

# **APERCU DE LA JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE (CONVENTION RELATIVE A L'OBLIGATION DE DILIGENCE DES BANQUES) POUR LA PERIODE 2005-2010**

## **Table des matières**

I.	INTRODUCTION.....	3
1.	La convention relative à l'obligation de diligence des banques .....	3
2.	Les principales nouveautés de la CDB 2008.....	5
2.1	Aperçu.....	5
2.2	Nouveaux règlements.....	5
2.3	Chiffre 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 : identification de la personne qui établit la relation d'affaires et prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant.....	5
2.4	Vérification de l'identité dans le cas de sociétés simples, de sociétés en constitution et de Trustees .....	6
2.5	La notion de société de domicile .....	6
2.6	Les nouveaux modèles de formulaires (Formulaire A, Formulaire R, Formulaire T).....	6
2.7	La nouvelle réglementation concernant les cas de "peu de gravité".....	7
2.8	Exigence d'une violation intentionnelle dans les cas visés par l'art. 6 CDB 2008.....	8
II.	APERCU .....	8
1.	Activité pendant la période couverte par le rapport; affaires pendantes .....	8
2.	Points forts.....	9
3.	Montant des amendes conventionnelles .....	9
III.	QUESTIONS D'INTERPRETATION .....	10
1.	Relations d'affaires avec des sociétés simples.....	10
2.	Comptes séquestres .....	10
IV.	QUESTIONS PROCEDURALES .....	11
1.	Le principe de proportionnalité de la procédure .....	11
2.	Ouverture d'une enquête sur la foi d'informations diffusées dans les médias .....	12
2.1	Questions procédurales .....	12
2.2	Questions de droit matériel.....	13
3.	Ouverture d'enquêtes suite à des dénonciations de particuliers .....	13
4.	Principe d'opportunité.....	14
5.	Délimitation de compétence entre la Commission de surveillance et la CFB, respectivement la FINMA .....	15
6.	Droit transitoire .....	16
V.	CAS TRAITES.....	16
1.	Vérification de l'identité du cocontractant.....	16
1.1	Aperçu.....	16

1.2	Casuistique.....	17
2.	Identification de l'ayant droit économique .....	25
2.1	Aperçu.....	25
2.2	Considérations générales .....	25
2.3	Casuistique.....	27
3.	Procédure relative aux sociétés de domicile .....	30
3.1	Aperçu.....	30
3.2	Casuistique.....	31
4.	Secret professionnel .....	38
4.1	Aperçu.....	38
4.2	Casuistique.....	38
5.	Procédure en cas de survenance de doutes relatifs à la vérification de l'identité du cocontractant ou de l'identification de l'ayant droit économique .....	39
6.	Soustraction fiscale et actes analogues.....	41
6.1	Aperçu.....	41
6.2	Casuistique.....	41
7.	Élément subjectif (la notion de l'intention) .....	45
7.1	Aperçu.....	45
7.2	Casuistique.....	45
VI.	SANCTIONS .....	46
1.	Peine conventionnelle.....	46
1.1	Aperçu.....	46
1.2	Casuistique.....	47
2.	Le blâme ou la suspension de la procédure .....	48
2.1	Documents d'identification périmés.....	49
2.2	Formulaire A incomplet .....	49
2.3	Qualification de société de domicile.....	50
2.4	Montant des valeurs .....	50
2.5	Accumulation des cas de peu de gravité .....	50
3.	Mélange de cas de peu de gravité avec d'autres cas .....	51
VII.	RESPONSABILITE POUR LES PREDECESSEURS EN DROIT .....	51
VIII.	PERSPECTIVES .....	52

## I. INTRODUCTION

### 1. La convention relative à l'obligation de diligence des banques

La convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 2008) (la « CDB 2008 » ou la « Convention ») est un accord multilatéral entre l'Association suisse des banquiers (l'"ASB") d'une part et les banques signataires ("les Banques") d'autre part, daté du 7 avril 2008, dans le cadre duquel les banques établies en Suisse<sup>1</sup> se sont obligées à l'égard de l'Association suisse des banquiers à vérifier l'identité de leurs cocontractants, et, en cas de doute, à prélever une déclaration afin d'identifier l'ayant droit économique des valeurs déposées, ainsi qu'à ne prêter aucune assistance active à la fuite de capitaux ou à la soustraction fiscale.<sup>2</sup>

La CDB s'applique de manière uniforme à toutes les banques, qui y ont adhéré qu'il s'agisse d'une grande banque, d'une banque de « retail », d'une banque privée ou d'une banque spécialisée<sup>3</sup>. La diversité des structures bancaires n'a fondamentalement pas d'incidence sur la Convention.<sup>4</sup>

La première version de la CDB remonte au 1<sup>er</sup> juillet 1977. Depuis lors, elle a été révisée à six reprises. La CDB 2008 actuellement applicable, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008 – soit au cours de la période qui fait l'objet du présent rapport.<sup>5</sup> La Commission juridique de l'Association suisse des banquiers a, pour la première fois, rédigé un rapport explicatif après l'entrée en vigueur de la CDB 2003. A l'occasion de l'entrée en vigueur de la CDB 2008, elle a également décidé de rédiger un tel rapport sous la forme cette fois d'un commentaire détaillé de dispositions choisies de la CDB 2008.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Dans une décision récente [392/3], la Commission de surveillance a précisé que la Convention de diligence ne s'applique pas seulement aux banques qui y ont adhéré mais également aux négociants en valeurs mobilières quand bien même la CDB ne se réfère qu'aux banques (cf. ch. 1 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 1 CDB 2008). La notion de "banque" au sens de la CDB comprend ainsi également les négociants en valeurs mobilières qui y ont adhéré.

<sup>2</sup> 360 banques ont adhéré à la Convention. A fin 2010, les banques signataires de la CDB étaient au nombre de 360.

<sup>3</sup> Par exemple, une banque agissant principalement à titre de courtier dont les clients (généralement des investisseurs institutionnels) tiennent leurs dépôts dans d'autres banques.

<sup>4</sup> Pour la détermination de l'amende conventionnelle, on tiendra en revanche aussi compte de la taille, respectivement de la situation patrimoniale de la banque en fonction de ses affaires et de la structure de sa clientèle (ch. VI/1.1 *infra*).

<sup>5</sup> Cf. art. 14 al. 1 CDB 2008 ainsi que la dérogation qui résulte de l'art. 15 al. 4 CDB 2008 concernant les nouvelles dispositions du ch. 14 (identification de la personne qui établit la relation d'affaire et prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant) et du ch. 15 al. 2 (vérification de l'identité dans le cas de sociétés en constitution) des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 qui ne sont entrées en vigueur que le 1<sup>er</sup> juillet 2009.

<sup>6</sup> Association suisse des banquiers, Commentaire de la convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 2008), Bâle 2008/2009 (le « Commentaire CDB 2008 »).

Conformément au ch. 4 des dispositions d'exécution de l'art.1 CDB 2008, ce commentaire doit être pris en considération dans le cadre de l'interprétation de la Convention.

Les violations des obligations de diligence sont sanctionnées selon une procédure réglée par la CDB. Une Commission de surveillance, composée de six personnalités nommées par l'ASB pour cinq ans, veille au respect de la CDB. La CDB 2008 prévoit désormais que la majorité et non plus la totalité des membres de la Commission de surveillance doivent être indépendants.<sup>7</sup> Le but est de permettre l'élection à la Commission de surveillance de personnalités du monde bancaire.<sup>8</sup> La Commission de surveillance peut infliger des peines conventionnelles ou des blâmes lorsqu'elle constate des violations de la CDB.<sup>9</sup> La Commission de surveillance statue sur requête des chargés d'enquête lesquels sont également nommés par l'ASB.<sup>10</sup>

A teneur du ch. 58 des dispositions d'exécution de l'art. 12 CDB 2008, la Commission de surveillance donne aux banques un aperçu de sa jurisprudence – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – sous forme d'un rapport d'activité périodique. La dernière publication d'un tel rapport remonte à 2005.<sup>11</sup> Le rapport d'activité 2001-2005, partiellement publié dans la Revue suisse du droit des affaires (RSDA)<sup>12</sup> peut être consulté dans son intégralité sur la *home page* de l'ASB. Il couvre la période du 1<sup>er</sup> juillet 2001 jusqu'au 30 avril 2005.

Depuis lors, la Commission de surveillance, outre le rapport d'activité traditionnel, a décidé de donner périodiquement des informations sur le portail de l'ASB au sujet de ses principales décisions sans attendre le prochain rapport d'activité. La première publication des "*leading cases*" par la Commission de surveillance date du 18 janvier 2007. Une deuxième série de "*leading cases*" d'octobre 2008 a été publiée par voie de circulaire du 5 novembre 2008. En août 2009 a également été publiée dans la rubrique « *leading cases* », une ordonnance du Président de la Commission de surveillance concernant l'ouverture d'une procédure d'enquête sur la foi d'informations diffusées dans les médias.<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> Art. 12 al. 1 CDB 2008.

<sup>8</sup> Il va de soi que les causes habituelles de récusation s'appliquent également (et en particulier) aux membres de la Commission de surveillance qui ne sont pas indépendants au sens de l'art. 2 al. 1 CDB 2008.

<sup>9</sup> Art. 11 CDB 2008.

<sup>10</sup> Actuellement, les chargés d'enquête sont au nombre de quatre (deux pour la Suisse allemande, un pour la Suisse romande et un pour la Suisse italienne).

<sup>11</sup> Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005*, RSDA, 5/2005, p. 244 ss et, pour la version en langue française, cf annexe à la circulaire ASB No 7427 du 21.10.2005.

<sup>12</sup> Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005*, RSDA, 5/2005, p. 244 ss.

<sup>13</sup> Cf. ch. IV/2 *infra*.

Le présent rapport d'activité couvre la période postérieure au rapport d'activité 2001-2005, du 1<sup>er</sup> mai 2005 jusqu'au 31 décembre 2010 et inclut les "*leading cases*" publiés pendant cette période.

## **2. Les principales nouveautés de la CDB 2008**

### **2.1 Aperçu**

La CDB 2008 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008. Elle comporte de nombreuses modifications (certaines importantes d'autres moins). La mise en œuvre des recommandations du Groupe d'Action Financière (GAFI) ainsi que la version révisée de la loi sur le blanchiment d'argent<sup>14</sup> ont eu pour conséquence le durcissement d'un certain nombre de dispositions. Simultanément, la révision a apporté quelques allègements dans la mesure où certaines règles, trop strictes, se sont avérées inapplicables en pratique ou trop sévères en comparaison avec les standards internationaux.

Sur le plan formel, des améliorations ont été apportées afin de faciliter la lecture du texte, en remplaçant les tirets par des lettres et en uniformisant la terminologie, respectivement en l'adaptant à celle utilisée dans la loi sur le blanchiment d'argent.

### **2.2 Nouveaux règlements**

La révision de la CDB a également entraîné la révision des règlements édictés en application de l'art. 12 al. 10 CDB 2008. Le 1<sup>er</sup> octobre 2008, est entré en vigueur le nouveau règlement d'enquête du 18 septembre 2008 (le «Règlement d'enquête 2008»). Il définit la procédure d'enquête, le rôle du chargé d'enquête et celui de la banque qui fait l'objet d'une enquête. Le 27 août 2008, la Commission de surveillance a édicté un nouveau règlement de procédure qui règle la procédure devant la Commission de surveillance ainsi qu'un nouveau règlement des médias qui contient des directives sur la politique d'informations de la Commission de surveillance et des chargés d'enquête à l'égard des médias et des particuliers.

### **2.3 Chiffre 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 : identification de la personne qui établit la relation d'affaires et prise de connaissance des dispositions régissant le pouvoir d'engager le cocontractant**

Le chiffre 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 a créé l'obligation d'identifier les personnes physiques qui établissent une relation d'affaire pour le compte d'une personne morale ou une société de personnes et, lorsque le cocontractant est une personne morale, de prendre connaissance des pouvoirs d'engager le cocontractant.

---

<sup>14</sup> Loi fédérale du 10 octobre 1997 sur la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0).

Cette exigence de la CDB 2008 va au-delà<sup>15</sup> de la jurisprudence de la Commission de surveillance<sup>16</sup> sous l'empire des précédentes versions de la CDB.

#### 2.4 Vérification de l'identité dans le cas de sociétés simples, de sociétés en constitution et de Trustees

Dans le but de clarifier et de simplifier les relations avec des sociétés simples et des sociétés en constitution ainsi que des trusts, le ch. 15 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 contient des dispositions spéciales applicables à de telles relations d'affaires concernant l'identification du cocontractant.<sup>17</sup>

#### 2.5 La notion de société de domicile

La jurisprudence de la Commission de surveillance, pour des raisons de sécurité juridique, s'appuyait sur une définition strictement formelle de la société de domicile, en interprétant à la lettre la Convention de diligence. Elle a souvent été jugée trop restrictive.

Aussi, la CDB 2008 ne décrit-elle plus la société de domicile qu'à l'aide d'"indices" et laisse-t-elle le soin aux banques de décider dans chaque cas s'il s'agit d'une société de domicile ou non (cf. ch. 38 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008). Un important cas d'application du ch. 38 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008, selon lequel, en dépit des indices pertinents, un cocontractant n'a pas lieu d'être qualifié de société de domicile, est celui visé au ch. 39 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008 : les sociétés holding et les sociétés immobilières peuvent être qualifiées de sociétés opérationnelles quand bien même elles ne disposent pas de personnel et de locaux propres.<sup>18</sup>

#### 2.6 Les nouveaux modèles de formulaires (Formulaire A, Formulaire R, Formulaire T)

La CDB 2008 a amené plusieurs modifications des formulaires de la Convention de diligence servant à identifier l'ayant droit économique.

<sup>15</sup> Déjà sous l'empire des conventions de diligence antérieures, la Commission de surveillance exigeait que les banques vérifient les pouvoirs de représentation des personnes physiques agissant pour le compte de personnes morales ou de sociétés de personnes (Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995-1997, RSDA 1998, p. 102 ; ci-après : Friedli, RSDA 1998). Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, il n'était cependant pas nécessaire de vérifier leur identité.

<sup>16</sup> En ce qui concerne la question du rapport entre la jurisprudence de la Commission de surveillance et la nouvelle réglementation instituée pour le ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008, cf. ch. 1. 2. 17 *infra*.

<sup>17</sup> Cf. également la réglementation concernant les associations, trusts et autres patrimoines organisés à l'art. 53 de l'Ordonnance du 8 décembre 2010 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme (Ordonnance sur le blanchiment d'argent-FINMA, OBA-FINMA; RS 955.033.0).

<sup>18</sup> Cf. également la nouvelle définition de société de domicile à l'art. 2 al. 1 lit. b OBA-FINMA.

C'est ainsi qu'en particulier le modèle de formulaire A a été adapté. Le formulaire A a été simplifié pour le rendre d'un usage plus facile, pour éviter des malentendus et réduire les sources d'erreur.

Le formulaire R (pour les avocats et notaires) a également été adapté aux besoins de la pratique.<sup>19</sup>

Outre l'adaptation des formulaires A et R déjà en usage, la CDB 2008 a introduit un nouveau formulaire T. Ce nouveau formulaire T vise à faciliter la mise en œuvre des obligations de diligence en relation avec les trusts et les institutions semblables.

## 2.7 La nouvelle réglementation concernant les cas de "peu de gravité"<sup>20</sup>

Depuis 1987, l'art. 11 al. 2 CDB prévoit la possibilité de prononcer un blâme pour des cas de "peu de gravité."<sup>21</sup> A l'origine, la notion de cas de "peu de gravité" était ainsi applicable à *la mesure de la peine*.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2006, depuis l'entrée en vigueur du règlement d'enquête du 23 décembre 2005 (le « Règlement d'enquête 2005 »), le *principe d'opportunité* a été introduit pour les procédures instruites selon les art. 11 et 12 CDB et le chargé d'enquête a dès lors la faculté de suspendre l'enquête sans sanction pour les cas de peu de gravité.

Depuis la révision de la CDB entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008, le principe d'opportunité, qui n'était jusque-là mentionné que dans le Règlement d'enquête 2005, est désormais ancré dans la CDB et repose ainsi sur un fondement juridique adéquat. Une violation de peu de gravité de la Convention de diligence conserve (aussi) la fonction de règle de mesure de la peine selon la CDB 2008. Conformément à l'art. 11 al. 2 CDB 2008, il est possible, pour les cas de peu de gravité, soit de suspendre la procédure ou, alternativement, de prononcer un blâme (soit une peine moins sévère qu'une amende conventionnelle). La CDB 2008 applique ainsi la notion de cas peu de gravité aussi bien à la mesure de la peine<sup>22</sup> que dans le cadre du principe d'opportunité.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> En ce qui concerne les conséquences de la CDB 2008 (et en particulier de l'art. 5 CDB 2008) pour les avocats et notaires : cf. *Dominik Eichenberger*, VSB 2008 und Rechtsanwälte/Notare, in : Jusletter 29 juin 2009 (ci-après : *Eichenberger, Jusletter*).

<sup>20</sup> Pour un exposé détaillé de la réglementation de la CDB 2008 relative aux cas de peu de gravité, cf. *Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken* (RS) dans la Revue suisse des droits des affaires, RSDA, 6/2008, p. 563 ss. (ci-après : *Friedli/Eichenberger, RSDA 2008*).

<sup>21</sup> Allemand : " *In Bagatellfällen*"; italien : " *nei casi di lieve entità*"; anglais : " *in minor cases*".

