner lieu à une constatation insolite, lorsque la sortie de fonds éveille des doutes au sujet de la conformité des déclarations originales faites sur l'ayant droit économique ou de leur actualité. Dans le cas d'espèce, toutefois, les entrées et sorties de fonds devaient être qualifiées d'insolites pour la même raison, ce pourquoi la banque n'avait pas à vérifier à nouveau l'exactitude des indications sur l'ayant droit économique lorsque les fonds reçus ont été (re-)transférés quelques jours plus tard<sup>6</sup>. Il reste envisageable qu'en raison de la sortie de fonds insolite, la banque doive également avoir des doutes sur l'ayant droit économique du compte crédité (pour autant que le bénéficiaire du transfert soit aussi client de la banque).

### C. PRESCRIPTION

Le délai de prescription de cinq ans prévu par l'art. 65 CDB 20 commence, en tous les cas, à courir au moment de la violation des obligations de diligence<sup>7</sup>. Ceci vaut aussi en cas de violation du devoir de documentation. Là aussi, le délai de prescription commence à courir „au moment de la violation“, c'est-à-dire au moment où la banque aurait dû documenter la réception des documents d'identification respectivement documenter leur disponibilité dans le système et non pas au moment où la violation est guérie.

Il convient cependant de noter qu'exceptionnellement les banques sont autorisées à utiliser un compte, en application de l'art 45 CDB 16, alors même que quelques données et/ou documents seulement font défaut. Dans ce cas, les données respectivement les documents manquants doivent être obtenus dès que possible, mais au plus tard dans les 90 jours. Ainsi, il ne peut être déterminé si la banque a violé son obligation de documenter qu'à l'issue de ce délai de 90 jours. La règle voulant que la prescription d'une violation du devoir de documentation commence à courir au „moment de la violation“ est donc à préciser dans le sens où le „moment de la violation“ n'est pas l'ouverture du compte mais l'échéance du délai de 90 jours prévu par l'art. 45 CDB 16 lorsque cette disposition s'applique.

Berne, novembre 2022

Dominik Eichenberger, avocat  
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1684174.DOCX

*Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB*

---

<sup>5</sup> Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er janvier 2021 au 30 juin 2021, let. C, ch. 2.2, disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>6</sup> Il s'agissait de paiements allant jusqu'à USD 42 millions qui étaient en contradiction évidente avec le profil KYC du client.

<sup>7</sup> Cf. Commentaire de l'ASB au sujet de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art 65.

# COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

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

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

(1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2022)

### 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 2017 à 2021<sup>2</sup>.

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, 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> juillet au 31 décembre 2022.

### B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

#### 1. Droit transitoire

1.1. [520/16] Si une relation d'affaires est établie après l'entrée en vigueur de la CDB 16 (c'est-à-dire après le 31 décembre 2015), les nouvelles règles relatives à la vérification de l'identité du cocontractant, à l'identification du détenteur du contrôle et à l'identification de l'ayant droit économique doivent être appliquées

---

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

<sup>2</sup> Le rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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) 5/2022, p. 469 ss.

<sup>3</sup> C'est par la Circulaire ASB n° 8089 du 8 décembre 2022 (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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“ couvrant la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2022.

conformément à l'art. 70 al. 3 CDB 16. Le fait que le processus d'ouverture de compte ait éventuellement été engagé avant l'entrée en vigueur de la CDB 16 n'y change rien si l'établissement de la relation d'affaires n'intervient qu'après le 31 décembre 2015<sup>4</sup>.

1.2. [520/16] La CDB 16 ne contient aucune règle selon laquelle, dans une phase transitoire, les nouvelles dispositions ne seraient pas encore applicables, ou en tout cas pas encore entièrement<sup>5</sup>. L'objection d'une banque selon laquelle il était quasiment inévitable que des manquements se produisent pendant une phase transitoire après l'introduction de nouvelles règles a été rejetée par la Commission de surveillance au motif qu'il s'agissait là d'une compréhension singulière de la CDB. La Commission de surveillance attend au contraire de la banque qu'elle accorde une attention particulière à la mise en œuvre correcte des nouvelles dispositions dès le début et que les collaborateurs bancaires responsables soient au courant des nouvelles règles de la CDB 16.

## C. CASUISTIQUE

### 1. Obligation de vérifier l'identité du cocontractant

1.1. [522/13] Si la banque n'est pas en mesure de vérifier l'identité du cocontractant de la manière prescrite, par exemple parce qu'une personne ne dispose pas de document d'identification ou parce que, s'agissant d'une corporation ou d'un établissement de droit public, les documents habituellement requis n'existent pas, elle peut, conformément à l'art. 8 CDB 16, à titre exceptionnel, procéder à la vérification d'une autre manière appropriée. A cet effet, la banque examine d'autres documents probants ou se fait remettre par le cocontractant des attestations émises par des instances publiques respectivement, s'il s'agit d'une personne morale, le dernier rapport d'audit établi par une société de révision agréée. Les attestations et copies des documents de substitution doivent être versées au dossier. Par ailleurs, il convient d'établir une note au dossier justifiant cette procédure exceptionnelle.

