

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

(1^{er} 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 disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016².

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 écoulé³. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents, couvrant la période du 1^{er} 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

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

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 7933 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 5 juillet 2017 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org. → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss. Le rapport d'activité 2017-2021 a été publié dans l'édition 5/2022 de la RSDA.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8075 du 25 avril 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 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 cocontractant⁴.

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^{er} 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.

⁴ 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 jurisprudence⁵ 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 tard⁶. 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 diligence⁷. 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

⁵ 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 → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

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

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