<sup>22</sup> Pour plus de détails sur la mesure de la peine, cf. ch. VI/2 *infra*.

<sup>23</sup> Pour plus de détails sur le principe d'opportunité, cf. ch. IV/4 *infra*.

La notion de cas de peu de gravité a également reçu une nouvelle définition à l'art. 11 al. 2 CDB 2008. La description du cas de peu de gravité dans la CDB est complétée par référence à la définition de la jurisprudence de la Commission de surveillance telle qu'elle a été publiée dans la circulaire ASB n° 7502 du 11 janvier 2007. Constituent ainsi des cas de peu de gravité des violations qui ne portent pas atteintes à l'"essence" des règles de diligence, respectivement qui ne portent pas atteintes au "but des règles de diligence". Dans tous les cas, ce qui est déterminant c'est l'appréciation générale des violations constatées dans la procédure.

## 2.8 Exigence d'une violation intentionnelle dans les cas visés par l'art. 6 CDB 2008

Les révisions périodiques de la CDB ont progressivement atténué les exigences relativement à l'élément constitutif subjectif. Certes, la violation de la Convention de diligence ne requiert généralement pas la réalisation d'un élément constitutif subjectif. Toutefois, une exception à cette règle figurait déjà aux art. 7 et 8 CDB sous l'empire de la CDB 1998. Conformément à l'art. 11 al. 3 CDB 1998, la violation des art. 7 et 8 CDB n'était sanctionnée que si elle avait été commise "intentionnellement". Ultérieurement l'art. 11 al. 3 CDB 2003 a précisé que la violation de l'art. 6 al. 1 et 2 CDB ne pouvait être sanctionnée par une amende conventionnelle ou un blâme que si la violation avait été commise avec "négligence grave". Le nouvel art. 11 al. 3 CDB 2008 limite encore davantage la punissabilité d'une violation de l'art. 6 CDB en stipulant désormais que les violations aux art. 6-8 CDB ne sont punissables que si elles ont été commises intentionnellement. L'art. 11 al. 3 CDB 2008 est également applicable aux violations de la CDB 2003 en tant que *lex mitior* (Cf. art. 15 al. 2 CDB 2008). Des violations de l'art. 6 CDB 2003 ne peuvent dès lors être poursuivies, depuis l'entrée en vigueur de la CDB 2008, que si elles ont été commises intentionnellement.<sup>24</sup>

## II. APERCU

### 1. Activité pendant la période couverte par le rapport; affaires pendantes

Durant la période sous revue, la Commission de surveillance a tranché 118 affaires au total.<sup>25</sup> Dans 113 de ces 118 cas, elle a prononcé une condamnation. Dans 5 cas seulement, elle a décidé de classer la procédure.<sup>26</sup> En outre, dans 31 cas, le chargé d'enquête a décidé de suspendre la procédure ou de ne pas entrer en matière.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Sur la notion d'intention, cf. ch. V/7 *infra*.

<sup>25</sup> Contre 82 décisions lors de la période précédente, laquelle a été toutefois d'une durée inférieure d'environ une année.

<sup>26</sup> Comparé à la période précédente où 11 procédures sur 82 avaient donné lieu à une décision de classement.

<sup>27</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, les chargés d'enquête sont compétents pour décider de la suspension de la procédure s'ils estiment qu'aucune violation ou une violation de peu de gravité (cas bénin) à la convention a été commise (cf. à ce sujet *Friedli/Eichenberger*, RSDA 2008, p. 565 ss.)

Il a été recouru à deux reprises à la procédure d'arbitrage prévue à l'art. 13 CDB 2003, respectivement 13 CDB 2008. Dans un cas, le Tribunal arbitral a admis la plainte de l'ASB et a confirmé en tous points la décision de la Commission de surveillance<sup>28</sup>, ceci après que la banque – défenderesse dans la procédure d'arbitrage – eut renoncé à répondre. Dans l'autre cas, l'ASB et la banque concernée ont signé une transaction par laquelle la banque déclarait finalement accepter la décision de la Commission de surveillance et prendre à sa charge les frais de la procédure arbitrale.

Au 31 décembre 2010, 16 cas étaient pendants dont 6 devant la Commission de surveillance et les 10 autres devant les chargés d'enquête.

## 2. Points forts

La majeure partie des condamnations prononcées durant la période sous revue concernait la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique. Dans ce contexte, la procédure relative aux sociétés de domicile a été un thème important<sup>29</sup>. Dans 62 cas – souvent en concours avec d'autres manquements – les règles instituées par la Convention de diligence pour nouer des relations d'affaires avec de telles sociétés n'ont pas été respectées.

Contrairement aux périodes d'activité antérieures, les cas de violation des dispositions relatives à l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues ont connu un accroissement. Alors que dans la précédente période d'activité, seuls 3 cas ont été sanctionnés pour violation de l'art. 8 CDB, 9 cas l'ont été au cours de la présente période.

Comme lors de la précédente période d'activité, aucune sanction n'a été prononcée en relation avec l'interdiction de l'assistance active à la fuite de capitaux.<sup>30</sup> A une occasion, la Commission de surveillance a toutefois examiné une possible violation de l'art. 7 CDB 2003 pour conclure qu'une telle violation n'a pas été commise.

## 3. Montant des amendes conventionnelles

En cas de violation grave, les banques peuvent être astreintes à payer des amendes conventionnelles jusqu'à CHF 10'000'000,- au plus.<sup>31</sup> A titre comparatif, la peine maximale conformément à la LBA, respectivement la LFINMA<sup>32</sup>, prévoit une peine d'emprisonnement

<sup>28</sup> Cf. à ce sujet ch. 2.2.2 *infra*.

<sup>29</sup> Cf. art. 4 CDB 2003 ainsi que 4 CDB 2008.

<sup>30</sup> Cf. art. 7 CDB 2003 ainsi que 7 CDB 2008.

<sup>31</sup> Art. 11 al. 1 CDB 2008.

<sup>32</sup> Cf. art. 44 ss de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1).

maximum de trois ans ou une peine pécuniaire, respectivement une amende, jusqu'à CHF 500'000.00.

Au cours de la période d'activité sous revue, la Commission de surveillance n'a pas eu à recourir à la partie supérieure du cadre fixé pour les amendes, pas plus qu'elle n'avait dû le faire au cours des périodes précédentes.<sup>33</sup> On enregistre néanmoins une augmentation du montant des amendes. Alors qu'au cours de la période d'activité précédente, des amendes supérieures à CHF 10'000.00 avaient été prononcées dans 58 cas, de telles amendes ont été prononcées dans 73 cas durant la période visée par le présent rapport. Dans 18 cas, la Commission de surveillance a prononcé des peines conventionnelles égales ou supérieures à CHF 100'000.00. L'amende la plus élevée infligée au cours de la période visée s'est élevée à CHF 900'000.00. Le Comité international de la Croix-Rouge s'est vu attribuer l'ensemble du produit des amendes conventionnelles prononcées sous imputation des coûts non couverts.<sup>34</sup>

### III. QUESTIONS D'INTERPRETATION

A plusieurs reprises, la Commission de surveillance a traité de questions ayant trait à l'interprétation de la CDB 2008 indépendamment d'une procédure CDB. Les questions d'interprétation les plus importantes sont brièvement résumées ci-après :

#### 1. Relations d'affaires avec des sociétés simples

La Commission de surveillance et l'ASB ont examiné diverses questions concernant l'ouverture de comptes en faveur de sociétés simples en relation avec les modifications du commentaire CDB 2008 publiées par voie de circulaire ASB N° 7634 du 19 novembre 2009. Dès lors qu'en pratique, il existe des formes très variées de sociétés simples (cagnottes de jeux de jass, études d'avocats, consortium de construction, etc.), la Commission de surveillance décidera de cas en cas de l'application, respectivement de l'interprétation, du ch. 15 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008.

#### 2. Comptes séquestres

La Commission de surveillance et l'ASB estiment toutes deux qu'il n'y a pas lieu de modifier le commentaire CDB 2008 concernant les comptes séquestres (*Escrow-account*). L'avocat, respectivement le notaire, sont principalement responsables de l'usage conforme du formulaire R. La banque n'a pas d'obligation de clarification complémentaire.

---

<sup>33</sup> Sur la mesure de la peine, cf. ch. VI *infra*.

<sup>34</sup> Cf. art. 11 al. 1, dernière phrase, CDB 2008.

Demeurent uniquement réservés les cas où il existe des indices clairs que le formulaire R est utilisé à tort.<sup>35</sup> Dans un tel cas, la banque a l'obligation de demander des clarifications complémentaires et, le cas échéant, elle doit requérir la production d'un formulaire A au lieu du formulaire R. Cette solution s'impose indépendamment de la question de savoir si des doutes existent dès l'ouverture du compte ou si des doutes surviennent au cours de la relation d'affaires, au sens de l'art. 6 CDB 2008.

#### IV. QUESTIONS PROCEDURALES

##### 1. Le principe de proportionnalité de la procédure

[371/10] Une banque a saisi le Président de la Commission de surveillance d'une requête fondée sur l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête à l'effet de faire constater, à titre préalable, que les actes d'enquêtes envisagés par le chargé d'enquête ainsi que l'ensemble de l'enquête étaient disproportionnés. La banque sollicitait la suspension de la procédure sans frais pour elle.

Selon l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête, une banque peut refuser de coopérer aux mesures d'investigations et faire part de ses objections au chargé d'enquête lorsqu'elle considère qu'une mesure d'investigation porte atteinte au principe de proportionnalité. En l'absence d'accord entre la banque et le chargé d'enquête, il incombe au Président de la Commission de surveillance de valider ou non les mesures d'investigation contestées. Le but de cette réglementation est de garantir que les investigations menées par le chargé d'enquête ne portent pas préjudice aux droits de la banque au-delà de ce qui est justifié par la gravité des violations présumées à la Convention de diligence (cf. art. 3 al. 1 du règlement d'enquête).

Le Président n'est pas entré en matière sur la requête de la banque tendant à la suspension de l'enquête en tant qu'elle violerait le principe de proportionnalité dès lors qu'elle était tardive. La banque n'avait en effet pas contesté initialement la proportionnalité des actes d'enquête en question mais, au contraire, y avait donné suite. Le recours ultérieur au Président de la Commission de surveillance était ainsi tardif. Cette règle répond aux besoins de clarté et d'économie de procédure.

La Commission de surveillance a par la suite confirmé cette décision en observant que le moyen tiré du principe de proportionnalité, soulevé postérieurement, heurte le principe de bonne foi. Il s'en suit que le moyen soulevé tardivement est périmé. La requête tardive est irrecevable. La sanction de la péremption est en accord avec la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, qui sanctionne également de péremption la requête en récusation si elle n'est pas soulevée aussitôt que les faits la justifiant ont été découverts.

---

<sup>35</sup> A titre d'exemple, cf. ch. V/4 *infra*.

## 2. Ouverture d'une enquête sur la foi d'informations diffusées dans les médias

La Commission de surveillance respectivement le Président ont eu à traiter deux cas ayant trait à des procédures qui ont été ouvertes suite à des informations diffusées dans les médias. Des questions de procédure et de droit matériel ont pu être clarifiées à cette occasion.<sup>36</sup>

### 2.1 Questions procédurales

Littéralement, l'art. 3 al. 3 du règlement d'enquête<sup>37</sup> fait référence à une mesure d'enquête spécifique ordonnée dans le cadre d'une procédure déjà ouverte et non à l'ouverture de la procédure d'enquête elle-même. L'ouverture de la procédure d'enquête est réglée à l'art. 4 du règlement d'enquête soit après le chapitre consacré à la proportionnalité et à la possibilité de contester des mesures d'investigations disproportionnées.

Le Président de la Commission de surveillance, en accord avec la Commission de surveillance, a statué que la norme de l'art. 3 al. 3 du règlement d'enquête s'appliquait également à la mise en œuvre de l'art. 4 du règlement d'enquête. Les banques ont en effet un intérêt légitime à se prémunir contre l'ouverture d'une procédure d'enquête injustifiée, fondée sur des comptes rendus des médias en faisant valoir le même moyen que celui qu'elles peuvent faire valoir à l'encontre d'une mesure d'investigation spécifique qui violerait le principe de proportionnalité.

La Commission de surveillance et son Président sont même allés plus loin en constatant qu'il ne pouvait pas (plus) être statué sur l'admissibilité de l'ouverture d'une enquête lorsque la banque qui conteste l'ouverture de l'enquête n'agit pas immédiatement. Le moyen tiré de l'absence de réalisation des conditions stipulées à l'art. 4 du règlement d'enquête peut et doit par conséquent être soulevé conformément à la procédure prévue à l'art. 3 al. 3 du règlement d'enquête. Il suit de là qu'il n'est plus possible d'entrer en matière sur une requête tardive en contestation de l'ouverture d'une enquête<sup>3839</sup>

---

<sup>36</sup> Cf. à ce sujet la décision du Président de la Commission de surveillance du 14 août 2009 publiée dans les "*leading cases*" d'août 2009.

<sup>37</sup> Cf. à ce sujet également le ch. IV/1 *supra*.

<sup>38</sup> Laquelle, par exemple n'a été soulevée qu'à l'occasion de la procédure devant la Commission de surveillance.

<sup>39</sup> Cf. également à ce sujet ch. IV/1 *supra*.

## 2.2 Questions de droit matériel

L'art. 4 al. 1 du Règlement d'enquête limite la possibilité d'ouvrir une enquête sur la foi d'informations diffusées dans les médias. Cette réglementation s'accorde avec le principe de la CDB, selon lequel il n'y a pas lieu d'ouvrir une enquête pour des peccadilles, tel qu'il est également exprimé dans la nouvelle réglementation des cas de peu de gravité<sup>40</sup>.

La Commission de surveillance ainsi que son Président ont cependant clairement indiqué que l'art. 4 al. 1 du règlement d'enquête n'exclut pas que des informations diffusées dans les médias constituent un fondement suffisant à l'ouverture d'une enquête dans la mesure où ces informations sont suffisamment claires. Il ne se justifie pas de poser des exigences excessives concernant le degré de précision des informations des médias. On ne saurait en effet exiger d'un compte rendu de presse susceptible de provoquer l'ouverture d'une enquête qu'il rende compte de manière minutieuse de chaque fait concret concernant une personne ou une banque déterminée de sorte à anticiper quasiment le résultat de l'enquête.

Dans les cas d'espèce, les articles de presse rendaient compte de soupçons concrets et fondés. Ils citaient nommément les banques concernées et leurs clients. Le chargé d'enquête avait ainsi des motifs précis et plausibles pour ouvrir une enquête. L'ouverture d'une enquête dont le but est précisément de vérifier si la banque a effectivement violé la Convention de diligence n'était ainsi pas critiquable.

## 3. Ouverture d'enquêtes suite à des dénonciations de particuliers

Une enquête CDB est généralement ouverte à la suite d'une dénonciation de l'organe de contrôle, d'une dénonciation par la banque elle-même ou d'une dénonciation de la FINMA. Plus rarement, la procédure CDB peut être déclenchée par des comptes rendus des médias<sup>41</sup> ou des dénonciations émanant de particuliers.

Pendant la période sous revue, les chargés d'enquête ont ouvert 3 procédures suite à des dénonciations par des particuliers. Quand bien même, les chargés d'enquête, en application de l'art. 4 al. 1 du règlement d'enquête 2008, n'entrent généralement plus en matière sur des dénonciations de particuliers, la Commission de surveillance n'a pas estimé devoir s'opposer à l'ouverture de ces procédures. La Commission de surveillance est en effet d'avis qu'elle, respectivement le chargé d'enquête, doit, le cas échéant, donner suite à une dénonciation émanant d'un particulier (comme les autorités de poursuite pénale doivent instruire les dénonciations de particuliers). Renoncer en tout état de cause à instruire les

---

<sup>40</sup> Cf. à ce sujet, ch. I/2.7 *supra*.

<sup>41</sup> Cf. à ce sujet, ch. IV/2 *supra*.

dénonciations émanant de particuliers contreviendrait à la systématique de la CDB qui vise à établir et réprimer les violations de la CDB.<sup>42</sup>

Il va de soi que n'importe quelle dénonciation d'un particulier ne suffira pas à l'ouverture d'une procédure. Il faut bien plus procéder à une juste appréciation de la dénonciation pour décider si une enquête doit être ouverte. Il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur des dénonciations abusives. La règle de l'art. 4 al. 1 du règlement d'enquête 2008 selon laquelle une enquête n'est ouverte qu'en présence d'indices clairs et concrets de violation de la CDB, applicable à l'ouverture d'une enquête sur la foi d'informations diffusées par les médias, s'applique *a fortiori* aux cas de renonciation émanant de ces particuliers. Au surplus, l'ouverture d'une procédure CDB exige de toute manière la présence d'indices clairs qu'une banque n'a pas respecté les dispositions de la CDB en relation avec des relations d'affaires déterminées.<sup>43</sup>

Si au cours de l'enquête, la dénonciation effectuée par un particulier devait s'avérer infondée, le règlement d'enquête offre toujours la possibilité de mettre fin à l'enquête sans grande difficulté.<sup>44</sup> Si toutefois une violation a effectivement été commise, elle ne saurait être ignorée.