L'art. 8 CDB 16 ne constitue pas une alternative générale permettant de vérifier l'identité du cocontractant d'une autre manière appropriée, mais bien plutôt une réglementation d'exception au champ d'application extrêmement limité : l'art. 8 CDB 16 règle les cas particuliers dans lesquels l'identité d'un cocontractant ne peut pas être vérifiée de la manière prescrite car les documents requis ne sont pas disponibles, par exemple parce que le cocontractant ne dispose d'aucun document d'identification<sup>6</sup>. La disposition spéciale de l'art. 8 CDB 16 ne s'applique donc que

---

<sup>4</sup> D'après la pratique constante de la Commission de surveillance, l'établissement de la relation d'affaires correspond au moment où l'on peut passer des écritures sur le compte correspondant, c'est-à-dire qu'il est techniquement possible de l'utiliser pour effectuer des opérations (Georg Friedli, Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques 2001 - 2005, RSDA 2005, let. C, ch. 1.1, p. 245 ; désormais aussi selon l'art. 45 al. 2 CDB 20).

<sup>5</sup> L'art. 70 al. 3 CDB 16 prévoit au contraire expressément, comme mentionné, que les nouvelles règles (relatives à la vérification de l'identité du cocontractant ainsi qu'à l'identification du détenteur du contrôle et de l'ayant droit économique) s'appliquent aux nouvelles relations d'affaires établies après la date d'entrée en vigueur de la CDB 16 (cf. ch. 1.1 ci-dessus).

<sup>6</sup> Dans ce sens également le Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2<sup>ème</sup> éd., art. 8, p. 10.

si le client de la banque ne dispose pas de documents d'identification, ce que la banque doit documenter au moyen d'une note au dossier.

1.2. [522/14] Dès lors que l'art. 8 CDB 16 est une règle d'exception<sup>7</sup>, cette disposition ne peut pas être appliquée de manière générale aux relations d'affaires avec des personnes sous curatelle. Les personnes sous curatelle doivent donc également être identifiées par la banque selon les règles générales prévues aux art. 7 ss. CDB 16, et l'art. 8 CDB 16 ne permet pas à la banque de se contenter de recevoir l'acte de nomination de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA).

Que la réglementation d'exception de l'art. 8 CDB 16 ne s'applique pas de manière générale à l'ouverture de relations d'affaires avec des personnes sous curatelle est ensuite également démontré par le fait que les autorités cantonales de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) sont considérées comme des instances publiques au sens de l'art. 11 al. 1 let. c CDB 16, qui peuvent confirmer l'authenticité des documents d'identification utilisés lors d'une ouverture par correspondance<sup>8</sup>. La CDB entend donc bien faciliter l'établissement de relations d'affaires avec des personnes sous curatelle ; ceci non pas avec la renonciation de l'obtention d'un document d'identification selon l'art. 8 CDB 16, mais en permettant à l'APEA de confirmer elle-même l'authenticité de la copie du document d'identification de la personne sous curatelle. Il n'est donc pas question d'"entraver les mandataires tutélaires dans l'exercice de leurs obligations et de leurs droits", comme le fait par exemple valoir la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA)<sup>9</sup>.

## 2. Obligation d'identifier les détenteurs du contrôle

[520/50] Lors de l'établissement d'une relation d'affaires au nom d'une entreprise individuelle, les banques ne sont pas tenues d'identifier les détenteurs du contrôle. En effet, une entreprise individuelle n'est ni une personne morale ni une société de personnes au sens des art. 20 ss. CDB 16<sup>10</sup>.

## 3. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

3.1. [520/38] Selon l'art. 34 al. 1 CDB 16, il n'est pas nécessaire d'exiger une déclaration relative aux ayants droit économiques dans le cadre d'une relation d'affaires avec les associés d'une société simple, lorsque les associés sont eux-mêmes les ayants droit économiques, que la vérification de l'identité des associés a été

---

<sup>7</sup> Voir à ce sujet le ch. 1.1 ci-dessus.

<sup>8</sup> Voir le Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2<sup>ème</sup> éd., art. 11, p. 11.

<sup>9</sup> Voir Praxisprobleme von vormundschaftlichen Mandatsträgern im Umgang mit Banken, (Sozial-)Versicherungen und Poststellen – Recommandations du comité de travail COPMA de novembre 2010, Revue de la protection des mineurs et des adultes RMA 2011, p. 234.

<sup>10</sup> D'après le commentaire de l'ASB, la CDB 16 emploie les notions de "personnes morales" et de "sociétés de personnes" au sens qu'elles ont en droit civil suisse selon les art. 52 ss. CC ainsi que 530 ss. CO (voir le commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2<sup>ème</sup> éd., p. 12).

effectuée conformément à l'art. 16 al. 1 let. a CDB 16<sup>11</sup> et que la qualité d'ayant droit des associés de la société simple est consignée par écrit.

Ce sont toutefois des personnes physiques qui doivent être identifiées comme ayants droit économiques (cf. art. 27 al. 2 CDB 16). Si les associés désignés comme ayants droit économiques sont des personnes morales ou des sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle, la banque doit en outre identifier leurs détenteurs du contrôle au moyen du formulaire K. En revanche, si un associé désigné comme ayant droit économique est une société de domicile (ou une fondation ou un trust), un formulaire A (ou un formulaire S ou un formulaire T) doit être obtenu pour lui<sup>12</sup>.

