

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.¹ Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

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.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} 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 sommaire⁴ 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

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

² 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 → 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.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8089 du 8 décembre 2022 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2022.

⁴ 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,⁵ 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.⁶ 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).⁷

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.⁸ 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.⁹ En l'espèce, comme il n'était plus possible de contrôler a posteriori que la banque

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

⁶ Art. 15 al. 3 CDB 16.

⁷ 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 → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

⁸ 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 → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁹ 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,¹⁰ 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,¹¹ alors la banque doit documenter de manière compréhensible qu'elle a effectivement mis fin à la relation d'affaires et à quel moment.

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

¹¹ 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-19.¹² 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.¹³

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.¹⁴

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.¹⁵ 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 → 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).

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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.¹⁶ 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.^{17,18}

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.¹⁹ 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.²⁰ 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,²¹ 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.²²

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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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).

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

¹⁹ 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.

²⁰ 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).

²¹ 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^{er} janvier 2019 au 30 juin 2019, let. D, ch. 2.4, disponible sur 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.

²² 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.²³ 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*",²⁴ 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.²⁵ 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

²³ 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 → Thèmes → Régulation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

²⁴ Cf. ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 03.

²⁵ 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