#### 4. Principe d'opportunité

Le 1<sup>er</sup> janvier 2006 est entrée en vigueur la version révisée par l'ASB du règlement d'enquête du 23 décembre 2005 (« Règlement d'enquête 2005 »).<sup>45</sup> La principale nouveauté du Règlement d'enquête 2005 était son art. 6 (note marginale : suspension de la procédure d'enquête). L'art. 6 du Règlement d'enquête 2005 créait la faculté pour le chargé d'enquête de suspendre la procédure d'enquête, avant même l'envoi du dossier à la Commission de surveillance, en cas de violations simples ou isolées de peu de gravité de la CDB (cas de peu de gravité) et si les autres conditions de l'art. 6 étaient réalisées. La *ratio legis* de l'art. 6 du règlement d'enquête 2005 était explicitement de décharger la Commission de surveillance de procédures superflues. La Commission de surveillance n'avait pas à être chargée de multiples cas de peu de gravité qui n'étaient généralement pas susceptibles de sanctions significatives.

---

<sup>42</sup> Cf. art. 11 et 12 CDB 2008.

<sup>43</sup> Cf. art. 4 al. 2 du règlement d'enquête 2008.

<sup>44</sup> Dans un cas, la Commission de surveillance a suspendu la procédure contre la banque sans frais à sa charge dès lors qu'aucune violation de la CDB n'a pu être constatée.

<sup>45</sup> Remplacé ultérieurement par le Règlement d'enquête 2008.

La réglementation des cas de peu de gravité de la CDB 2008 s'applique désormais à tous les stades de la procédure : si la société d'audit constate une violation de peu d'importance de la Convention de diligence, elle impartit un délai à la banque pour y remédier. Ce n'est que s'il n'est pas remédié au manquement (ou qu'il n'y est pas remédié dans le délai imparti) que la société d'audit dénonce le cas à la Commission de surveillance.

Si l'existence d'un cas bénin est constatée dans le cadre de l'enquête, le chargé d'enquête peut suspendre la procédure, les frais étant mis à charge de la banque.

Enfin, devant la Commission de surveillance, la procédure peut également être suspendue en présence de cas de peu de gravité (ou alternativement donner lieu au prononcé d'un blâme – soit une peine plus légère comparée à l'amende conventionnelle).

## **5. Délimitation de compétence entre la Commission de surveillance et la CFB, respectivement la FINMA**

[371/6] une banque a conclu à ce qu'il soit mis fin à une procédure CDB au motif que la CFB avait rendu une décision définitive portant sur le même état de fait, aux termes de laquelle elle a constaté que les directives et lois applicables n'ont pas été violées. Elle se prévalait par conséquent de la *res judicata*.

La Commission de surveillance a statué que l'instruction et la répression de violations à la Convention de diligence était indépendante d'une éventuelle procédure en garantie d'une activité irréprochable devant la CFB (respectivement la FINMA). Le contrôle du respect de la Convention de diligence est de la seule compétence des chargés d'enquête et de la Commission de surveillance CDB (cf. art. 12 al. 1 CDB 2003) et non de la CFB. Le fait que la CFB qualifie la CDB de standard minimum de l'autorégulation n'y change rien. Il n'est pas exceptionnel qu'un même état de fait déclenche plusieurs procédures distinctes. Une décision finale de la CFB ne permet pas, en particulier, de se prévaloir de l'exception de chose jugée.<sup>46</sup> A cela s'ajoute que dans le cas concret, la CFB n'a pas suspendu la procédure au motif qu'aucune obligation de diligence n'aurait été violée mais parce que les personnes responsables ont dans l'intervalle pris leur retraite ou n'exerçaient plus de responsabilité exigeant la garantie d'une activité irréprochable au sein de la banque.

---

<sup>46</sup> Le fait que dans une même affaire une autre instance ordonne, le cas échéant, également des mesures est, au contraire, expressément réservé par la CDB : ce fait sera pris en considération pour la mesure de l'amende conventionnelle conformément à l'art. 11 al. 1 CDB 2008.

## 6. Droit transitoire

La CDB 2008 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2008 (art. 14 al. 1 CDB 2008). Les règles de la CDB 2008 ne s'appliquent pas aux relations d'affaires existantes, avant le 1<sup>er</sup> juillet 2008, mais seulement aux nouvelles relations d'affaires (art. 15 al. 2 CDB 2008).

L'art. 15 al. 1 CDB 2008 prévoit au surplus expressément que les formulaires A prélevés pour les relations d'affaires existantes n'ont pas à être remplacés.<sup>47</sup>

Les nouvelles dispositions du ch. 14 (vérification de l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires et vérification du pouvoir d'engager le cocontractant) et du ch. 15 al. 2 (devoir d'identification à l'égard de sociétés en constitution) ne sont entrées en vigueur que le 1<sup>er</sup> juillet 2009 à l'échéance d'une période transitoire d'une année. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, cette période transitoire ne vaut qu'en ce qui concerne l'obligation (nouvelle) de vérifier l'identité de la personne qui établit la relation d'affaires mais non pas en ce qui concerne l'obligation de clarifier respectivement de prendre connaissance des pouvoirs de représentation du cocontractant.<sup>48</sup>

La CDB 2008 – tout comme les précédentes versions de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques - prévoit à son art. 15 al. 2 dernière phrase CDB 2008, l'application des nouvelles dispositions lorsqu'elles sont plus favorables (*lex mitior*).

## V. CAS TRAITES

### 1. Vérification de l'identité du cocontractant<sup>49</sup>

#### 1.1 Aperçu

Les cas dans lesquels les règles relatives à l'identification du cocontractant n'ont pas été respectées ont légèrement augmenté par rapport à la période d'activité précédente. Au total, 60 condamnations, dont certaines pour des violations multiples, ont été prononcées dans ce contexte.

---

<sup>47</sup> Il en va de même s'agissant du formulaire R (cf. art. 15 al. 3 CDB 2008) et du formulaire T (nouvellement introduit par la CDB 2008).

<sup>48</sup> Car cette obligation recoupe celle résultant déjà des précédentes conventions de diligence, qui fait obligation à la banque de clarifier les rapports de représentation (cf. à ce sujet ch.V/1.2.17 *infra*).

<sup>49</sup> Art. 2 CDB 2008, art. 2 CDB 2003 ainsi qu'art. 2 CDB 1998.

## 1.2 Casuistique

1.2.1 [276/12] La Commission de surveillance a confirmé sa nouvelle jurisprudence aux termes de laquelle fait partie de l'obligation de documentation conformément au ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 la mention au dossier de la date de réception d'un document d'identification.<sup>50</sup> La Commission de surveillance a laissé ouverte la question de la forme que doit revêtir la mention de la date de réception des documents d'identification. Cette question doit être résolue par chaque banque en fonction de sa structure, de son organisation et des moyens techniques à disposition. La banque doit, dans tous les cas, garantir que son organe de révision interne et la société d'audit prévue par la loi sur les banques soient en mesure de contrôler la date de réception des documents.

1.2.2 [276/7 et 277/7] Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque qui n'est en mesure de fournir les renseignements et de produire les documents exigés par la Convention de diligence qu'au stade de la procédure devant la Commission de surveillance viole son devoir de documentation (*Sicherstellungspflicht*) au sens du ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. Cette règle n'a toutefois pas lieu de s'appliquer lorsque le manquement ne permet pas de conclure à l'absence de disponibilité des documents.<sup>51</sup> Tel est en particulier le cas lorsque la banque n'a connaissance du grief de violation des obligations de diligence qu'avec la communication des conclusions motivées écrites du chargé d'enquête et, pour cette raison, ne produit les informations et documents nécessaires qu'au stade de la procédure devant la Commission de surveillance.

1.2.3 [276/12] Une banque a exposé qu'elle disposait d'un système de contrôle adéquat au sens du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. Elle a soutenu avoir correctement identifié le cocontractant sur la base de documents d'identification reçus seulement après l'ouverture de la relation mais dans le délai de 30 jours. L'exception prévue au ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB ne pose pas seulement pour condition que la banque dispose d'un tel système de contrôle interne. Elle exige en outre que la banque soit en mesure de démontrer qu'elle l'a mis en œuvre lors de l'ouverture du compte en cause. Dans le cas jugé par la Commission de surveillance, il était au demeurant établi que la banque disposait bien d'un système de contrôle conforme. Les documents de contrôle disponibles laissaient cependant plutôt penser que le système de contrôle n'avait pas été mis en œuvre dans le cas concret. Dans ces conditions, la banque ne pouvait évidemment pas se prévaloir de l'exception instituée au ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. Il n'a pas pu

---

<sup>50</sup> *Friedli*, RSDA 2005, p. 246 ; cf. également version française, p.11 ; Cf. également le nouveau ch. 23 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008.

<sup>51</sup> *Georg Friedli*, Rapport d'activité de la Commission de surveillance CDB 1993-1994, RSDA 1995, p. 320 ; cf. également version française en annexe à la circulaire ASB No 1192D, p.9 320.

être établi que le document d'identification parvenu ultérieurement a été requis grâce au système de contrôle de la banque et non purement "par hasard" dans le délai de 30 jours.

1.2.4 [288/9] La Commission de surveillance devait juger de l'ouverture d'un compte par la sœur d'un client que ce dernier avait dépêchée à la banque pour y porter les formulaires d'ouverture de compte signés par lui. Par une interprétation systématique de la CDB, la Commission de surveillance a conclu que l'ouverture d'une relation d'affaires en l'absence d'une rencontre personnelle avec le cocontractant constitue une ouverture par correspondance. Les notions de "pourparlers engagés par l'intéressé en personne" et celle de "relation d'affaires établie par correspondance" sont ainsi complémentaires. On retiendra que la relation d'affaires est nouée par correspondance dans tous les cas où il n'y a pas eu de rencontre entre la banque et son cocontractant en personne. Il n'est ainsi pas nécessaire qu'il y ait eu un échange de correspondance au sens propre du terme entre la banque et son cocontractant.<sup>52</sup>

1.2.5 [294/6] Un permis de conduire constitue un document d'identification valable au sens du ch. 9 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. La Commission de surveillance a statué que l'identification à l'aide d'un duplicata du permis de conduire est également admissible à condition que le duplicata ait été délivré par l'autorité compétente.

1.2.6 [294/8] La règle selon laquelle un client qui entretient déjà une relation d'affaires avec la banque ne doit pas être identifié à nouveau<sup>53</sup> vaut également lorsqu'un client majeur au sens du ch. 18, lettre a des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 ouvre un compte, un dépôt ou un livret d'épargne au nom d'un mineur. La banque n'est alors pas obligée de procéder à une nouvelle identification du client, préalablement identifié, qui ouvre un compte au nom d'un mineur.

1.2.7 [294/17] La vérification de l'identité d'une personne morale qui n'est pas enregistrée au Registre du commerce (associations, fondations, propriétés par étage, établissements de droit public autonomes et corporations) intervient conformément à la règle stipulée au ch. 13 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 à l'aide des statuts ou de documents équivalents. La Commission de surveillance a constaté que la question de savoir si les statuts qui servent à identifier une association doivent être signés n'est pas réglée dans la Convention de diligence. Dès lors que les dispositions de droit civil relatives à la création d'une association n'exigent pas que les statuts soient signés, la Commission de surveillance conclut que la vérification de l'identité d'une association à l'aide de statuts non signés est conforme aux règles de la Convention de diligence.

---

<sup>52</sup> Cf. également ch. 10 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003/2008 qui soumet également l'établissement d'une relation d'affaires par Internet à la règle de l'établissement des relations d'affaires par correspondance.

<sup>53</sup> Cf. à ce sujet *Friedli*, RSDA 2005, p. 246.

1.2.8 [286/25] La Commission de surveillance a précisé que l'exception prévue au ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 ne s'applique pas aux opérations de caisse au sens de l'art. 2 al. 2 CDB 2003.

1.2.9 [305/26] La règle selon laquelle l'obligation d'identifier le cocontractant comporte l'obligation pour la banque de prendre connaissance des pouvoirs d'engager le cocontractant<sup>54</sup> vaut évidemment aussi pour l'établissement de relations d'affaires avec une association.

1.2.10 [328/7] Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque n'a pas l'obligation de renouveler l'identification d'un client qui ouvre de nouveaux comptes. Cette règle s'applique également lorsque dans l'intervalle les exigences de la CDB en matière d'identification du client sont devenues plus strictes. C'est à la condition toutefois que la première identification ait été effectuée en conformité avec les règles de la Convention de diligence alors en vigueur.<sup>55</sup> La Commission de surveillance a eu à connaître de l'ouverture d'un nouveau compte en faveur d'un client lequel était personnellement connu de la banque lors de l'établissement des relations d'affaires initiales et qui n'a par conséquent pas présenté de pièce d'identité (ce qui, selon les règles de la CDB alors en vigueur, était suffisant pour nouer une relation d'affaires). La Commission de surveillance a jugé qu'il était sans importance que les nouveaux comptes du client soient ouverts par le même collaborateur de la banque, lequel avait procédé à la première identification et connaissait personnellement le client. S'agissant de clients qui, lors de l'établissement de la première relation d'affaires, ont été identifiés, conformément à la Convention de diligence alors en vigueur, en tant que clients connus personnellement, il ne saurait être exigé du collaborateur de la banque qui ouvre ultérieurement un nouveau compte, qu'il connaisse également personnellement le client. Une telle obligation serait souvent inapplicable en particulier s'agissant de grandes banques et de relations d'affaires durables. Il suffit que le client fût personnellement connu du collaborateur de la banque qui a noué la relation d'affaires et a procédé à la première identification.

1.2.11 [336/0] Une banque a accepté plusieurs paiements au comptant de plus de CHF 25'000.00 en faveur de comptes tenus par sa société mère. La Commission de surveillance a considéré que ces opérations représentaient des opérations de caisse au sens de l'art. 2 al. 2 CDB 2003. La règle stipulée au ch. 7 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003, selon laquelle des versements et des retraits au comptant effectués en relation avec un compte/carnet d'épargne existant ne représentent pas des opérations de caisse ne s'applique que lorsque les comptes ou carnets d'épargne en question sont des comptes/carnets d'épargne de la banque. Des paiements ou retraits au comptant en relation avec un compte/carnet d'épargne d'une autre banque représentent en revanche des opérations de caisse. Le fait que

---

<sup>54</sup> *Friedli*, RSDA 1998, p. 102 ss.

<sup>55</sup> *Friedli*, RSDA 2005, p. 246.

l'autre banque soit la maison mère ne change rien au fait qu'il s'agit de deux banques juridiquement distinctes et indépendantes l'une de l'autre.

Par contre, la relation de groupe entre la banque et sa maison mère est pertinente dans la mesure où, conformément à la règle stipulée au ch. 19 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003, il n'y a pas lieu de réitérer la procédure selon les ch. 9-14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 lorsque le cocontractant a déjà été identifié au sein du groupe de manière équivalente. Dans ces cas, les entités concernées du groupe doivent détenir des copies des documents d'identification ayant servi à la vérification initiale. Dans le cas jugé, la banque ne détenait aucun document d'identification de sorte qu'elle ne pouvait pas se prévaloir du fait que les personnes qui procédaient à des versements au comptant en ses mains avaient la qualité de clients de la maison mère.

1.2.12 [379/11] La banque ne peut se contenter de l'adresse professionnelle dans le cadre de l'identification d'une personne physique. Elle doit obtenir son adresse privée. Si la banque se prévaut du fait que l'adresse privée correspond exceptionnellement à l'adresse professionnelle elle doit motiver et documenter ce fait de sorte que la procédure d'identification soit vérifiable et suffisamment documentée.<sup>56</sup>

1.2.13 [382/12] Une banque a ouvert, par correspondance, un nouveau compte commun au nom d'un client déjà existant et de son épouse. Dès lors que l'époux était un client préexistant, la banque pouvait renoncer à renouveler la vérification de son identité.<sup>57</sup> Par contre, la banque avait l'obligation de vérifier l'identité de l'épouse en sa qualité de nouvelle cliente, conformément aux règles applicables à l'ouverture d'une relation d'affaires par voie de correspondance. La Commission de surveillance a précisé que la CDB ne contenait pas d'exception à la règle selon laquelle l'obligation d'établir l'adresse de domicile ne s'appliquerait pas à l'égard du conjoint d'un client préexistant de la banque.

1.2.14 [396/10] La jurisprudence de la Commission de surveillance selon laquelle l'obligation de conserver la documentation comporte celle de mentionner la date de réception des documents d'identification<sup>58</sup> vaut également en ce qui concerne la vérification de l'identité à l'échelle du groupe au sens du ch. 19 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. Lorsqu'une banque, en se référant au ch. 19 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003, renonce à procéder à l'identification du cocontractant et se prévaut du fait que le cocontractant a été identifié de manière équivalente par une autre société du groupe, elle doit être en mesure de justifier en tout temps de la date de réception dans ses dossiers de la copie des documents ayant servi à la vérification initiale de l'identité conformément au ch. 19 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003.

---

<sup>56</sup> Cf. ch.23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003/CDB 2008.

<sup>57</sup> *Friedli*, RSDA 2005, p. 246 ss ; cf. également version française, p.13; cf. également art. 2 al. 3 CDB 2008.

<sup>58</sup> *Friedli*, RSDA 2005, p. 246 ; cf. également version française, p.11.