3.2. [520/50] Lors de l'établissement d'une relation d'affaires au nom d'une entreprise individuelle, les banques ne sont certes pas tenues d'identifier les détenteurs du contrôle (cf. à ce sujet ch. 2 ci-dessus). En revanche, les banques sont tenues d'identifier l'ayant droit économique également en cas de relations d'affaires avec des entreprises individuelles. Un formulaire A dans lequel une entreprise individuelle est mentionnée comme ayant droit économique ne satisfait toutefois pas aux exigences de la CDB. Il convient d'identifier une personne physique (en indiquant son nom, son prénom, sa date de naissance, sa nationalité ainsi que son adresse de domicile effective) comme ayant droit économique.

#### 4. Dol

[520/13] Si, dans le cadre de la répétition de l'identification des détenteurs du contrôle<sup>13</sup>, une banque accepte un formulaire K avec une personne morale comme détenteur du contrôle, contrairement à la règle de l'art. 20 al. 2 CDB 16 d'après laquelle des personnes physiques doivent en principe être identifiées comme détenteurs de contrôle, il faut alors considérer qu'il y a, à tout le moins, dol éventuel. En effet, une banque qui agit avec diligence n'aurait pas accepté un tel formulaire K et aurait procédé à des clarifications supplémentaires<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> L'identification des associés au sens de l'art. 16 al. 1 let. a CDB 16 consiste en la vérification de l'identité de tous les associés.

<sup>12</sup> Commentaire de l'ASB concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2<sup>ème</sup> éd., art. 34, p. 29 ; voir également Heim, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, note 4 ss. sur l'art. 34 al. 1 CDB 16.

<sup>13</sup> Les violations des obligations de renouveler l'accomplissement des obligations de diligence ne sont sanctionnées que si elles sont intentionnelles (art. 64 al. 2 CDB 20. Voir également Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 493, r70). D'après la pratique constante et de longue date de la Commission de surveillance, le dol éventuel suffit (Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 493, r71).

<sup>14</sup> Dans le champ d'application de la CDB, le dol éventuel peut (et doit) toujours être admis lorsqu'une banque a renoncé aux mesures qu'une banque prudente aurait prises dans la même situation (Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 493, r72).

## D. CAS BÉNIN

1. [520/14] D'après la pratique de la Commission de surveillance, il ne peut pas être considéré qu'il s'agit d'un cas bénin lorsqu'il y a un grand nombre de violations de la CDB<sup>15</sup>. Dans le cas d'espèce, avec plus de 60 violations de la CDB, il ne pouvait s'agir d'un cas bénin.

2. [529/8] Si, dans le cadre d'une relation d'affaires avec une personne morale, une banque omet de prendre connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant et de les documenter<sup>16</sup>, cela ne peut pas être qualifié de cas bénin. Ceci est d'autant plus vrai lorsque, comme dans le cas d'espèce, des valeurs patrimoniales importantes sont concernées<sup>17</sup>.

## E. SANCTIONS

[520/14] S'il est établi qu'une banque a enfreint la CDB, une sanction ne présuppose pas que l'on détermine quels sont les collaborateurs individuels de la banque responsables de la violation de la CDB dans le cas concret. Le fait qu'une banque – en tant que personne morale – ne puisse agir que par l'intermédiaire de personnes physiques et que ce soient toujours des personnes physiques qui sont à l'origine de la violation de la CDB ne change rien au fait que ce sont les banques qui sont tenues de respecter la CDB et qui doivent être sanctionnées en cas de violation. La Commission de surveillance a donc considéré comme infondée l'objection soulevée par la banque selon laquelle il n'avait pas été déterminé quels collaborateurs individuels de la banque avaient commis les violations de la CDB.

Berne, mai 2023

Dominik Eichenberger, Avocat  
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1727651.docx

*Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB*

---

<sup>15</sup> Voir à ce sujet Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), RSDA 2008, ch. VI/3, p. 572.

<sup>16</sup> Voir l'art. 15 al. 3 CDB 20.

<sup>17</sup> Plus de 20 millions de dollars étaient comptabilisés sur la relation d'affaires concernée.

# COMMISSION DE SURVEILLANCE VSB

(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

(1er janvier au 30 juin 2023)

### 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 2017 à 2021.<sup>2</sup>

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, 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 2023.

### B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

[535/8] La Commission de surveillance peut revenir ultérieurement sur la décision du Président concernant la mise en œuvre de la procédure sommaire<sup>4</sup> s'il apparaît, dans le cadre de l'examen détaillé du dossier par la Commission de surveillance, que les conditions de la procédure sommaire ne sont pas remplies. Comme la Commission de surveillance n'était pas en mesure, en raison de la présentation incomplète des faits et des dispositions concernées de la CDB dans l'autodénonciation de la banque et dans le rapport de la société d'audit, de décider si et dans quelle mesure la banque avait violé la CDB dans le cadre des relations d'affaires mentionnées

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

<sup>2</sup> Le rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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) 5/2022, p. 469 ss.

<sup>3</sup> C'est par la Circulaire ASB n° 8089 du 8 décembre 2022 (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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“ couvrant la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2022.

<sup>4</sup> Selon l'art. 62 al. 3 CDB 20, le président de la Commission de surveillance statue sur la mise en œuvre de la procédure sommaire. 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. 4 CDB 20).

dans l'autodénonciation,<sup>5</sup> elle a été amenée à annuler la décision du Président au sujet de la mise en œuvre de la procédure sommaire et à ordonner à la place la procédure ordinaire afin qu'un chargé d'enquête procède aux investigations nécessaires à l'attention de la Commission de surveillance.

## C. CASUISTIQUE

### 1. Obligation de vérifier l'identité du cocontractant

1.1. [521/38] Pour les personnes morales, la banque doit prendre connaissance des dispositions relatives au pouvoir d'engager le cocontractant et les documenter.<sup>6</sup> A cet égard, il convient de documenter, non seulement les personnes autorisées à signer, mais aussi le type de droit de signature (p. ex. droit de signature individuelle ou droit de signature collective).<sup>7</sup>

Dans le cas présent, afin de documenter les dispositions relatives au pouvoir de représentation, la banque n'a pas prélevé d'autres documents qui renseigneraient sur les pouvoirs de représentation de la cocontractante, hormis un Certificate of Incorporation. Puisque le Certificate of Incorporation ne mentionne que les noms des personnes autorisées à signer, sans contenir une indication sur le type de droit de signature, la banque a ainsi violé son devoir de diligence en matière d'identification du cocontractant.

1.2. [531/13] Une banque a identifié son client conformément aux dispositions relatives à l'identification lorsque la personne se présente à la banque selon l'art. 9 CDB 16, bien qu'aucun contact personnel n'ait eu lieu entre le client et un représentant de la banque. La banque a cependant fait valoir qu'un retrait en espèces avait été effectué au guichet dans les 90 jours suivant l'ouverture du compte. On pouvait partir du principe qu'à l'occasion de ce retrait d'espèces, l'identité du client avait été vérifiée au moyen d'une pièce d'identité.

C'est à la banque qu'il incombe de prouver qu'elle a procédé à une identification en bonne et due forme.<sup>8</sup> Le fait de "partir du principe" qu'une identification du client a eu lieu par la consultation d'une pièce d'identité dans le cadre d'un retrait en espèces ne suffit pas à répondre aux exigences de la CDB. La banque doit, au contraire, apporter la preuve qu'elle a procédé aux vérifications exigées par la CDB et qu'elle a versé au dossier les documents nécessaires à cet effet.<sup>9</sup> En l'espèce, comme il n'était plus possible de contrôler a posteriori que la banque

---

<sup>5</sup> Et en application de l'art. 64 CDB 20, de déterminer la peine conventionnelle appropriée ou de classer tout ou partie de la procédure.

<sup>6</sup> Art. 15 al. 3 CDB 16.

<sup>7</sup> En effet, sans connaître le type de droit de signature, il n'est pas assuré que les personnes qui agissent pour le compte du cocontractant puissent effectivement valablement le représenter (cf. également Georg Friedli, Aperçu de jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques 2005 - 2010, ch. V/1.2.17, p. 24, disponible sur [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

<sup>8</sup> Cf. Georg Friedli, Aperçu de jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques 2001 - 2005, let. C, ch. 1.6, disponible sur [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>9</sup> Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 6 relative à l'art. 44 CDB 20.

avait quand même identifié son client et, si oui, par quel moyen, la Commission de surveillance a constaté une violation de l'obligation de vérification de l'identité du cocontractant.

1.3. [531/14] S'agissant de travailleurs étrangers actifs en Suisse et ne séjournent en Suisse que pendant une durée limitée à l'avance à quelques mois pendant le rapport de travail,<sup>10</sup> il convient, dans le cadre de l'identification du cocontractant selon les art. 4 ss CDB 16, de ne pas consigner leur adresse temporaire en Suisse, mais bien leur adresse de domicile effectif, c'est-à-dire le lieu de résidence dans leur pays d'origine.

## **2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique**

[531/16] Les banques peuvent en principe se fier à l'exactitude de la déclaration du cocontractant concernant l'ayant droit économique. Cela ne vaut cependant que dans la mesure où il n'existe (ou ne devrait exister) aucun doute quant à l'exactitude de la déclaration du cocontractant concernant l'ayant droit économique.

Dans un cas soumis à l'appréciation de la Commission de surveillance, la banque avait connaissance du fait qu'un client étranger n'avait pas du tout compris le formulaire A rédigé en allemand qui lui avait été présenté pour signature, faute de connaissances de la langue allemande. Dans ces conditions, la banque n'était pas en droit de se fier à l'exactitude du formulaire A. En acceptant malgré tout le formulaire A, alors qu'elle savait que le cocontractant avait signé le formulaire A sans finalement comprendre le contenu de la déclaration qu'il contenait, la banque a violé son obligation d'identifier l'ayant droit économique.