1.2.15 [405/15] La Commission de surveillance a jugé le cas d'une banque qui a fourni diverses prestations à des clients d'une institution financière proche (mais non liée au groupe), domiciliée dans une juridiction *off-shore* comme s'il s'était agi de ses propres clients. C'est ainsi que la banque a accepté, à la demande de ces "clients" d'effectuer des transferts en faveur de tiers pour le compte de l'institution financière étrangère (qui par la suite débitait dans ses livres les comptes des clients concernés). La Commission de surveillance devait décider si ces transactions effectuées pour des personnes non clientes avec d'autres personnes non clientes représentaient des opérations de caisse au sens de l'art. 2 al. 2-7 CDB 2003. La Commission de surveillance a constaté que selon la lettre du ch. 7 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003, une opération de caisse représentait une opération au comptant de sorte qu'une opération purement comptable ne pouvait pas, en principe constituer une opération de caisse. La Commission de surveillance a cependant observé :

"Il résulte cependant d'un examen plus approfondi que le critère décisif pour qualifier une opération financière d'opération de caisse n'est pas le fait que son exécution ait eu lieu au comptant (au sens d'une réception, respectivement transmission physique, d'un bien patrimonial). La caractéristique d'une opération de caisse est bien plutôt qu'il s'agit d'une prestation de service ponctuelle, qui d'emblée n'est pas destinée à durer et, par conséquent, n'est pas fournie en rapport avec une relation d'affaires préexistante. Les opérations de caisse se définissent ainsi comme celles qui ne sont pas effectuées au moyen d'un compte existant du client et qui ne résultent pas d'une autre relation entre la banque et le client, avec cette conséquence qu'il n'y a pas de documentation qui permettrait d'identifier le client ainsi que de reconstituer l'origine et la destination des biens patrimoniaux en cause (cf.: aussi message concernant la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier [Loi sur le Blanchiment d'Argent, LBA] du 17 juin 1996, RO 1996, p. 1122)."

Une transaction par laquelle une banque reçoit l'ordre d'une personne, qui n'est pas sa cliente, d'effectuer un transfert à un tiers (lequel n'est en règle générale également pas un client) constitue par conséquent également une opération de caisse. Dans de tels cas, le donneur d'ordre doit être identifié.

1.2.16 [405/21] En relation avec les opérations de caisse qui viennent d'être mentionnées, la Commission de surveillance a jugé opportun de préciser, derechef, qu'une opération de caisse doit être qualifiée en tant que tel même lorsqu'elle est effectuée par un client déjà existant.<sup>59</sup> Le fait que le client ait déjà été identifié précédemment signifie que l'on peut certes renoncer à renouveler la procédure de vérification de l'identité du cocontractant<sup>60</sup>. Par contre, il y a lieu dans tous les cas de recueillir une déclaration concernant l'ayant droit économique.<sup>61</sup>

1.2.17 [404/8] Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque avait une obligation de clarification des pouvoirs de représentation des personnes physiques qui agissent pour le compte d'une personne morale ou d'une société de personne. La banque ne pouvait entretenir une relation d'affaires avec un client aussi longtemps qu'elle n'avait pas établi que les personnes agissant pour ce client avaient effectivement la capacité de l'engager.<sup>62</sup> Si une personne morale agissait en qualité de représentant du client pour nouer une relation d'affaires, il y avait lieu de vérifier les rapports de représentation de la personne physique qui agissait pour le compte de cette personne morale. Il y avait toujours lieu de se référer à la personne agissant effectivement au moment de l'ouverture de la relation d'affaires. Il en résulte une obligation de vérifier et documenter la chaîne de pouvoirs de représentation (du cocontractant au travers d'une autre personne morale jusqu'à la personne physique agissant effectivement).

La Commission de surveillance a ensuite eu l'opportunité de préciser le rapport entre sa jurisprudence (ci-dessus évoquée) et la nouvelle règle du ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008. La Commission de surveillance a statué ce qui suit :

"Le ch. 14 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 exige désormais que les banques, qui nouent une relation avec une personne morale ou une société de personne, procèdent à l'identification des personnes physiques qui établissent la relation d'affaires. Il est ainsi tenu compte des développements internationaux (en particulier les recommandations du Groupe d'Action Financière [GAFI] ainsi que du nouvel art. 3 al. 1 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier [loi sur le blanchiment d'argent, LBA RS 955.0]) (cf. Commentaire de la Convention relative à l'obligation de diligence [CDB 08], ch. 14).

<sup>59</sup> Cf. à ce sujet déjà *Georg Friedli*, ch. 2.12 de l'aperçu de jurisprudence de la Commission de surveillance (convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2001-2005), publiée sur le réseau intranet de l'ASB.

<sup>60</sup> Ainsi déjà *Friedli*, RSDA 2005, p. 246; cf. également l'art. 2 al. 3 CDB 2008 nouveau.

<sup>61</sup> Cf. également le message sur la loi fédérale sur la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier [loi fédérale sur le blanchiment d'argent, LBA] du 17 juin 1996, FF 1996, p. 1122.

<sup>62</sup> *Friedli*, RSDA 1998, p. 102 ss ; cf. également version française p.18.

La réglementation du ch. 14 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 doit se comprendre comme un complément à la jurisprudence en vigueur, selon laquelle les banques doivent clarifier les pouvoirs de représentation des personnes physiques qui agissent pour le compte de personnes morales ou de sociétés de personnes à l'égard de la banque (qualifiées de "personnes qui établissent la relation d'affaires" dans la CDB 2008) [...]. Selon la CDB 2008, il ne suffit plus de vérifier le pouvoir de représentation de la personne qui établit la relation d'affaires. La banque doit désormais vérifier son identité.

Conformément à la jurisprudence de la Commission de surveillance, l'art. 14 al. 3 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 prévoit ainsi expressément que les banques, lorsqu'elles établissent une relation d'affaires avec une personne morale, les banques doivent prendre connaissance des pouvoirs d'engager le cocontractant et documenter cette démarche. Ont qualité de représentant au sens de cette disposition, toutes les personnes qui peuvent agir pour le compte de la personne morale et qui établissent la relation d'affaires avec la banque (au moyen d'une procuration individuelle ou collective), soit ses organes, ses fondés de procuration ou les tiers mandataires (Commentaire de la convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 2008], ch. 14). Dans la plupart des cas, la réglementation de l'obligation de documenter les pouvoirs de représentation (selon la CDB 2008) se recoupera avec l'exigence de vérification des pouvoirs de représentation du client telle qu'elle résultait de la jurisprudence de la Commission de surveillance rendue en application de la CDB 2003. Par contre, lorsque le représentant du cocontractant – comme c'est le cas en l'espèce – ne se présente pas personnellement à la banque mais agit lui-même au travers d'un représentant (que cela soit parce que le représentant du cocontractant est lui-même une personne morale ou une société de personne laquelle est représentée par une personne physique ou que le représentant agit par délégation de la procuration ["représentant délégué"] de sorte que celui-ci est habilité à agir pour le cocontractant [le représenté]), la vérification des pouvoirs de représentation conférés par le cocontractant n'est pas suffisante. En présence d'une "chaîne de pouvoirs de représentation", il y a lieu de vérifier les pouvoirs de représentation de tous les membres de la chaîne et de documenter cette démarche."

La nouvelle réglementation qui complète la jurisprudence de la Commission de surveillance n'est pas (encore) applicable aux relations nouées avant le 1<sup>er</sup> juillet 2009 (cf. art. 15 al. 2 et 4 CDB 2008). Cela ne signifie toutefois pas que les banques n'avaient aucune obligation de clarification à l'égard de personnes physiques agissant pour le compte de personnes morales ou de sociétés de personnes avant l'entrée en vigueur du ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 le 1<sup>er</sup> juillet 2009. Au contraire, les banques, conformément à la jurisprudence constante de la Commission de surveillance publiée depuis plusieurs années et rendue en application de la CDB 2003 alors applicable, avaient l'obligation de vérifier les pouvoirs de représentation du cocontractant. Elles n'étaient par contre pas (encore) obligées de vérifier l'identité du représentant du cocontractant.

1.2.18 [412/19] Le dossier du compte contenait un extrait officiel du Registre du commerce lequel avait été établi postérieurement à l'ouverture du compte. La banque s'est prévalu du fait qu'elle avait prélevé un extrait Internet du Registre du commerce au moment de l'ouverture du compte qu'elle a remplacé ultérieurement par l'extrait officiel du Registre du commerce. La collaboratrice responsable pouvait, le cas échéant, confirmer ce fait au moyen d'un "*Affidavit*".

La Commission de surveillance a jugé que cette procédure violait l'obligation de documentation.

1.2.19 [412/19] Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque n'a pas l'obligation de renouveler la vérification de l'identité du client qui entretient déjà une relation d'affaires.<sup>63</sup> L'obligation de documentation exige cependant que la banque mentionne dans son dossier le motif pour lequel elle renonce à une nouvelle identification de son cocontractant de sorte que son identité puisse être vérifiée, en tout temps, par l'organe de révision interne et la société d'audit selon la loi sur les banques. Comme la banque, dans le cas concret, n'a pas pu établir qu'elle avait vérifié l'identité du cocontractant antérieurement conformément aux obligations de diligence, elle ne peut pas se prévaloir de la règle de l'art. 2 al. 3 CDB 2008.

1.2.20 [419/20] La même règle vaut en relation avec le ch. 17 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008. Si la banque veut se prévaloir du ch. 17 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008, en faisant valoir qu'elle a renoncé à identifier le cocontractant en raison du fait qu'il s'agit d'une personne morale notoirement connue, elle doit documenter ce fait.<sup>64</sup>

1.2.21 [415/7] Conformément au ch. 21 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008, le délégataire de la vérification d'identité doit transmettre à la banque les documents d'identification et attester que les copies transmises sont conformes aux originaux. La Convention de diligence ne contient pas de disposition exigeant que l'attestation d'authenticité des copies avec les originaux soit apposée sur les copies elles-mêmes. Cette attestation peut, par conséquent, être délivrée sur un document séparé pour autant que la déclaration d'authenticité des photocopies présente un lien avec celles-ci. Dans le cas concret, la photocopie du document d'identité ne contenait pas la mention "conforme à l'original". En lieu et place, la personne à laquelle la procédure de vérification d'identité a été déléguée a attesté sur un formulaire séparé qu'il avait vérifié l'identité du client à l'aide d'un passeport et qu'il attestait que la signature apposée sur le document d'ouverture de compte était

---

<sup>63</sup> *Friedli*, RSDA 2005, p. 246; cf. également version française p.13 246; réglé explicitement dans le nouvel art. 2 al. 3 CDB 2008.

<sup>64</sup> La violation de cette obligation ne constitue toutefois qu'un cas de peu de gravité au sens de l'art. 11 al. 2 let. d CDB 2008.

authentique et conforme à celle figurant sur le passeport. La Commission de surveillance a jugé que cette déclaration figurant sur un formulaire séparé répondait aux exigences du ch. 21 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008.

## **2. Identification de l'ayant droit économique<sup>65</sup>**

### 2.1 Aperçu

Au cours de la période en revue, il y a eu un total de 53 condamnations – parfois multiples - du chef de la non-identification ou de l'identification défectueuse de l'ayant droit économique des valeurs déposées. Ce chiffre représente une augmentation importante des condamnations prononcées car, au cours de la période précédente, seules 18 condamnations avaient été prononcées pour ce motif.

### 2.2 Considérations générales

2.2.1 [330/9] La Commission de surveillance, à l'occasion d'un cas dont elle avait à connaître, a émis quelques considérations fondamentales relatives à l'obligation d'identifier l'ayant droit économique. La Commission de surveillance a notamment statué ce qui suit :

"La CDB exige des banques qu'elles identifient l'ayant droit économique avec le soin approprié aux circonstances (art. 3 al. 1 CDB 2003), respectivement qu'elles renouvellent la procédure d'identification de l'ayant droit économique en cas de survenance de doutes (art. 6 al. 1 CDB 2003). Le but de la règle énoncé à l'art. 3 al. 1 CDB 2003, respectivement à l'art. 6 al. 1 CDB 2003, est de révéler de manière transparente qui se tient derrière le cocontractant. L'identification de l'ayant droit économique a pour but d'empêcher des abus indépendamment du montage juridique sélectionné. Elle vise en particulier à empêcher ou à tout le moins rendre plus difficile le recours à des hommes de paille ou à des sociétés écrans. La notion d'ayant droit économique est utilisée par la CDB depuis sa version de 1977 (même si l'art. 3 CDB 1977 faisait encore référence au "véritable ayant droit" ; ce n'est que depuis la CDB 1982 que la terminologie uniforme d'"ayant droit économique" s'est imposée). La CDB ne contient pas une définition de l'ayant droit économique. Compte tenu de la réalité mouvante, une telle définition n'est ni possible ni souhaitable. C'est le rôle de la Commission de surveillance que de concrétiser la notion d'ayant droit économique.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de discuter de la notion d'ayant droit économique en relation avec l'art. 305ter CP et de préciser que la notion d'ayant droit économique du Code pénal est tirée de l'art. 3 de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'attribution de valeurs repose sur des

---

<sup>65</sup>Art. 3 CDB 2008, art. 3 CDB 2003 et art. 3 CDB 1998.

considérations économiques. Les montages juridiques formels sont sans importance. L'ayant droit économique est celui qui "peut effectivement disposer des valeurs, celui qui en dispose au plan économique" (cf. ATF 125 I 239 C. 3b; *Claudia Geiger, Der wirtschaftlich Berechtigte im Sine der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken* [VSB], Berner Bankrechtliche Abhandlungen, Volume 14, Berne 2006, p. 113 ss., not p. 117).

Le critère déterminant est ainsi celui de la personne qui, en fait, (et non pas d'un point de vue formel) peut disposer des valeurs en question. L'ayant droit économique est celui qui, de manière indépendante, a le pouvoir effectif de décider de l'usage des valeurs. La décision quant à la personne qui doit être considérée comme ayant droit économique ne saurait être prise schématiquement mais par référence aux circonstances concrètes de chaque cas individuel".

2.2.2 Le Tribunal arbitral mis en œuvre par l'ASB a également émis quelques considérants fondamentaux relativement à la détermination de l'ayant droit économique.

Le Tribunal arbitral a souligné que l'obligation d'établir l'ayant droit économique vise un double but : d'une part, elle tend à protéger les intérêts de la banque, cette dernière prenant connaissance de l'identité de la personne qui se tient derrière la relation d'affaire ou derrière le cocontractant. La banque n'a pas seulement un intérêt juridique ou opérationnel à connaître l'identité de la personne avec laquelle elle a concrètement à faire mais elle doit également éviter un risque de réputation résultant de possibles contacts avec des personnes ou des organisations criminelles. Il en va aussi de la protection de l'intérêt du public en ce sens que des activités criminelles telles que le blanchiment d'argent ou le financement du terrorisme doivent être tenues à l'écart de la place financière suisse. Afin d'atteindre ces buts, la CDB exige de la banque qu'en cas de doute au sujet de son cocontractant, elle prélève une déclaration concernant l'ayant droit économique au moyen du formulaire A. En outre, le Tribunal arbitral s'est exprimé sur la responsabilité quant au contenu des indications données sur le formulaire A. C'est le cocontractant qui est, en premier lieu, responsable de l'exactitude du contenu du formulaire qu'il signe. La banque doit, cependant, prêter son concours au complètement du formulaire. Eu égard au caractère particulier de ce dernier, la banque a expressément le devoir d'éclairer son cocontractant sur le contenu du formulaire, auquel il est souvent confronté pour la première fois, ainsi que sur sa signification et les conséquences pénales d'une fausse déclaration. Dans ce cadre limité, la banque est conjointement responsable du processus.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Cf. ci-après *Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, RSDA 2002, p. 167* (ci-après : *Friedli, RSDA 2002*); cf. également version française en annexe à la circulaire ASB No 7157D, p.6).

## 2.3 Casuistique

2.3.1 [289/23] La Commission de surveillance a statué qu'il n'existe pas d'obligation de conserver un formulaire A original. Il suffit, aux termes de la Convention de diligence de conserver une copie du formulaire A dans le dossier client.

2.3.2 [305/9] En principe, un client de la banque qui agit en qualité de fiduciaire constitue, selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, une constatation insolite au sens du ch. 25 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003. Il en va en tout cas ainsi lorsque la raison sociale utilisée par le client laisse à penser qu'il agit à titre fiduciaire pour des tiers et, en cette qualité, gère des valeurs pour eux. La Commission de surveillance a jugé qu'il existait également un doute au sens du ch. 25 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 lorsque d'autres indices que celui de la raison sociale utilisée laissent à penser que le client agit à titre fiduciaire. Dans le cas concret, la banque avait noué une relation d'affaires avec une société dont le but, selon l'extrait du Registre du commerce prélevé par la banque, était la gestion de patrimoine, le conseil financier et l'exercice de mandats fiduciaires, pour compte propre comme pour compte de tiers, mais la banque avait négligé d'exiger un formulaire A. Ce manquement a été sanctionné.

2.3.3 [330/9] La Commission de surveillance a, de nouveau durant la période sous revue, eu à examiner la question de l'ayant droit économique en relation avec des contrats de prêt<sup>67</sup>. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, l'octroi d'un prêt n'avait pas pour conséquence que la qualité d'ayant droit économique des valeurs prêtées passait à l'emprunteur. En effet, si l'emprunteur devait être considéré comme l'ayant droit économique des valeurs prêtées, l'obligation de déclarer l'ayant droit économique pourrait aisément être contournée par l'octroi d'un prêt par le titulaire du compte.<sup>68</sup> La Commission de surveillance a déclaré que cette jurisprudence n'avait pas une valeur absolue mais qu'il fallait analyser les relations de cas en cas.<sup>69</sup>

Constituent des indices que le prêteur est bien le « véritable ayant droit économique » du prêt le fait qu'il possède le droit de donner des instructions à l'emprunteur, qu'il porte le risque économique de l'opération et la circonstance que l'octroi du prêt intervient en premier lieu dans l'intérêt du prêteur ou que le prêt a été initié par le prêteur. A l'inverse, si l'emprunteur ne dépend pas des instructions du prêteur pour l'usage du prêt, qu'il porte le risque économique et si l'octroi du prêt est dans son intérêt, respectivement a lieu à son initiative, on peut en inférer que c'est l'emprunteur qui est l'ayant droit économique.