## **3. Obligation de documentation et de mise en sûreté**

3.1. [521/58] Conformément à l'art. 44 al. 1 CDB 16, la banque doit s'assurer que la vérification de l'identité du cocontractant, de l'identification du détenteur du contrôle et de l'identification de l'ayant droit économique sont documentées. Les documents d'identification requis doivent être conservés. Les documents d'identification à conserver comprennent tous les documents en rapport avec les clarifications requises par la CDB.

3.2. [517/108] L'obligation de mettre en sûreté au sens de l'art. 44 CDB 16 s'applique également aux obligations de répétition prévues par l'art. 46 CDB 16.

3.3. [517/108] Si une banque décide de rompre la relation d'affaires en raison de doutes apparus au cours de la relation d'affaires quant à l'exactitude de la déclaration du cocontractant sur l'ayant droit économique,<sup>11</sup> alors la banque doit documenter de manière compréhensible qu'elle a effectivement mis fin à la relation d'affaires et à quel moment.

---

<sup>10</sup> Dans les dossiers, les travailleurs concernés étaient parfois appelés "saisonniers", en référence à l'ancien statut de saisonnier.

<sup>11</sup> La banque est en droit de le faire : Selon la pratique de la Commission de surveillance, une banque est libre, au lieu de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique, de rompre la relation d'affaires ou, s'il existe une obligation de

3.4. [536/6] Dans le contexte de la pandémie de COVID-19, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a accordé des allègements concernant l'identification du cocontractant lors de l'ouverture de nouvelles relations d'affaires, afin de tenir compte des restrictions imposées par les mesures étatiques au sujet de la COVID-19.<sup>12</sup> Parmi les allègements accordés par la FINMA figurait notamment la prolongation à 90 respectivement 120 jours du délai de 30 jours prévu par l'art. 45 al. 4 CDB 20 pour se procurer les attestations d'authenticité manquantes des copies de pièces d'identité.

Si une banque souhaite se prévaloir de la prolongation du délai prévu à l'art. 45 al. 4 CDB 20 accordée par la FINMA en raison d'obstacles dus à la pandémie de COVID-19, elle doit alors documenter les obstacles dus à la COVID-19 dans le dossier du client.<sup>13</sup>

#### 4. Obligations de répétition

4.1. [521/17] Lorsqu'une banque apprend, par une demande de renseignements du Ministère public de la Confédération, que l'un de ses clients fait l'objet d'une enquête pénale pour soupçon de corruption et de blanchiment d'argent, une déclaration du client selon laquelle il ne faut pas s'attendre à ce que l'enquête pénale soit poursuivie ne suffit pas à lever les doutes existants.<sup>14</sup>

4.2. [517/64] Conformément à l'art. 46 al. 1 CDB 16, les banques doivent répéter la vérification de l'identité de l'ayant droit économique lorsque des doutes surviennent que l'ayant droit économique soit toujours le même ou que la déclaration faite sur l'ayant droit économique soit exacte et que ces doutes n'ont pas pu être levés par des clarifications appropriées. L'art. 46 CDB 16 vise à garantir que l'identité de l'ayant droit économique ait été dûment établie.<sup>15</sup> En effet, 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

---

communiquer au sens de l'art. 9 LBA, de bloquer le compte et de faire une communication de soupçons au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) (cf. janvier 2019 au 30 juin 2019, let. D, ch. 2.3 et Leading Cases de la Commission de surveillance concernant l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, let. C, ch. 23, disponibles sur [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent, ainsi que Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 492, r65).

<sup>12</sup> Cf. les communications de surveillance de la FINMA 03/2020 du 7 avril 2020, 06/2020 du 19 mai 2020 et 07/2020 du 2 octobre 2020.

<sup>13</sup> Le délai pour obtenir les informations et/ou documents manquants avait été réduit de 90 à 30 jours par l'introduction de l'art. 45 al. 3 et 4 CDB 20, afin de tenir compte des critiques émises par le Groupe d'action financière (GAFI) à l'encontre de l'ancienne réglementation de l'art. 45 CDB 16.

<sup>14</sup> Lorsqu'une banque apprend qu'un client fait l'objet d'une enquête pénale pour soupçon de blanchiment d'argent et d'actes similaires, cela représente une constatation insolite qui doit amener la banque à procéder à des clarifications supplémentaires et à répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, RSDA 5/2017, p. 695, r56). Dans de tels cas (lorsqu'il existe un soupçon que le cocontractant, l'ayant droit économique et/ou le signataire autorisé participe à des activités délictueuses et notamment à des actes de blanchiment d'argent), la banque doit faire preuve d'une diligence accrue dans la mise en œuvre de la procédure prévue à l'art. 46 CDB 16 (Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 481, r24).

<sup>15</sup> Cf. commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2e édition, ad art. 46, p. 36.

patrimoniales gérées.<sup>16</sup> La banque ne doit pas ouvrir ou maintenir une relation d'affaires si ou tant qu'elle a des doutes quant à l'ayant droit économique.<sup>17,18</sup>

Comme le souligne en principe à juste titre le commentaire de la CDB 16 rédigé par l'ASB, de tels doutes peuvent survenir aussi bien en cours de relation d'affaires qu'au début ou à l'établissement d'une relation d'affaires.<sup>19</sup> En présence de tels doutes, les banques sont tenues de procéder à des clarifications supplémentaires et/ou d'exiger une (nouvelle) déclaration sur l'ayant droit économique.<sup>20</sup> En ce qui concerne les éléments constitutifs de la CDB, il convient cependant de distinguer entre les doutes qui surviennent *au cours de la relation d'affaires* et ceux qui apparaissent dès *le début* respectivement lors de *l'établissement de la relation d'affaires*. Si des doutes sur l'ayant droit économique surviennent dès le début ou à l'établissement d'une relation d'affaires, ils ne relèvent pas de l'article 46 CDB 16, mais de l'article 27 et suivants CDB 16. La Commission de surveillance a ainsi confirmé sa pratique antérieure,<sup>21</sup> à savoir que la réglementation encore explicitement contenue dans l'art. 6 CDB 08 (qui présuppose des doutes apparaissant *au cours de la relation d'affaires*) reste valable sous l'auspice de la CDB 16 et la CDB 20, même si les art. 46 CDB 16 et 46 CDB 20 n'ont pas repris intégralement le libellé des anciennes versions de la CDB.<sup>22</sup>

Il s'ensuit qu'une banque qui, lors de l'établissement d'une relation d'affaires, a (ou devait avoir) des doutes quant à la déclaration du cocontractant concernant l'ayant droit économique et qui renonce néanmoins à des clarifications supplémentaires et/ou à une (nouvelle) déclaration concernant l'ayant droit économique, est sanctionnée pour violation des art. 27 ss. CDB 16 (et non pour une violation de l'art. 46 CDB 16). En revanche, si une banque a (ou devait avoir) des doutes sur l'ayant droit économique (seulement) au cours de la relation d'affaires et qu'elle continue à ne pas agir, elle viole l'art. 46 CDB 16.

<sup>16</sup> Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et pratique de la Commission de surveillance en matière d'obligation de diligence des banques pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 486, r42.

<sup>17</sup> Les doutes qui ne peuvent être levés au moment de l'établissement de la relation d'affaires conduisent la banque à refuser d'établir la relation d'affaires (Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et pratique de la Commission de surveillance en matière d'obligation de diligence des banques pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 486, r41). Si des doutes sur l'ayant droit économique apparaissent (seulement) au cours de la relation d'affaires et qu'ils ne peuvent être levés, la banque est alors tenue, en vertu de l'art. 46 al. 2 CDB 16 (anciennement : art. 6 al. 3 CDB 08), de rompre la relation d'affaires (Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 486, r42). Cela ne vaut bien entendu que si les conditions de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 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) ne sont pas remplies (art. 46 al. 3 CDB 16 ; cf. également art. 46 al. 3 CDB 20 et art. 6 al. 4 CDB 08).

<sup>18</sup> Il en va de même, mutatis mutandis, pour l'identification du cocontractant et l'identification des titulaires du contrôle.

<sup>19</sup> Cf. commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), 2e édition, ad art. 46, p. 37.

<sup>20</sup> Selon la pratique de la Commission de surveillance, les banques sont néanmoins libres, sous réserve de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA, de renoncer à des clarifications supplémentaires et de refuser à la place l'ouverture de la relation entachée de doutes ou de rompre une relation douteuse (cf. Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 486 s., r42).

<sup>21</sup> Cf. Dominik Eichenberger, Tätigkeitsbericht und Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2017 bis 2021, RSDA 5/2022, p. 489, r54 ; Leading Cases de la Commission de surveillance concernant l'obligation de diligence des banques pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2019 au 30 juin 2019, let. D, ch. 2.4, disponible sur [www.swiss-banking.org](http://www.swiss-banking.org) → Thèmes → Régulation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent ; cf. également Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et pratique de la Commission de surveillance en matière d'obligation de diligence des banques pour les années 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 486, r42.

<sup>22</sup> Cf. également le libellé de l'art. 5 al. 1 LBA, analogue à l'art. 46 CDB 16 : "Lorsque, au cours de la relation d'affaires, des doutes surviennent [...]".

4.3. [521/101] La vente de toutes les actions d'une société opérationnelle s'accompagne généralement d'un changement du détenteur du contrôle. Si une banque a connaissance du fait que tous les actionnaires actuels d'une société anonyme opérationnelle vendent la totalité des actions de la société à un tiers, la banque est tenue de répéter la procédure d'identification des détenteurs du contrôle.

4.4. [531/13] L'invocation de l'exception prévue à l'art. 45 CDB 16/20 (selon laquelle la banque peut obtenir les documents et/ou données manquants même après l'ouverture ou l'utilisation du compte) exige, d'une part, que la banque soit consciente des données ou documents manquants et, d'autre part, que la banque agisse de son propre chef pour se procurer les données ou documents manquants le plus rapidement possible.

La Commission de surveillance a ainsi confirmé la pratique qu'elle avait déjà développée sous l'empire de la CDB 03, selon laquelle la banque ne satisfait pas aux exigences de la disposition d'exception si elle se contente de demander "par hasard" après coup les données ou documents manquants.<sup>23</sup> Le fait que la CDB ne contienne plus, depuis la CDB 08, la disposition encore explicitement mentionnée dans la CDB 03, selon laquelle "*la banque soit en mesure d'assurer par un système de contrôle adéquat, que les pièces manquantes lui parviendront dans un délai de 30 jours*",<sup>24</sup> n'y change rien. Cela découle sans autre du libellé allemand de l'art. 45 CDB 16/20, selon lequel la banque doit "*beschaffen*" les données et/ou documents manquants, ce qui implique une démarche active de la banque.