---

<sup>67</sup> Cf. déjà à ce sujet *Friedli*, RSDA 2005, p. 251 ss ; cf. également version française, p.34 ss..

<sup>68</sup> *Friedli*, RSDA 2005, p. 251 ss ; cf. également version française p.35.

<sup>69</sup> Cf. à ce sujet aussi V/2.2.1 *supra*.

Dans le cas d'espèce, le titulaire du compte a obtenu un prêt d'un parent pour l'acquisition d'une propriété. Il n'existait pas d'indice que le titulaire du compte recevait des instructions du prêteur ou dépendait de lui d'une autre manière en ce qui concerne le montant prêté et l'utilisation du prêt. A cela s'ajoute que le risque économique était exclusivement supporté par le titulaire du compte. Comme le titulaire du compte n'a pas maintenu ce montant sur son compte mais l'a utilisé pour ses affaires (acquisition d'une propriété), il supportait la totalité du risque de cet investissement à l'égard du prêteur. L'emprunteur avait, de surcroît, un intérêt à l'octroi du prêt dès lors que pour l'achat de la propriété, il avait besoin de fonds propres supplémentaires. Les trois critères mentionnés "autonomie", "risque économique" et "objet du prêt" militent en faveur du fait que l'emprunteur et titulaire du compte était bien l'ayant droit économique du montant prêté. A l'inverse, le prêteur n'avait aucune possibilité (ni juridique ni de fait) de décider de l'emploi du montant du prêt. Le cas dans lequel le montant du prêt est employé par l'emprunteur pour son propre usage (en l'espèce pour l'acquisition d'une propriété) doit être ainsi distingué de celui où le montant du prêt est confié à la banque pour être investi et ainsi seulement "parqué" sur le compte du cocontractant. Il n'y avait ainsi aucun indice permettant de penser que le prêteur se dissimulait derrière le titulaire du compte et ne lui aurait octroyé le prêt qu'à seule fin de contourner l'obligation de révéler l'ayant droit économique. Pour toutes ces raisons, la Commission de surveillance est arrivée à la conclusion que la banque n'avait pas de motif de mettre en doute la déclaration du titulaire du compte selon laquelle il était l'ayant droit économique.

2.3.4 [339/20] Conformément au ch. 25 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003, la banque peut présumer que le cocontractant est aussi l'ayant droit économique pour autant qu'elle ne fasse pas de constatations insolites. La banque ne peut toutefois se prévaloir de la présomption du ch. 25 al. 1 des dispositions de l'art. 3 CDB 2003 que si elle connaît son cocontractant, car la présomption que le cocontractant est l'ayant droit économique implique que la banque sache qui est son cocontractant. Dans le cas jugé par la Commission de surveillance, la banque avait noué une relation d'affaires avec une société simple (respectivement avec ses membres) sans prélever un formulaire A alors même qu'elle ne connaissait pas tous les membres de la société simple. Elle a ainsi violé la Convention de diligence.<sup>70</sup>

2.3.5 [381/6] C'est au moyen du formulaire A que la banque doit identifier l'ayant droit économique. Il ne suffit pas que le dossier contienne des indications relativement au réel ayant droit économique (par exemple une copie d'un acte de partage successoral ou un contrat de vente).

---

<sup>70</sup> Cette décision rendue sous l'empire de la CDB 2003 serait tranchée différemment aujourd'hui eu égard à l'art. 15 al. 1 des dispositions d'exécution à l'art. 2 CDB 2008.

2.3.6 [385/10] Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, si l'Etat de domicile n'est pas mentionné sur le formulaire A, il suffit qu'il soit possible de déterminer l'Etat de domicile sur la base des autres indications concernant l'adresse qui figurent dans la déclaration conformément au formulaire A.<sup>71</sup> De même en cas de désignation incomplète de l'adresse de domicile, il n'y a pas de violation de la Convention de diligence lorsque cette adresse peut être déterminée sur la base des autres indications dans le formulaire A. Dans l'affaire qui devait être tranchée, le formulaire A mentionnait la rue et le numéro du bâtiment, le numéro postal et l'Etat de domicile de l'ayant droit économique. Il était sans aucun doute possible de déterminer le lieu de domicile de l'ayant droit économique à l'aide de ces données de sorte que la Commission de surveillance a statué que la banque n'avait pas violé l'art. 3 CDB.

2.3.7 La Commission de surveillance a été saisie de plusieurs cas où la banque a utilisé son propre formulaire A divergeant du modèle de formulaire A annexé à la CDB.<sup>72</sup> Concrètement, la Commission de surveillance a eu à statuer sur les modifications suivantes :

2.3.7.1 [362/8] Dans le formulaire A utilisé par la banque, manquait l'indication que celui qui remplit intentionnellement un faux formulaire A est punissable ainsi que le renvoi à l'art. 251 CP et à la peine prévue par cette disposition. La Commission de surveillance a jugé que la référence à l'art. 251 CP est un élément important du formulaire A et de l'obligation d'identifier correctement l'ayant droit économique au moyen de ce formulaire. Un formulaire A qui ne contient pas cette sommation doit par conséquent être considéré comme défectueux. Cette décision de la Commission de surveillance a été confirmée ultérieurement par jugement du Tribunal arbitral du 14 septembre 2009.

2.3.7.2 [362/8; 385/18] Dans le formulaire A utilisé par la banque, manquait le mot "seul" (respectivement en allemand "*allein*" ou en anglais "*sole*") à la rubrique correspondant à la déclaration que le cocontractant est l'ayant droit économique ("le cocontractant déclare que le cocontractant est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales" au lieu de "le cocontractant déclare que le contractant est le seul ayant droit économique des valeurs patrimoniales").

La Commission de surveillance a jugé que ce formulaire A ne répondait ni aux conditions de la CDB 2003 ni à (celles moins restrictives) de la CDB 2008. La déclaration selon laquelle le cocontractant est "seul" ayant droit économique des valeurs n'est en effet pas nécessairement identique à la déclaration qu'il en est ayant droit économique. Alors que selon le libellé du formulaire modèle, un cocontractant qui est l'ayant droit conjointement avec un

<sup>71</sup> Cf. *Friedli*, RSDA 2002, p. 177 ; cf. également version française p.24.

<sup>72</sup> Ce qui est admissible conformément au ch. 31 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2008 pour autant qu'il ait un contenu équivalent au modèle de formulaire.

tiers ne saurait cocher cette rubrique sans faire une fausse déclaration, cela serait parfaitement possible avec la formulation retenue par la banque.

Cette jurisprudence de la Commission de surveillance a été approuvée par le Tribunal arbitral dans sa décision du 14 septembre 2009.

2.3.7.3 [385/18] Le formulaire utilisé par la banque prévoyait simplement une déclaration du soussigné ("Le/La soussigné/e déclare que [...]"). Cette dérogation au modèle de formulaire CDB ainsi qu'au ch. 28 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 et de l'art. 3 CDB 2008 lesquelles exigent que la déclaration émane du cocontractant ("Le cocontractant déclare que [...]") ont également été jugées inadmissibles par la Commission de surveillance. La formulation retenue par la banque dans son formulaire A augmente en effet le risque que la déclaration de l'ayant droit économique ne soit pas signée par le cocontractant (ou son représentant) mais par un tiers non habilité (par exemple par l'ayant droit économique lui-même).

2.3.8 [384/10] Une banque avait renoncé à identifier l'ayant droit économique en partant de l'idée que les membres d'un organisme d'autorégulation (OAR) peuvent être dispensés de remplir le formulaire A. La Commission de surveillance a statué que l'obligation d'identifier l'ayant droit économique n'est en rien modifiée lorsque le client est affilié à un organisme d'autorégulation. Le client concerné n'avait en effet pas la qualité d'"autre intermédiaire financier" au sens du ch. 34 al. 2 et 3 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 respectivement de l'art. 2 al. 2 LBA. Le client n'était ni un intermédiaire financier soumis à une surveillance spéciale ni une organisation de prévoyance professionnelle exemptée d'impôts (cf. art. 21 de l'Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de la lutte contre le blanchiment d'argent concernant les obligations des intermédiaires financiers qui lui sont directement soumis, du 10 octobre 2003, en vigueur à l'époque [Ordonnance blanchiment de l'Autorité de contrôle, OBA AdC; RS 955.16]).

### **3. Procédure relative aux sociétés de domicile <sup>73</sup>**

#### **3.1 Aperçu**

Il y a eu 62 condamnations pour violation de la procédure à observer lors de l'ouverture de comptes en faveur de sociétés de domicile (contre 21 condamnations au cours de la précédente période).

---

<sup>73</sup> Art. 4 CDB 2008; art. 4 CDB 2003 et art. 4 CDB 1998.

Les exigences rappelées ci-après relatives aux déclarations selon formulaire A, s'appliquent évidemment également au cas où la déclaration est requise non pour le motif que la cliente est une société de domicile, mais parce qu'il y a un cas de "doute" au sens de la CDB.

### 3.2 Casuistique

3.2.1 [276/21] L'art. 4 al. 2 let. a CDB 2003 relatif à l'ouverture d'un compte en faveur d'une société de domicile ne renvoie pas à l'exception instituée par le ch. 18 let. c des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. La Commission de surveillance a cependant statué que l'art. 18 let. c des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 s'appliquaient également lors de l'ouverture d'un compte de consignation du capital en faveur d'une société de domicile.<sup>74</sup> On ne voit pas en effet comment la banque pourrait vérifier l'identité d'une société (de domicile) qui n'existe pas encore au moment de la consignation du capital. Ainsi, lors de l'ouverture d'un compte de consignation du capital en faveur d'une société de domicile en constitution, il n'existe pas d'obligation de vérifier formellement l'identité du cocontractant. La dispense de l'obligation de vérifier formellement l'identité du cocontractant n'existe évidemment que pour l'ouverture d'un compte de consignation du capital mais non lors de l'ouverture d'autres comptes (par exemple un compte d'épargne ou un compte courant) en faveur d'une société de domicile en constitution.

3.2.2 [279/20] La règle de l'art. 11 al. 3 CDB 2003 selon laquelle une amende conventionnelle, respectivement un blâme, ne sont prononcés que si des violations de l'art. 6 al. 1 et 2 CDB 2003 ont été commises par négligence grave s'applique également au ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003. La prescription énoncée au ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003 qui oblige la banque à répéter la procédure de l'art. 4 al. 2 let. b CDB 2003 lorsqu'au cours de la relation d'affaires les pouvoirs de signature sont modifiés, n'est en effet qu'un cas d'application de l'art. 6 al. 1 CDB 2003 concernant l'obligation d'identifier l'ayant droit économique d'une société de domicile. C'est pourquoi, les violations du ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003 ne sont sanctionnées par la Commission de surveillance que si elles ont été commises avec négligence grave.<sup>75</sup>

3.2.3 [289/16] La Commission de surveillance avait à juger un cas où l'identification d'une société de domicile était intervenue au moyen d'un "*Certificate of incumbency*" signé par un "*Registered Agent*". La Commission de surveillance a émis les considérants suivants :

<sup>74</sup> Le ch. 15 al. 2 des dispositions de l'art. 2 CDB 2008 règle désormais le cas des sociétés en constitution.

<sup>75</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la CDB 2008 les violations du ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003 ne sont logiquement plus sanctionnées que si elles ont été commises intentionnellement (art. 15 al. 2 CDB 2009/2008 en relation avec l'art. 11 al. 3 CDB 2008).

"Le *"Registered Agent"* (en règle générale une personne morale) est un agent représentant localement la société conformément à ce que prévoient de nombreuses juridictions étrangères. Le *"Registered Agent"* qui doit figurer avec nom et adresse dans l'acte de constitution de la société sert également de siège à celle-ci. Le but est de garantir que la société puisse être contactée en tout temps par les autorités du siège. Le but principal de l'institution du *"Registered Agent"* est par conséquent la création d'un domicile de notification pour les actes officiels. Il sert d'intermédiaire entre la société et les autorités étatiques. La position du *"Registered Agent"* va donc au-delà de celle d'un simple représentant de la société. Il serait donc excessif d'exiger des banques qu'elles clarifient si la personne qui agit au nom du *"Registered Agent"* en signant l'attestation délivrée (par exemple un *"Certificate of incumbency"*) est légitimée à le faire en application des exigences imposées aux banques par la CDB."

La Commission de surveillance est par conséquent arrivée à la conclusion suivante :

"Si le pouvoir de représentation du cocontractant de la banque est documenté à l'aide d'une attestation émise par un *"Registered Agent"*, la banque doit clarifier si le *"Registered Agent"* a effectivement été mandaté par le cocontractant. Si le *"Registered Agent"* est une personne morale (ce qui est généralement le cas), il n'est pas nécessaire que la banque vérifie de surcroît si la personne physique qui agit pour le compte du *"Registered Agent"* est habilitée à le faire.

3.2.4 [315/7] Selon la règle du ch. 41 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998, les banques avaient l'obligation de renouveler la procédure d'identification conformément à l'art.4 al. 2 let.b CDB si, au cours de la relation d'affaires, la signature du représentant de la société de domicile était modifiée, à moins qu'il ne soit manifeste, ou que la banque n'obtienne à cet effet confirmation écrite de la part des organes dirigeants de la société de domicile ou de ses signataires autorisés, que l'ayant droit économique n'a pas changé. La Commission de surveillance a statué qu'une banque, qui entend se prévaloir de l'exception du ch. 41 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998, devait documenter par une note au dossier les motifs pour lesquels elle considérait que l'ayant droit économique n'avait manifestement pas changé. Fait donc partie du devoir de documentation la consignation, par une note au dossier, des motifs pour lesquels, nonobstant le changement de signataire autorisé, l'ayant droit économique n'a manifestement pas changé.

3.2.5 [329/6] L'art. 4 al. 2 let. a CDB 2003 renvoie aux ch. 12 à 16 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 pour l'identification de sociétés de domicile. Il va de soi que ce sont également les dispositions générales qui s'appliquent à l'identification et à la surveillance de sociétés de domicile conformément aux ch. 21 à 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. Il en va en particulier de même s'agissant des exceptions résultant du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. Il est en principe

possible également d'invoquer le ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 en ce qui concerne les sociétés de domicile.

3.2.6 [361/24] Une banque a, en relation avec des opérations sur un compte de passage d'une société de domicile, prélevé, lors de chaque opération, un formulaire A. Un code de référence était mentionné sur le formulaire A. La Commission de surveillance a conclu que la banque a satisfait à l'obligation d'identifier l'ayant droit économique. Le code, à l'aide duquel chaque transaction pouvait être identifiée sur une liste de transactions codées se trouvait en effet dans le dossier et permettait de faire le lien entre chaque formulaire A et l'opération de passage correspondante.

3.2.7 [377/20] L'objection d'une banque selon laquelle la direction et le conseil d'administration connaissaient personnellement l'ensemble des clients respectivement leurs représentants, de sorte que la lettre et l'esprit de la CDB étaient respectés et la lutte contre le blanchiment d'argent n'était pas entravée, a été écartée par la Commission de surveillance. Le fait que les clients et les ayants droit économiques étaient personnellement connus de la direction et du conseil d'administration de la banque ne dispense pas celle-ci de les identifier conformément aux prescriptions de la CDB. Les règles de diligence n'exigent en effet pas seulement que la banque connaisse le cocontractant et l'ayant droit économique mais qu'elle documente ces informations de manière à pouvoir en justifier, en versant au dossier les documents et formulaires nécessaires.<sup>76</sup>

3.2.8 [377/24] Il n'y avait pas lieu d'identifier les ayants droit économiques d'une société de domicile cotée en bourse (ch. 42 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003). La banque a négligé de consigner dans le dossier le fait qu'elle renonçait au formulaire A au motif que le client était une société cotée. La Commission de surveillance a jugé que l'on ne pouvait pas reprocher à la banque d'avoir violé la Convention de diligence dès lors que, dans le cas d'espèce, la cotation pouvait être vérifiée sans difficulté (par exemple en consultant le site web de Swiss Exchange [[www.swx.ch](http://www.swx.ch)]). Bien que la Commission de surveillance ait considéré qu'il n'y avait pas de violation du devoir de documentation, elle a recommandé de mentionner dans le dossier le motif pour lequel la banque a renoncé à exiger un formulaire A en exécution de son obligation d'identifier l'ayant droit économique, soit en l'espèce, le fait que le cocontractant est une société cotée.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Cf. ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003/2008.

<sup>77</sup> Il se peut que ce cas jugé en application de la CDB 2003 serait jugé différemment aujourd'hui dès lors que, conformément à l'art. 11 al. 2 let. d CDB 2008, le fait de ne pas mentionner que le cocontractant est une société cotée en bourse, constituerait en tout cas une violation de peu de gravité de l'obligation d'identifier au sens du ch. 17 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 et, ainsi, constituerait une violation de la Convention de diligence (même si elle constitue un cas de peu de gravité).