En outre, depuis l'entrée en vigueur de la CDB 20, une utilisation anticipée du compte n'est autorisée à titre exceptionnel, malgré une identification incomplète, que si le déroulement normal des affaires l'exige et si l'application de la disposition d'exception de l'article 45 CDB 20 apparaît appropriée sur la base d'une analyse basée sur les risques (art. 45 al. 3 CDB 20). Il découle des obligations de documentation et de mise en sûretés que la banque doit consigner le résultat de son appréciation quant à la nécessité et à la pertinence de l'application de l'art. 45 CDB 20.

## D. SANCTIONS

1. [531/23] Pour la fixation de la peine conventionnelle en cas de violation de la CDB, il faut entre autres tenir compte du degré de culpabilité.<sup>25</sup> Si une banque, pour des considérations de profit, ignore sciemment et volontairement pendant des années les règles de diligence afin de maintenir les dépenses à un niveau faible et donc efficace et peu coûteux dans l'intention de pouvoir offrir un service particulier à un bon client, il s'agit d'une faute particulièrement grave.

2. [531/23] Bien que la banque ait été rendue attentive par son organe de révision externe au fait que sa pratique antérieure n'était pas toujours conforme à la CDB, d'autres violations de même nature des règles de

<sup>23</sup> Voir à ce sujet Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010*, let. V, ch. 1.2.3, disponible sur [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Régulation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

<sup>24</sup> Cf. ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 03.

<sup>25</sup> Cf. art. 64 al. 1 CDB 20.

diligence ont continué à se produire. La commission de surveillance a considéré qu'il s'agissait là d'une faute grave.

Berne, octobre 2023

Dominik Eichenberger, avocat  
Secrétaire de la commission de surveillance VSB

*Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la CDB*

# COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

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

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

(1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2023)

### 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. En application de cette disposition<sup>1</sup>, la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet depuis l'adoption de la CDB en 1977 (CDB 77). Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.<sup>2</sup>

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, 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, publie régulièrement, depuis l'année 2017, 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> juillet au 31 décembre 2023.

### B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

[535/8] Si, après avoir examiné le rapport d'enquête du Chargé d'enquête et les pièces qui y sont jointes, la Commission de surveillance parvient à la conclusion que les faits déterminants ne sont pas suffisamment clarifiés, elle peut renvoyer le dossier au Chargé d'enquête et le charger de procéder aux clarifications nécessaires pour compléter l'état de fait à l'intention de la Commission de surveillance.<sup>4</sup>

---

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

<sup>2</sup> Le Rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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) 5/2022, p. 469 ss.

<sup>3</sup> C'est par la Circulaire ASB n° 8110 du 14 décembre 2023 (disponible sur le site internet [www.swissbanking.org](http://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“ couvrant la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2022.

<sup>4</sup> La Commission de surveillance est certes autorisée à recueillir elle-même des preuves (cf. art. 13 al. 2 du règlement de procédure du 14 mars 2019). Elle n'est toutefois pas une autorité d'enquête. La Commission de surveillance n'est pas équipée à cet effet et ne dispose pas non plus des ressources nécessaires pour établir elle-même les faits déterminants. Puisque dans le cas d'espèce des éléments essentiels de l'état de fait n'étaient pas clairs et qu'il ne s'agissait pas seulement de compléter des détails, la Commission de surveillance a incité le Chargé d'enquête de mener des investigations complémentaires.

## C. CASUISTIQUE

### 1. Obligation de documentation

[519/15] Si une banque ne procède à aucune vérification de l'ayant droit économique, cela signifie nécessairement que la banque ne documente pas non plus les vérifications. Une telle violation de l'obligation de documentation est toutefois consommée par la violation de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique (ou de l'obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique). Dans ce cas, la banque ne doit donc pas être sanctionnée en plus pour une violation de l'obligation de documentation.

### 2. Obligations de répétition

2.1. [519/15] Une banque a entretenu une relation d'affaires avec une société de domicile. Au cours de la relation d'affaires, la banque a sollicité un nouveau formulaire A, selon lequel Madame A.C. était l'unique ayant droit économique. Selon un formulaire „Controlling Person Statement" signé le même jour, Madame A.C. et sa fille majeure B.C. étaient les „Controlling Persons" de la cocontractante. Compte tenu de ces déclarations contradictoires, la banque aurait été tenue de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique afin de clarifier la divergence entre les deux formulaires signés le même jour. La banque est toutefois restée inactive et a donc manqué à son obligation de répétition.

2.2. [519/25] Lors de l'établissement de la relation d'affaires, une société de domicile avait déclaré au moyen du formulaire A que A.B. et C.D. étaient les ayants droit économiques. Environ cinq ans plus tard, la cocontractante a déclaré, au moyen d'un nouveau formulaire A, que seul A.B. était encore l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales de la relation d'affaires. Pour justifier cette nouvelle déclaration au sujet de l'ayant droit économique, la cocontractante a indiqué qu'il y avait eu une confusion lors de la signature du formulaire A initial. La banque a considéré (à juste titre) que cette justification n'était pas plausible, mais elle a renoncé à procéder à des vérifications supplémentaires. Ce faisant, la banque a violé son obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique.