3.2.9 [380/15] Une banque a contesté le fait que sa cocontractante serait une société de domicile au sens de l'art. 4 CDB 2003. Elle a fait valoir qu'une adresse c/o ne constituait qu'un indice au sens de la nouvelle CDB 2008 qu'il s'agit d'une société de domicile. Une banque ne peut cependant se prévaloir de la règle (plus favorable) du ch. 38 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008 que pour autant qu'elle a documenté la raison pour laquelle, en dépit d'une adresse c/o de la cocontractante, elle ne la qualifie pas de société de domicile.<sup>78</sup>

3.2.10 [390/14] Une banque a prélevé un formulaire A d'une société de domicile sur lequel ni la rubrique selon laquelle le cocontractant est l'ayant droit économique, ni celle selon laquelle des tiers sont les ayants droit économiques n'ont été cochées. Le formulaire A mentionnait, cependant, dans la rubrique (qui n'était pas cochée) "*that the beneficial owner/s of the assets concerned is/are*" le nom, l'adresse, la date de naissance et la nationalité du représentant de la société et interlocuteur de la banque. Bien qu'il n'ait pas existé d'indice que l'interlocuteur n'était pas l'ayant droit économique du compte de la société de domicile, la Commission de surveillance est arrivée à la conclusion que la CDB était violée en raison du fait que la rubrique concernée n'était pas cochée de sorte qu'un doute subsistait.<sup>79</sup> La Commission de surveillance a ainsi confirmé sa jurisprudence posant des exigences strictes pour le contenu des déclarations faites au moyen du formulaire A. Il ne suffit pas que le contenu du formulaire A puisse être élucidé par voie d'interprétation.<sup>80</sup>

3.2.11 [392/8] La société de domicile X a déclaré, au moyen du formulaire A que l'ayant droit économique est la société de domicile Y. Une telle déclaration viole le ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003 et est manifestement défectueuse. L'objection de la banque, selon laquelle la mention additionnelle ("voir compte n° xxxxxxxxx") renvoyait au compte de la société de domicile Y également tenu par la banque et faisant ainsi référence au formulaire A prélevé dans le cadre de cette relation, a été écartée par la Commission de surveillance. L'ayant droit économique de la société de domicile Y n'est pas nécessairement celui de la société de domicile X. Il est parfaitement concevable qu'en cas de pluralité de comptes détenus par un même client, les mêmes personnes ne soient pas nécessairement les ayants droit économiques. A cela s'ajoutait que le formulaire A prélevé lors de l'ouverture du compte de la société de domicile Y avait été rempli il y a plusieurs années déjà et n'était plus d'actualité au moment de l'ouverture du compte de la société de domicile X.

---

<sup>78</sup> Ainsi expressément, ch. 38 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008. Conformément à l'art. 11 al. 2, let. d CDB 2008, la violation de la Convention de diligence apparaît cependant comme un cas peu grave.

<sup>79</sup> Dans l'appréciation des peines, la Commission de surveillance a qualifié cette violation de la Convention de diligence de cas de peu de gravité (cf. à ce sujet VI/2.2.2 *infra*).

<sup>80</sup> *Friedli*, RSDA 2002, p. 175 ; cf. également version française, p.20.

3.2.12 [392/22] Une société de domicile a déclaré, à l'aide d'un formulaire A, qu'elle était elle-même l'ayant droit économique. Cette déclaration est manifestement défectueuse (cf. ch.40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003). La banque a cependant fait valoir qu'elle connaissait le réel ayant droit économique et qu'elle avait correctement relevé ses coordonnées dans son système. La banque se prévalait de l'art. 4 al. 3 CDB 2003 qui prévoit la faculté pour les banques de renoncer au formulaire A lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec une société de domicile à condition d'établir une note au dossier contenant les données relatives à l'ayant droit économique. La Commission de surveillance a jugé que cette note au dossier peut remplacer le formulaire A. L'art. 4 al. 3 CDB 2003 ne peut, ainsi, être invoqué que si la banque a établi une note qu'elle conserve dans son dossier en lieu et place du formulaire A. La banque ne peut par conséquent plus se prévaloir de l'art. 4 al. 3 CDB si elle a déjà établi un formulaire A. A cela s'ajoute que les données conservées dans le système informatique de la banque n'étaient pas identiques à celles consignées dans le formulaire A de sorte que l'identification de l'ayant droit économique n'était pas exempte de contradiction. L'identification de l'ayant droit économique était, dans tous les cas, défectueuse.

3.2.13 [399/10] Le seul fait que la banque, à tort, n'ait pas qualifié la cliente de société de domicile ne constitue pas, à lui seul, une violation de la Convention de diligence. Il n'y a de violation de la Convention de diligence que si la banque, en raison de la qualification erronée de la cliente n'applique pas la procédure prévue à l'art. 4 CDB 2003 relativement aux sociétés de domicile ou l'applique de manière déficiente.<sup>81</sup>

3.2.14 [400/25] Lorsqu'une banque, se prévaut du ch. 27 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 et renonce à relever l'adresse de domicile respectivement se contente d'une adresse postale sur le formulaire A, elle doit justifier ce fait par une note au dossier. L'obligation de documentation conformément au ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 exige en effet que l'on puisse ultérieurement vérifier les motifs pour lesquels le formulaire A ne mentionne pas l'adresse de domicile.

3.2.15 [407/24] La CDB 2008 ne définit plus désormais la société de domicile qu'au moyen d'"indices" alors que la jurisprudence antérieure de la Commission de surveillance, pour des raisons de sécurité juridique, en s'appuyant sur une interprétation littérale de la CDB, se référait à une notion strictement formelle de la société de domicile.<sup>82</sup> La nouvelle version de l'art. 4 CDB 2008 et du ch. 38 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008 permettent d'éviter que des sociétés opérationnelles ne soient qualifiées de sociétés de domicile par référence à des considérations purement formelle comme cela résultait partiellement de

<sup>81</sup> Une particularité de la procédure selon l'art. 4 CDB 2003 est notamment que lors de l'entrée en relation d'affaires avec une société de domicile, il y a toujours lieu d'exiger un formulaire A (cf. art. 4 al. 2 let. b CDB 2003)- contrairement à l'ouverture d'un compte pour une société, autre qu'une société de domicile, où le formulaire A n'est prélevé qu'en cas de doute.

<sup>82</sup> Cf. à ce sujet *Friedli*, RSDA 2005, p. 252 ainsi que ch. I/2.5 *supra* ; cf. également version française, p.36.

l'ancienne jurisprudence de la Commission de surveillance.<sup>83</sup> Sur cette question, la Commission de surveillance des banques a admis le point de vue d'une banque selon lequel la définition de la notion de société de domicile selon la CDB 2008 représentait un allègement par rapport à la CDB 2003. Cet allègement ne concerne cependant que la définition de la notion de société de domicile. En ce qui concerne le degré de diligence avec lequel doit être examinée la question de savoir si une cliente est une société de domicile, la CDB 2008 ne crée aucun allègement. Au contraire, la CDB 2008 met expressément à charge des banques, au ch. 38 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008, l'obligation de motiver les raisons pour lesquelles en dépit d'indices de l'existence d'une société de domicile, elles écartent cette qualification.

3.2.16 [407/25] Le fait que l'interlocuteur de la banque, qui agit en tant que représentant d'une personne morale lors de l'ouverture d'un compte, soit signataire autorisé pour deux sociétés et que les deux sociétés aient leur siège au même lieu, ne signifie pas nécessairement que les deux sociétés sont des sociétés de domicile au sens de la CDB 2008 (cf. aussi ch. 38 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008 selon lequel nonobstant la présence d'indices d'une société de domicile, il est envisageable de ne pas qualifier le cocontractant de société de domicile). Toutefois, l'état de fait en question (signataire identique et adresse identique) constitue en tout cas un indice que les sociétés concernées ne disposent pas de leurs propres locaux et/ou de leur propre personnel. Il en va en tout cas ainsi – comme dans le dossier soumis à la Commission de surveillance – lorsque la situation de fait des deux sociétés est pratiquement identique : ces deux sociétés avaient le même administrateur unique avec droit de signature individuelle, les deux sociétés avaient leur siège à la même adresse dans le canton fiscalement avantageux de Schwytz et les deux sociétés avaient été constituées peu de temps avant l'ouverture des comptes (quelques semaines, respectivement quelques jours).

3.2.17 [408/17] La Commission de surveillance a, comme par le passé, été régulièrement confrontée à la problématique de formulaires A remplis de manière contradictoire.<sup>84</sup> Ainsi, par exemple, une société de domicile a-t-elle indiqué être elle-même ayant droit économique des valeurs déposées. Elle a cependant simultanément déclaré que des tiers étaient ayants droits économiques de ces valeurs déposées. Le formulaire A était ainsi manifestement contradictoire. Une société de domicile ne peut en effet pas être ayant droit économique (cf. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003).

---

<sup>83</sup> Cf. Commentaire CDB 2008, ch. 38.

<sup>84</sup> L'espoir exprimé dans le Commentaire de la CDB 2008 que de tels cas appartiennent au passé grâce au nouveau formulaire modèle de la CDB 2008 demande à être confirmé.

3.2.18 [410/12] Une société de domicile a rempli un formulaire A en mentionnant une boîte postale comme adresse de domicile de l'ayant droit économique. Cela n'est pas conforme aux exigences de la CDB. L'art. 27 des dispositions d'exécution de l'art 3 CDB 2003 exige expressément la mention de l'adresse de domicile. La banque ne pouvait, par conséquent, pas se contenter de l'adresse postale. Elle aurait dû exiger l'adresse de domicile effective de l'ayant droit économique.

3.2.19 [410/20] Le formulaire A signé par une fondation du Liechtenstein portait la mention "Sec. 7 of the "Statuten" (enclosed)" et renvoyait aux statuts de la fondation au lieu de contenir les données concernant l'ayant droit économique. La Commission de surveillance a jugé que ce formulaire A ne répondait ni aux exigences de la CDB 2003 ni à celles de la CDB 2008. La règle moins rigoureuse énoncée au ch. 27 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2008 exige en effet, à tout le moins, que le formulaire A mentionne le(s) nom(s), prénom(s) respectivement la raison sociale du, respectivement des, ayants droit économiques. A cela s'ajoutait le fait que d'autres données manquaient dans les statuts telles que la date de naissance, la nationalité, l'adresse de domicile et l'Etat de domicile des ayants droit économiques.

3.2.20 [412/35] La Commission de surveillance a ainsi logiquement retenu une violation de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique dans un cas similaire où le formulaire A signé par la cocontractante, au lieu de contenir les informations relatives à l'ayant droit économique, mentionnait : "vedi Escrow Contract allegato" en renvoyant à un *Escrow Agreement* de la cliente conclu avec deux sociétés de domicile étrangères (alors que l'*Escrow Agreement* ne mentionnait pas les réels ayants droit économiques mais simplement deux sociétés de domicile).

3.2.21 [412/27] Le chargé d'enquête reprochait à la banque de n'avoir pas qualifié sa cocontractante de société de domicile. Il reprochait, en particulier, à la banque de n'avoir pas documenté le fait que la cocontractante disposait de son propre personnel. La Commission de surveillance s'est référée à sa propre jurisprudence selon laquelle la banque n'a pas à prouver que la cliente n'est pas une société de domicile. Au contraire, il y a lieu de rapporter la preuve que les conditions permettant de retenir la qualification de société de domicile sont réunies.<sup>85</sup> Rien n'a fondamentalement changé à ce sujet sous l'empire de la CDB 2008. La banque n'a pas la charge de la preuve qu'il n'existe pas d'indices selon le ch. 38 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2008. Ce n'est que si la banque, nonobstant la présence de l'un ou des deux indices, renonce à qualifier un cocontractant de société de domicile qu'elle doit documenter sa décision (et dans cette mesure a la charge de la preuve). Comme dans le cas concret, il n'existait pas d'indication au sujet de l'existence ou de

---

<sup>85</sup> *Friedli*, RSDA 2002, p. 175 ; cf. également version française, p.21.

l'inexistence de personnel propre, on ne pouvait reprocher à la banque une violation de l'art. 4 CDB 2003. Conformément à la jurisprudence de la Commission de surveillance susmentionnée, l'absence de preuve ne saurait, en effet, être retenue à charge contre la banque. A cela s'ajoutait, dans le cas d'espèce, qu'il existait plusieurs indications que la cocontractante avait une activité opérationnelle.

#### 4. Secret professionnel<sup>86</sup>

##### 4.1 Aperçu

Pendant longtemps, la Commission de surveillance n'a pas eu à traiter des devoirs de diligence lors de l'ouverture d'un compte en faveur d'un détenteur du secret professionnel.<sup>87</sup> Durant la période sous revue, elle a eu à traiter des relations d'affaires avec des avocats.<sup>88</sup>

##### 4.2 Casuistique

4.2.1 [310/7] Une banque a ouvert plusieurs comptes intitulés "*Escrow Account*" pour le compte d'un avocat suisse. L'avocat a déclaré, au moyen du formulaire R, qu'il s'agissait de comptes qu'il gérait pour ses clients, destinés au dépôt respectivement à l'investissement de valeurs leur appartenant. Était controversée la question de savoir si l'activité de l'avocat en qualité d'*Escrow Agent* était couverte par le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP.<sup>89</sup> L'art. 5 CDB 2003 et le formulaire R auquel il fait référence ne s'appliquent en effet que pour autant que l'activité de l'avocat est couverte par le secret professionnel au sens de l'art. 321 CP. Bien que la mention "compte/dépôt Escrow" est expressément utilisée à l'art. 5 let. b, troisième tiret CDB 2003 et dans le modèle de formulaire R en annexe à la CDB 2003, la Commission de surveillance, en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la délimitation entre l'activité d'avocat à proprement parler et l'activité accessoire<sup>90</sup> est arrivée à la conclusion que l'activité de l'avocat en question, en qualité d'*Escrow Agent* n'était pas couverte par le secret professionnel. Dans le cas d'espèce, l'activité de l'avocat n'avait, en effet, manifestement rien à voir avec un "authentique" *Escrow Agreement* – compris comme acte de garantie globale en vertu duquel des biens servant à garantir des obligations réciproques sont déposés par les parties auprès d'un tiers (l'*Escrow Agent*). L'avocat suisse agissait manifestement en qualité d'homme de paille. Les comptes Escrow gérés par l'avocat n'étaient, en fin de compte, que des comptes de

<sup>86</sup> Art. 5 CDB 2008, art. 5 CDB 3 et art. 5 CDB 1998.

<sup>87</sup> Dans les deux périodes précédentes, aucune sanction n'a été prononcée pour violation de l'art. 5 CDB. C'est dans les années 1993/1994 que la Commission de surveillance s'est, pour la dernière fois, exprimée à propos de l'ouverture d'un compte en faveur d'un titulaire du secret professionnel (cf. *Friedli*, RSDA 1995, p. 322 ss ; cf. également version française p.15).

<sup>88</sup> Cf. quant aux effets de l'art. 5 CDB 2008 pour les avocats et notaires *Eichenberger, Jusletter*.

<sup>89</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0).

<sup>90</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1P.32/2005 du 11 juillet 2005, ATF 132 II 103 C.E. 2.2 = Pra 96 [2007] Nr. 4, ATF 120 Ib 112; ATF 112 Ib 606.

passage. Comme la banque avait connaissance de l'arrière-plan de cette relation d'*Escrow* et qu'elle avait, en particulier, connaissance de l'*Escrow Agreement*, elle n'aurait pas dû se satisfaire du formulaire R mais aurait dû exiger un formulaire A pour chacun des comptes ouverts.

4.2.2 [313+323/16] Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, le fait que le client de la banque exerce le métier d'avocat ne constitue pas en soi une constatation inhabituelle. Il faut un élément caractéristique additionnel pour exiger la signature d'un formulaire A<sup>91</sup>. Cette jurisprudence a été précisée par la Commission de surveillance, en ce sens qu'elle ne s'applique qu'au cas où le compte est ouvert personnellement au nom de l'avocat client. Ce n'est que dans ces cas que la banque peut présumer que le compte est destiné à un usage privé. Autre est la situation lorsque les comptes ne sont pas destinés à l'usage privé mais commercial, respectivement professionnel de l'avocat client de la banque. Tel est par exemple le cas lorsque, comme dans le cas d'espèce – le client agit en sa qualité d'avocat et que le compte porte la mention "avocat", "Etude d'avocats" ou autres semblables désignations ou lorsque l'adresse mentionnée pour la correspondance est celle de l'étude. Dans ces cas, la banque peut avoir des doutes quant à la qualité d'ayant droit économique du cocontractant. Dans le cadre de leur activité professionnelle, les avocats ouvrent en effet régulièrement des comptes dont ils ne sont pas eux-mêmes ayants droit économiques mais également des comptes (en particulier pour le compte de clients ou sur lesquels des avoirs de clients sont crédités) dont des tiers (leurs clients) sont les ayants droit économiques. Il y a lieu par conséquent de préciser la jurisprudence de la Commission de surveillance susmentionnée relative à l'ouverture de compte en faveur d'avocats en ce sens que lors de l'ouverture d'un compte professionnel en faveur d'un avocat respectivement d'une société d'avocats, il y a toujours lieu de clarifier la qualité d'ayant droit économique des valeurs déposées. Lors de l'ouverture d'un compte au nom d'une étude d'avocats, la banque avait par conséquent l'obligation de procéder à des vérifications complémentaires au sujet de l'ayant droit économique en prélevant un formulaire A ou un formulaire R.

## **5. Procédure en cas de survenance de doutes relatifs à la vérification de l'identité du cocontractant ou de l'identification de l'ayant droit économique**

### 5.1. Aperçu<sup>92</sup>

Il y a eu 23 cas de condamnations (contre 26 durant la période précédente) en raison du fait que les banques n'ont pas réagi de manière adaptée lorsque des doutes sont survenues concernant l'identité du cocontractant respectivement l'ayant droit économique. Cette

---

<sup>91</sup> *Friedli*, RSDA 2002, p. 172.