2.3. [519/39] Pendant plusieurs années, plus de 100 opérations de passage d'un montant total de plus de CHF 50 millions ont été effectuées sur les comptes d'une banque selon le modèle suivant : Le compte de la société de domicile A recevait des fonds qui étaient immédiatement transférés sur un compte de la société de domicile B, puis depuis celui-ci sur un compte de la société de domicile C. Selon les formulaires A recueillis par la banque, les ayants droit économiques des sociétés de domicile A, B et C étaient des personnes physiques différentes.

En raison de ces transactions de passage, la banque aurait été tenue de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.<sup>5</sup> La Commission de surveillance a précisé que les transactions de passage effectuées suscitaient des doutes quant à l'identité de l'ayant droit économique non seulement pour les comptes de la société de domicile C, où les fonds transférés ont finalement abouti, mais aussi pour toutes les relations d'affaires impliquées dans les transactions de passage (c'est-à-dire également pour les sociétés de domicile A et B).

2.4. [519/40] Au cours d'une relation d'affaires, une banque a obtenu un nouveau formulaire A de manière routinière, c'est-à-dire sans qu'il y ait eu de doute quant à l'identité de l'ayant droit économique. Le nouveau formulaire A n'avait été signé ni par la cocontractante ni par une personne avec les pouvoirs de signature, mais plutôt par un tiers. Un tel formulaire est en principe défectueux.<sup>6</sup> Le formulaire A défectueux, mais inutilement renouvelé, correspondait toutefois au contenu du formulaire A déjà prélevé lors de l'établissement de la relation d'affaires. Le prélèvement du nouveau formulaire A, signé par une personne non habilitée à signer et donc défectueux, n'a donc pas constitué in casu une violation des règles de la CDB.<sup>7</sup>

### 3. Sanctions

[519/44] Une banque qui, dans le cadre d'une même relation d'affaires, a enfreint plusieurs fois l'obligation de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant, est moins sévèrement sanctionnée qu'une banque qui a enfreint l'obligation de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant dans le cadre de plusieurs relations d'affaires (et donc, en fin de compte, également plusieurs fois).<sup>8</sup> Cette pratique ne peut pas être transposée à une violation multiple de l'obligation de répéter l'identification de l'ayant droit économique. En effet, l'exécution ou la répétition de la procédure de vérification de l'identité du cocontractant aboutit toujours au même résultat (si elle est effectuée correctement). En revanche, l'exécution ou la répétition

<sup>5</sup> D'après la pratique de la Commission de surveillance, lorsqu'un compte est utilisé comme compte de passage, il s'agit d'une constatation insolite qui nécessite de procéder selon l'art. 6 CDB 08, respectivement l'art. 46 CDB 16/20 (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de la CDB 2011-2016, RSDA 5/2017, ch. VII, p. 694, r50).

<sup>6</sup> Cf. également le Commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), ad art. 28, p. 44.

<sup>7</sup> Selon la pratique de la Commission de surveillance, dans les cas où l'obtention d'un formulaire A n'aurait pas été nécessaire, l'obtention d'un formulaire A défectueux ne constitue pas non plus une violation de la CDB. En effet, la banque serait dans ce cas moins bien lotie que si elle était restée totalement inactive. Cela vaut en tout cas lorsque - comme en l'espèce - le nouveau formulaire A versé au dossier ne contient aucune modification par rapport aux déclarations sur l'ayant droit économique obtenues précédemment (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de la CDB 2011-2016, RSDA 5/2017, ch. IV, p. 689, r25 avec référence à Georg Friedli, Rapport d'activité de la Commission de la CDB 2001-2005, let. C, ch. 2.11, disponible sur [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation & Compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

<sup>8</sup> En effet, la violation multiple de l'obligation de répétition commise par la banque dans le cadre de la relation d'affaires avec le même client pèse manifestement moins lourd que si la banque avait violé une fois l'obligation de répétition dans le cadre de plusieurs relations d'affaires différentes et avait ainsi entretenu plusieurs relations d'affaires (et non pas une seule) avec un client dont l'identification était lacunaire (cf. Eichenberger, Rapport d'activité de la Commission de la CDB 2017-2021, RSDA 5/2017, RSDA 5/2022, p. 492, r68 ou Leading Cases de la Commission de surveillance 1er semestre 2021 (1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2021), let. C, ch. 2.3, disponible sur [www.swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation & Compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

de la procédure d'identification de l'ayant droit économique ne doit pas nécessairement aboutir au même résultat. Il est au contraire tout à fait concevable que plusieurs personnes ou des personnes différentes soient, à des moments différents, les ayants droit économiques des valeurs patrimoniales du cocontractant.

Berne, Avril 2024

Dominik Eichenberger, Avocat  
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

*Traduit de l'allemand par Me Arun Chandrasekharan, Secrétaire-Adjoint de la Commission de surveillance de la  
CDB*

X1807971