<sup>92</sup> Art. 6 CDB 2008, art. 6 CDB 2003 et art. 6 CDB 1998.

réduction des condamnations pourrait résulter du fait que depuis l'entrée en vigueur de la CDB 2008 la réalisation de l'élément subjectif est soumise à des conditions plus strictes.<sup>93</sup>

## 5.2. Casuistique

5.2.1 [400/19] Une banque a soutenu qu'il n'y avait pas lieu de prélever un nouveau formulaire A en cas de changement d'adresse de l'ayant droit économique pendant la relation d'affaires. La procédure de vérification de l'ayant droit économique selon l'art. 6 al. 1 CDB 2003 n'aurait lieu d'être renouvelée qu'en présence d'indices concrets que la désignation de l'ayant droit économique n'est pas exacte. Des indications erronées au plan purement formel, contenues dans le formulaire A, et qui, par conséquent, ne suscitent pas de doute quant à la personne de l'ayant droit économique, ne constitueraient pas un motif à renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

Par référence à la lettre, la systématique ainsi qu'au sens et au but des règles de diligence, La Commission de surveillance est arrivée à la conclusion que la procédure d'identification de l'ayant droit économique n'a pas seulement lieu d'être renouvelée en cas de survenance de doutes quant à savoir si le tiers désigné dans le formulaire A est réellement l'ayant droit économique mais également lorsqu'il existe des indications que les données concernant sa date de naissance, la nationalité et/ou l'adresse respectivement le domicile de l'ayant droit économique ne sont pas (ou plus) correctes. La Commission de surveillance s'est appuyée, en l'espèce, sur la loi sur le blanchiment d'argent qui dispose que le fait pour l'ayant droit économique de changer de domicile ou de nationalité constitue un motif de renouveler l'identification de l'ayant droit économique.<sup>94</sup>

5.2.2 [400/31] Lors du transfert de siège d'un cocontractant (une société de domicile) à l'étranger, il y a obligatoirement lieu de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant. La nouvelle procédure de vérification porte également sur les pouvoirs de représentation. Tel est en tout cas le cas lorsque, comme en l'espèce, la société a changé d'organe et de représentant lors du transfert de siège.

5.2.3 [400/36] Par contre, le transfert de siège est, en principe, sans incidence, sur la qualité d'ayant droit économique. Dans le cas jugé, le transfert de siège était toutefois accompagné de nombreuses autres modifications sociales, en particulier, un changement de forme juridique, une nouvelle raison sociale et la nomination de nouveaux organes et représentants de sorte que des doutes auraient dû surgir au sujet de la validité de la déclaration de l'ayant droit économique. Conformément à l'art. 6 al. 1 CDB 2003, la banque avait donc l'obligation de renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

---

<sup>93</sup> Cf. ch. I/2.8 *supra*.

<sup>94</sup> Cf. à ce sujet *De Capitani*, GwG 5 N 12 in *Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. II, Zurich 2002*.

## 6. Soustraction fiscale et actes analogues<sup>95</sup>

### 6.1 Aperçu

A neuf reprises, la Commission de surveillance a prononcé une condamnation pour soustraction fiscale et actes analogues (comparé à trois condamnations dans la période précédente). Une de ces 9 condamnations<sup>96</sup> concernait une "opération de fin d'année."<sup>97</sup>

Contrairement aux attentes exprimées dans le rapport d'activité 2001-2005 au sujet d'une baisse des condamnations du chef de violation de l'art. 8CDB, les condamnations ont augmenté de manière significative. Les raisons de cet accroissement ne sont pas claires.

Les violations de l'art. 8 CDB sont en règle générale qualifiées de particulièrement graves par la Commission de surveillance et sont par conséquent sanctionnées par des peines conventionnelles élevées.<sup>98</sup>

### 6.2 Casuistique

6.2.1 [297/6] Selon les relevés émis par la banque, un client a retiré de son compte un montant de CHF 40'000.00 en espèces peu avant la fin de l'année. Il a crédité à nouveau ce montant également en espèces sur son compte au début de l'année suivante. En réalité, la banque n'a jamais remis les espèces au client mais les a conservées à sa demande dans son coffre pour les bonifier sur le compte en début d'année. La Commission de surveillance a jugé que cet état de fait constituait une violation de l'art. 8 CDB 2003. Ce n'est pas seulement la mise à disposition d'un compte interne de la banque (visé au ch. 56, let. c des dispositions d'exécution de l'art. 8 CDB 2003) qui constitue une assistance active à la soustraction fiscale et actes analogues mais également la mise à disposition du coffre de la banque. Dans le cas d'espèce, la violation de l'obligation de diligence était d'autant plus grave que le client était membre du Conseil d'administration de la banque.

6.2.2 [378/22] Conformément au ch. 53 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 8 CDB 2003, il est interdit de délivrer au client lui-même ou, à sa demande, directement à des autorités suisses ou étrangères, des attestations incomplètes ou de nature à induire en erreur d'une autre manière. Cette règle s'applique également au cas où la banque n'adresse pas les

<sup>95</sup> Art. 8 CDB 2008, art. 8 CDB 2003 ainsi qu'art. 8 CDB 1998.

<sup>96</sup> Cf. ch. 6.2.1 *infra*.

<sup>97</sup> On parle d'opérations de fin d'année lorsque des valeurs appartenant à un client sont transférées peu avant la fin de l'année sur un compte "divers" de la banque et sont retransférées au début de la nouvelle année au compte du client. De telles opérations ont généralement pour but de diminuer la fortune du client sur les relevés établis en fin d'année.

<sup>98</sup> Cf. ch. VI/1.1. *infra*.

attestations trompeuses directement au client lui-même ou à une autorité étrangère mais à un représentant du client.

6.2.3 [383/13] La banque a communiqué à une autorité de surveillance des marchés financiers étrangère, à l'aide d'un formulaire spécifiquement prévu à cet effet, qu'elle détenait pour le compte de diverses sociétés des actions d'une société anonyme étrangère. La banque a occulté le fait que ces sociétés avaient un même ayant droit économique. Par sa communication tronquée, la banque a agi de manière trompeuse à l'égard de l'autorité de surveillance des marchés financiers étrangère. Il était évident que le montage choisi par le client, qui consistait à faire acquérir des actions par plusieurs sociétés de domicile étrangères ayant leur siège dans divers Etats, avait pour but de contourner le devoir d'annonce institué par le droit étranger qui prévoyait l'obligation de signaler le franchissement de certains seuils.

6.2.4 [395/19] Une banque a procédé à des opérations de compensation selon le schéma suivant :

Elle créditait à une date déterminée un paiement en espèces sur un compte et débitait le même jour un montant en espèces d'égale valeur d'un ou plusieurs autres comptes. De deux à neuf différents comptes ayant des titulaires et des ayants droit économiques différents étaient impliqués dans de telles opérations de compensation. Une analyse plus approfondie de ces opérations de compensation a révélé que les opérations de caisse documentées par la banque n'avaient pas donné lieu à de réels retraits et paiements au guichet de la banque en Suisse. Les opérations de caisse étaient effectuées à l'étranger. C'est en réalité un collaborateur de la banque qui, à l'occasion de séjours à l'étranger, acceptait les paiements en espèce pour les redistribuer à d'autres clients. Afin d'éviter de franchir la frontière suisse avec l'argent liquide, le collaborateur organisait ses visites aux clients à l'étranger de telle manière que les montants liquides qui lui étaient confiés étaient redistribués le jour même. A son retour en Suisse, le collaborateur de la banque se chargeait de documenter les montants acceptés et payés à l'étranger en liquide en émettant des avis bancaires qui, contrairement à la vérité, laissaient penser que les opérations au comptant avaient été effectuées au crédit, respectivement au débit du compte du client au guichet de la banque en Suisse. Alors que les avis émis par la banque créaient l'impression que divers clients étrangers auraient procédé de manière indépendante à des paiements et retraits au comptant aux guichets de la banque en Suisse, il s'agissait en réalité de paiements entre clients de la banque qui ont eu lieu avec l'assistance d'un collaborateur de la banque agissant en qualité d'intermédiaire à l'étranger.

De tels avis de retraits ou de paiements fictifs sont trompeurs au sens de l'art. 8 CDB 2003 selon la jurisprudence de la Commission de surveillance.<sup>99</sup> Contrairement à l'opinion de la banque, le motif pour lequel des attestations incomplètes respectivement

---

<sup>99</sup> Cf. *Friedli*, RSDA 1998, p. 106 ; cf. également version française, p.27.

trompeuses ont été établies ne joue aucun rôle. Il suffit que ces attestations soient propres à tromper une autorité suisse ou étrangère ce qui, dans le cas d'espèce, était manifestement le cas. La seule explication plausible pour le souhait des plus insolites du client de ne pas transférer les fonds par un ordre de transfert (soit de manière habituelle, sûre et rapide) mais de prélever l'argent en liquide, de le transférer et finalement de le créditer en liquide est qu'il s'agissait en réalité de fonds non déclarés aux autorités fiscales.

6.2.5 [398/24] Une banque avait émis des quittances pour des paiements et des retraits au comptant qui éveillaient l'impression que les clients avaient effectué ces paiements et retraits aux guichets de la banque. Ces attestations étaient inexactes dans la mesure où les clients avaient reconnu qu'à la date de l'opération, ils ne s'étaient pas rendus à la banque mais que les quittances ont été signées par la banque postérieurement. De telles quittances sont manifestement contraires à la vérité et par conséquent trompeuses au sens du ch. 56 des dispositions d'exécution de l'art. 8 CDB 2003.

6.2.6 [398/28] L'ayant droit économique d'un compte de société de domicile a prélevé au débit du compte un montant en espèces et a confirmé la réception des fonds par écrit. Par la suite, la banque a transmis la quittance originale signée par l'ayant droit économique au représentant autorisé de la société de domicile laquelle était invitée à confirmer les retraits de fonds et à signer l'instruction de paiement correspondante préparée par la banque. Au lieu de l'attestation de paiement signée par l'ayant droit économique qui confirme avoir reçu la somme en espèces, le dossier de la banque contient la nouvelle quittance et la nouvelle instruction de paiement signée postérieurement par le représentant autorisé de la société de domicile. La quittance finalement conservée par la banque atteste ainsi de manière trompeuse que l'argent a été remis au cocontractant alors qu'en réalité c'est l'ayant droit économique qui a procédé au retrait en espèces. La Commission de surveillance a considéré que l'établissement d'attestations trompeuses constituait un cas prohibé d'assistance active à la soustraction fiscale et actes analogues.

6.2.7 [398/33] Un collaborateur de la banque a utilisé son propre compte pour effectuer un paiement pour le compte d'un client en faveur d'un tiers sans avoir ainsi à mentionner le véritable donneur d'ordre. A cette fin, le réel donneur d'ordre a effectué un transfert par le débit de son compte sur le compte du collaborateur de la banque. Ensuite, le montant correspondant a été transféré au crédit du compte du destinataire effectif du paiement. De cette manière, il a été possible d'éviter que le bénéficiaire du paiement connaisse l'existence du réel donneur d'ordre.

La Commission de surveillance a jugé que les attestations émises par la banque en relation avec cette opération, qui constitue manifestement une opération de passage, n'étaient pas trompeuses. La banque a en effet documenté cette opération de passage de la manière exacte dont elle s'est déroulée. La banque ne peut pas empêcher qu'un client, au lieu de procéder à un paiement direct au tiers, donne l'ordre de transférer les fonds sur le compte d'un

autre tiers en le priant de retransférer immédiatement le montant reçu au destinataire final. S'agissant du transfert d'un compte de client au compte d'un autre client, les mêmes règles que celles valant pour les retraits et paiements effectués en espèce s'appliquent. Les devoirs de diligence ne sont par conséquent pas violés lorsque la banque atteste de transferts qui ont effectivement eu lieu.<sup>100</sup> Le fait que le tiers, par le truchement du compte duquel les fonds en question ont été transférés, était un collaborateur de la banque ne change rien au fait que les avis émis par la banque ne sont ni trompeurs ni incomplets.<sup>101</sup>

6.2.8 [413/8] Le directeur de succursale d'une banque a transporté à plusieurs reprises pour divers clients de l'argent en liquide de la Suisse vers l'Allemagne et inversement en émettant des quittances de réception ou de paiement des fonds correspondants avec référence aux comptes des clients concernés. Ces quittances créent l'impression que le client s'est présenté personnellement au guichet de la banque pour y payer les montants au comptant ou les retirer. A chaque fois, le directeur de la succursale a fictivement débité son compte personnel d'un montant équivalent aux liquidités transportées par lui et a fait établir un avis de paiement correspondant. Les avis de débit de son compte personnel devaient permettre au directeur de la succursale, en cas de contrôle à la douane entre la Suisse et l'Allemagne, à établir que les liquidités transportées provenaient de ses propres avoirs et non d'avoirs de clients domiciliés en Allemagne.

Les quittances de caisse établies en référence aux comptes des clients étaient manifestement inexactes car les clients ne s'étaient pas présentés aux guichets de la banque à la date correspondante. C'était bien plutôt le directeur de la succursale qui rendait visite aux clients en Allemagne et leur faisait signer les quittances émises par la banque. De telles attestations de crédit respectivement de débit sont trompeuses au sens de l'art. 8 CDB 2003.<sup>102</sup>

Les avis de débit (fictifs) concernant le compte personnel du directeur de la succursale ont également été jugés contraires à la vérité par la Commission de surveillance et par conséquent trompeurs au sens du ch. 56 des dispositions d'exécution de l'art. 8 CDB 2003. Ces liquidités n'ont en effet pas été réellement prélevées par le débit du compte du directeur de la succursale mais provenaient bien plutôt des comptes respectifs des clients de la banque.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> Cf. *Friedli*, RSDA 2005, p. 257 ; cf. également version française, p.56.

<sup>101</sup> Cette opération de passage nécessitait, par contre, clairement de procéder conformément à l'art. 6 CDB 2003, c'est-à-dire qu'il fallait requérir la signature d'un nouveau formulaire A (cf. *Friedli*, RSDA 20022003, p. 181 ; cf. également version française, p.27).

<sup>102</sup> Cf. à ce sujet déjà *Friedli*, RSDA 1998, p. 106 ; cf. également version française, p.27106.

<sup>103</sup> Les violations des devoirs de diligence commises par la banque respectivement le directeur de sa succursale ont été qualifiées par la Commission de surveillance d'exceptionnellement graves s'agissant de la mesure de la peine. La banque a en effet offert à ses clients allemands la possibilité de transférer des avoirs non déclarés d'Allemagne en Suisse respectivement de Suisse en Allemagne sans laisser de "*paper trail*" et sans encourir le risque d'avoir à justifier la provenance des fonds lors du passage de la frontière entre la Suisse et l'Allemagne. L'interruption intentionnelle du "*paper trail*" est de nature à faciliter le mouvement de valeurs acquises sans droit

## 7. Elément subjectif (la notion de l'intention)

### 7.1 Aperçu

Les violations des art. 6-8 CDB ne sont sanctionnées que lorsqu'elles sont commises avec intention (art. 11 al. 3 CDB 2008). De tout temps, la Commission de surveillance a fait référence à la jurisprudence applicable à la notion d'intention du droit pénal. Agit ainsi avec intention celui qui viole les devoirs de diligence avec conscience et volonté (cf. art. 12 al. 1 CP). Agit déjà intentionnellement celui qui tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où elle se produirait (art. 12 al. 2 CP). Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, agit avec dol éventuel (*dolus eventualis*), l'auteur qui ne prévoit pas avec certitude la réalisation de l'infraction mais envisage néanmoins le résultat dommageable en s'accommodant de ce résultat pour le cas où il se produirait, même s'il ne le souhaite pas (cf., par exemple, ATF 134 IV 26 C. 3.2.2. et ATF 131 IV 1 C.2.2). Selon la jurisprudence constante de la Commission de surveillance, le dol éventuel suffit dans le cadre de la CDB.<sup>104</sup>

Selon la jurisprudence constante de la Commission surveillance, la banque doit se voir opposer le comportement et les connaissances de ses collaborateurs.<sup>105</sup> Cela vaut aussi lorsque le comportement fautif du collaborateur est particulièrement grave (et dans tous les cas lorsqu'il est pénalement relevant).<sup>106</sup>

### 7.2 Casuistique

7.2.1 [378/24] Une banque ne contestait pas avoir émis une attestation contraire à la vérité et dont le contenu était par conséquent trompeur au sens du ch. 53 des dispositions d'exécution de l'art. 8 CDB 2003. Elle faisait toutefois valoir que la remise d'une déclaration inexacte était imputable au fait que le collaborateur de la banque compétent avait signé le formulaire sans l'avoir lu complètement. Le collaborateur de la banque respectivement la banque n'a ainsi agi qu'avec négligence. La Commission de surveillance n'a pas suivi ce raisonnement.

La Commission de surveillance est d'avis <sup>107</sup>que celui qui accepte de signer un formulaire sans le lire accepte en tout cas, en le signant, de répondre de son exactitude ce d'autant plus que le formulaire avait trait à une affaire importante (la participation à une

---

et viole ainsi un des objectifs les plus importants de la lutte contre le blanchiment d'argent (cf. en ce qui concerne la mesure de la peine dans ce cas VI/1.2.3 *infra*).

<sup>104</sup> Cf. *Friedli*, RSDA 2005, p. 258; cf. également version française p.53.

<sup>105</sup> Cf. *Friedli*, RSDA 1998, p. 107; cf. également version française p.31.

<sup>106</sup> Cf. *Friedli*, RSDA 2002, p. 182 ; cf. également version française p.4.

<sup>107</sup> Par référence aux arrêts du Tribunal fédéral du 27 novembre 2008 6B\_346/2008, 6B\_347/2008 et 6B\_349/2008.

opération de cotation en bourse d'une société anonyme étrangère). La Commission de surveillance a retenu une violation au moins par dol éventuel de l'art. 8 CDB 2003.

7.2.2 [399/17] En violation de la prescription du ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003, une banque a négligé de renouveler la procédure selon l'art. 4 al. 2 CDB 2003 et de demander un nouveau formulaire A suite à la modification des pouvoirs de signatures pour une société de domicile. La Commission de surveillance part du principe que les collaborateurs responsables étaient formés et connaissaient la signification, la portée et le contenu des devoirs de diligence. Ils connaissaient ainsi expressément la prescription du ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003. Si les collaborateurs ne connaissaient pas la règle stipulée au ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003, il y aurait lieu de reprocher à la banque de n'avoir pas formé correctement ses collaborateurs (ou de ne pas les avoir formés suffisamment) et ainsi d'avoir accepté que ceux-ci ignorent les conséquences d'une modification des pouvoirs de signatures. D'une manière ou d'une autre, la banque a accepté l'éventualité d'une violation des devoirs de diligence par ses collaborateurs et a ainsi agi avec dol éventuel.

## VI. SANCTIONS

En cas de violation de la Convention, la banque fautive est tenue de verser à l'ASB une amende conventionnelle allant jusqu'à 10 millions de francs (art. 11 al. 1 CDB 2008). Dans les cas de peu de gravité, un blâme est adressé à la banque fautive en lieu et place d'une amende conventionnelle à moins que la procédure ne soit suspendue sans qu'aucune sanction ne soit prononcée (art. 11 al. 2 CDB 2008).<sup>108</sup>

### 1. Peine conventionnelle

#### 1.1 Aperçu

Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il est dûment tenu compte de la gravité de la violation, du degré de culpabilité et de la situation financière de la banque. Il est en outre tenu compte des peines imposées par d'autres autorités dans le même cas d'espèce (art. 11 al. 1 CDB 2008).

Les chargés d'enquête prennent également des conclusions sur le montant de l'amende conventionnelle dans le rapport qu'ils adressent à la Commission de surveillance conformément à l'art. 12 al. 2 CDB 2008. La Commission de surveillance reste libre de développer et d'établir une jurisprudence uniforme en application de la CDB y compris pour

---

<sup>108</sup> En ce qui concerne les cas de peu de gravité, cf. art. 11 al. 2 CDB 2008 ainsi que ch. I/2.7 *supra* et ch. 2 *infra*.

ce qui est du montant de la sanction. La Commission de surveillance doit garder son autonomie. Cela signifie qu'elle doit décider indépendamment des conclusions du chargé d'enquête qui peut proposer des principes directeurs pour la mesure de la peine conventionnelle. Sont déterminants les critères mentionnés à l'art. 11 al. 1 CDB 2008 et la jurisprudence rendue en application de cette disposition par la Commission de surveillance (et par le Tribunal arbitral).<sup>109</sup> L'art. 1 al. 3 du Règlement de procédure du 27 août 2008 prévoit expressément que la Commission de surveillance peut s'écarter des conclusions du chargé d'enquête (tout comme de celles de la banque). Au surplus, les banques sont, expressément informées par la Commission de surveillance lors de l'ouverture de la procédure du fait que la Commission de surveillance peut prononcer des sanctions plus sévères que celles proposées par le chargé d'enquête.

Les manquements aux art. 6-8 CDB sont généralement sanctionnés plus sévèrement par la Commission de surveillance dès lors que seule la violation intentionnelle est poursuivie (art. 11 al. 3 CDB 2008). Dans ces cas, la gravité de la faute est nécessairement très haute.

La mesure de l'amende conventionnelle intervient notamment eu égard à la fortune de la banque. La Commission de surveillance, selon sa pratique bien établie, tient compte de la somme du bilan, du bénéfice, respectivement de la perte, et du capital propre de la banque.

## 1.2 Casuistique

1.2.1 [405/26] Une banque, se prévalant de sa qualité de banquier privé, au sens de la loi sur les banques, a refusé de produire ses comptes annuels. La Commission de surveillance a statué qu'une banque n'a pas le droit de refuser de produire ses comptes annuels dans le cadre d'une procédure visant à établir et sanctionner des manquements à la Convention de diligence. En adhérant à la CDB 2008, la banque a, en effet, accepté de se soumettre au système de sanctions conformément aux art. 10-13 CDB 2008 y inclus la règle concernant la mesure de l'amende de l'art. 11 al. 1 CDB 2008. De toute manière, la qualité de banquier privé selon la loi sur les banques ne signifie pas que le banquier est libéré de l'obligation de publier ses rapports d'activités et ses comptes intermédiaires.<sup>110</sup> Le banquier peut seulement se limiter à les tenir à la disposition du public pour consultation à ses guichets.<sup>111</sup> Dès lors que les banquiers privés sont obligés de tenir à disposition du public leurs comptes annuels, ils ont manifestement l'obligation de les mettre à disposition du chargé d'enquête respectivement de la Commission de surveillance.<sup>112</sup> La Commission de surveillance a, cependant, renoncé à

<sup>109</sup> Cf. à ce sujet ch. 1.2 *infra*.

<sup>110</sup> Cf. art. 6 al. 6 en relation avec l'art. 6 al. 4 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques, LB; RS 952.0).

<sup>111</sup> Art. 26 al. 2 de l'Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (Ordonnance sur les banques, OB; RS 952.0).

<sup>112</sup> Lesquels sont de toute manière soumis à une stricte obligation de préserver la confidentialité conformément à l'art. 12 al. 8 CDB 2008.

prononcer une peine conventionnelle complémentaire à l'encontre de la banque en raison de son refus de coopérer.<sup>113</sup> La conséquence du refus de fournir des renseignements sur sa situation patrimoniale est qu'il n'a pas été tenu compte d'une éventuelle possibilité de réduction de la sanction pour tenir compte de la taille éventuellement modeste de la banque.

1.2.2 Le Tribunal arbitral, mis en œuvre, a clairement statué, dans sa décision du 14 septembre 2009 – contrairement à une jurisprudence bien établie de la Commission de surveillance – que le comportement coopérant de la banque dans la procédure d'enquête et dans le cadre de la procédure devant la Commission de surveillance ne représente pas un facteur d'atténuation de la peine. C'est une évidence que la banque doit adopter un comportement coopératif. La coopération de la banque découle de son adhésion aux règles stipulées dans la CDB<sup>114</sup> et ne constitue par conséquent pas un comportement exceptionnel qui devrait être valorisé.

Le fait également que la banque se soit efforcée de remédier aux manquements n'est pas non plus un facteur d'atténuation de l'amende selon le Tribunal arbitral. Remédier aux manquements constatés est en effet un devoir général découlant du droit bancaire.

1.2.3 [413/13] Les violations de la Convention de diligence qui ne sont pas imputables à un collaborateur mais à un cadre dirigeant de la banque sont, en principe, sanctionnées plus sévèrement. C'est ainsi que, par exemple, le fait que la violation de la CDB ait été commise par le directeur d'une succursale et directeur-adjoint de la banque<sup>115</sup> a été considéré comme un facteur aggravant.

## **2. Le blâme ou la suspension de la procédure**

Dans les cas de peu de gravité, un blâme est adressé à la banque fautive au lieu d'une amende conventionnelle à moins que la procédure ne soit suspendue sans qu'une sanction ne soit prononcée (art. 11 al. 2 CDB 2008). La Commission de surveillance ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir quels sont les cas de peu de gravité qui doivent être sanctionnés par un blâme et lesquels donnent lieu à une suspension de la procédure. La Commission de surveillance n'a, à ce jour, pas prononcé de suspension de la procédure au motif qu'il s'agit d'un cas de peu de gravité. Par contre, la Commission de surveillance a, plusieurs fois, eu à trancher la question de savoir si la violation de la convention représentait un cas de peu de gravité.

---

<sup>113</sup> Ce qu'elle aurait pu faire en application de l'art. 11 al. 7 CDB.

<sup>114</sup> Cf. art. 12 al. 8 CDB 2008 respectivement art. 12 al. 6 CDB 2003 : "Si une banque refuse de participer 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. 11 CDB."

<sup>115</sup> Cf. pour l'état de fait, ch. V/6.2.8 *supra*.

## 2.1 Documents d'identification périmés

[344/8, 376/10 et 392/11] Certes, l'utilisation de documents pour la vérification de l'identité d'une personne morale ou d'une société de personnes datant de plus de 12 mois ne constitue pas une violation grave de la Convention selon l'art. 11 al. 2 let. a CDB 2008. Cette règle n'est toutefois pas absolue. La Commission de surveillance a en effet jugé qu'il s'agit d'un cas de peu de gravité seulement si les documents d'identification excèdent de peu la période maximale admissible de 12 mois conformément au ch. 16 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2008 (respectivement ch. 15 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003). En cas d'identification du cocontractant à l'aide de documents d'identification très anciens, des doutes importants surgissent tant quant à son existence qu'aux pouvoirs de représentation de l'interlocuteur de la banque. Le but de la Convention de diligence ne peut dès lors plus être atteint et il ne peut plus être question d'un cas de peu de gravité. Dans le cas d'espèce, la Commission de surveillance devait juger d'une procédure d'identification à l'aide d'un extrait du Registre du commerce datant de 22 mois ce qui ne constituait plus un cas de peu de gravité. A fortiori, la Commission de surveillance a-t-elle jugé que l'identification faite au moyen de documents datant de plus de 10 respectivement 20 ans ne constituait pas un cas de peu de gravité.

## 2.2 Formulaire A incomplet

2.2.1 [388/14] Conformément à l'art. 11 let. b CDB 2008, une violation de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique ne peut constituer un cas de peu de gravité qu'à la condition que le formulaire A prélevé mentionne les nom et prénom (respectivement la raison sociale) de l'ayant droit économique et que ce formulaire soit signé par le cocontractant. L'absence d'un formulaire A, respectivement un formulaire A signé en blanc, qui ne contient aucune donnée au sujet de l'ayant droit économique, ne constitue par conséquent pas un cas de peu de gravité.

2.2.2 [390/15] Une banque a obtenu d'une société de domicile un formulaire A rempli de manière incomplète en ce sens qu'aucune des rubriques relatives à la qualité d'ayant droit économique n'a été cochée ni par le cocontractant ni par un (ou plusieurs tiers). Le formulaire A contenait simplement le nom et l'adresse de l'interlocuteur de la banque.<sup>116</sup> Comme il n'existait aucun indice laissant à penser qu'il ne s'agissait pas de l'ayant droit économique, la Commission de surveillance a considéré que cette violation de la convention constituait un cas de peu de gravité.

---

<sup>116</sup> Cf. à ce sujet ch. V/3.2.10 *supra*.

### 2.3 Qualification de société de domicile

[399/19] Une banque avait considéré, à tort, que sa cocontractante n'était pas une société de domicile et a par conséquent négligé d'exiger un formulaire A. Certes, conformément à l'art. 11 al. 2 let. d CDB 2008, on peut considérer que le cas est de peu de gravité lorsque la banque néglige de consigner dans le dossier les motifs pour lesquels elle n'a pas retenu la qualification de société de domicile en dépit de l'existence d'indices pertinents à ce sujet. Cela présuppose toutefois que l'évaluation de la banque soit effectivement correcte (à savoir que la cocontractante n'est effectivement pas une société de domicile) ce qu'elle a reconnu ne pas être le cas en l'espèce.

### 2.4 Montant des valeurs

[415/12] Conformément à l'art. 11 al. 2 let. c CDB 2008, le cas est de peu de gravité lorsque les valeurs concernées n'excèdent pas CHF 25'000.00. Dans un cas, la Commission de surveillance a considéré que des manquements affectant plusieurs ouvertures de compte ne constituaient pas un cas de peu de gravité alors même que dans chaque cas, les valeurs créditées dans le cadre des relations d'affaires concernées n'excédaient pas le montant de EUR 3'500.00. Comme plusieurs manquements de même nature à la Convention de diligence ont été reprochés à la banque,<sup>117</sup> la Commission de surveillance a conclu à l'existence d'un défaut d'organisation ce qui, selon la jurisprudence, exclut de retenir le cas de peu de gravité.<sup>118</sup>

[375/18] Eu égard au seuil de CHF 25'000.00 résultant de l'art. 11 al. 2 let. c CDB 2008, la Commission de surveillance a jugé, inversement (en procédant à une appréciation globale), qu'une violation de la convention affectant une seule relation d'affaires dans le cadre de laquelle des valeurs importantes ont été comptabilisées ne peut pas être qualifiée de cas de peu de gravité.

### 2.5 Accumulation des cas de peu de gravité

[364/11] La Commission de surveillance a statué que lorsqu'un grand nombre de relations d'affaires était affecté, on ne pouvait plus parler de cas de peu de gravité. La notion de cas de peu de gravité ne comporte en effet pas seulement une appréciation qualitative mais également quantitative. La Commission de surveillance n'a pas définitivement tranché la question de savoir à partir de quel nombre de violations de la Convention, il n'est plus possible de parler d'un cas de peu de gravité. Dans le cas d'espèce, plusieurs centaines de

---

<sup>117</sup> C'est un total de 20'000 relations d'affaires qui ont été jugées défectueuses, c'est pourquoi en raison du grand nombre de relations d'affaires affectées, on ne pouvait manifestement plus considérer qu'il s'agissait d'un cas bénin (cf. sur la question de l'accumulation de cas de peu de gravité également ch. 2.5 *infra*).

<sup>118</sup> Cf. la circulaire n° 7502 de l'ASB du 11 janvier 2007.

relations d'affaires étaient concernées, ce qui ne pouvait manifestement plus être considéré comme un cas de peu de gravité. De surcroît, l'existence d'un grand nombre de violations de la convention permet généralement de conclure à une organisation défectueuse, ce qui exclut de toute manière la qualification de cas de peu de gravité.

C'est également ce qu'a décidé le Tribunal arbitral, dans sa décision du 14 septembre 2009, où en raison du seul caractère systématique des violations commises à la convention, il ne pouvait plus retenir la qualification de cas de peu de gravité alors même qu'examinées séparément, elles apparaissaient comme plus ou moins graves.

### **3. Mélange de cas de peu de gravité avec d'autres cas**

[355/18] Outre l'accumulation de cas de peu de gravité, la Commission de surveillance a également eu à juger de l'accumulation de violations de la Convention de diligence qui ne représentaient que partiellement des cas de peu de gravité. Eu égard au principe selon lequel, il y a lieu de procéder à une appréciation globale des violations constatées dans la procédure, la Commission de surveillance a conclu que, dans de tels cas, les violations de la Convention commises par la banque, ne pouvaient pas être qualifiées globalement de cas de peu de gravité. Il n'y a par conséquent pas lieu de distinguer dans une procédure entre les violations de la Convention qui constituent des cas de peu de gravité et celles qui n'en sont pas. Il ne serait pas raisonnable de prononcer un blâme en plus d'une peine conventionnelle. Il va de soi qu'il est tenu compte de la gravité relative des diverses infractions à la Convention lors du prononcé de la peine.

## **VII. RESPONSABILITE POUR LES PREDECESSEURS EN DROIT**

[371/7] En se référant à un avis de droit qu'elle a produit dans la procédure, une banque a soutenu qu'elle n'était pas responsable des violations à la convention commises par l'entité juridique à laquelle elle a succédé. La banque entendait ainsi remettre en question la jurisprudence constante de la Commission de surveillance selon laquelle il a toujours été admis que la banque répondait des actes de l'entité juridique dont elle a pris la succession.<sup>119</sup>

Après un examen détaillé des arguments soulevés par la banque, la Commission de surveillance a conclu qu'il n'existait pas de motifs suffisants et pertinents pour modifier sa jurisprudence. La Commission de surveillance a ainsi confirmé que, sous l'empire de la CDB 2008 également, la banque répond des actions et omissions de son prédécesseur du point de vue de la Convention de diligence.

---

<sup>119</sup> Cf. *Friedli*, RSDA 2005, p. 259; cf. également version française p.62.

## VIII. PERSPECTIVES

Conformément à l'art. 14 al. 2 CDB 2008, la CDB 2008 restera en vigueur, en tout cas jusqu'au 30 juin 2013. Ce n'est qu'à partir de cette date qu'elle pourrait être résiliée moyennant un préavis de trois mois. Il y a de bonnes raisons de penser que la Convention de diligence sera renouvelée après le 30 juin 2013.

Elle a toujours sa place dans le cadre de la réglementation étatique de lutte contre le blanchiment d'argent. C'est ainsi que la nouvelle Ordonnance sur le blanchiment d'argent FINMA du 10 décembre 2010 concernant les banques, négociants en valeurs mobilières, etc. prévoit expressément que la CDB 2008 s'applique à la vérification de l'identité du cocontractant et à l'identification de l'ayant droit économique<sup>120</sup>. A cela s'ajoute que la CDB 2008 a valeur de standard minimum dans le cadre de l'autorégulation conformément à la circulaire FINMA du 20 novembre 2008 (Circulaire FINMA 08/10 "Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux").

Georg Friedli, avocat  
Berne, le 10 janvier 2011

---

<sup>120</sup> Art. 32 OBA-FINMA.