

COMMISSION DE SURVEILLANCE CDB

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

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

(du 1^{er} juillet au 31 décembre 2019)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20 la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis l'adoption des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet en application de cette disposition.¹ Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016.²

Depuis 2007, en complément à ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2019.

B. LA CDB 20

La CDB a été révisée à plusieurs reprises depuis son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1977. C'est la version révisée de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 13 juin 2018 (CDB 20) qui s'applique depuis le 1^{er} janvier 2020.⁴

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

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

² Le rapport d'activité 2011-2016 de la Commission de surveillance a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association suisse des banquiers (ASB) (cf. Circulaire ASB N° 7933 du 5 juillet 2017) et dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB N° 8003 du 25 septembre 2019 couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2019 que la Commission de surveillance a publié en dernier lieu ses „Leading Cases“.

⁴ Cf. art. 69 al. 1 CDB 20.

D'autre part, l'application de cette disposition exceptionnelle a été assortie de conditions additionnelles⁵ (art. 45 al. 3 CDB 20). De surcroît, la CDB 20 autorise dorénavant expressément l'identification par vidéo et en ligne en faisant référence aux prescriptions en vigueur de la FINMA, soit la Circulaire relative à l'identification par vidéo en ligne et reconnaît ainsi sa conformité aux obligations de diligence (art. 9 al. 2, art. 10 al. 2, art. 21 al. 5, art. 28 al. 6 CDB 20). Les règles relatives à la procédure sommaire ont en outre été actualisées (art. 62 CDB 20).⁶ Enfin, les formulaires modèles annexés à la CDB 20 (formulaires A, I, K, S et T) ont fait l'objet de précisions.

Les nouvelles règles de la CDB 20 s'appliquent lors de l'ouverture d'une nouvelle relation d'affaires après le 1^{er} janvier 2020 ou, en cas de répétition des obligations de diligence, conformément à l'art. 46.⁷ En outre, avec l'entrée en vigueur de la CDB 20, les violations de dispositions des CDB antérieures sont tranchées selon les règles de procédure et de prescription de la CDB 20.⁸

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

C. QUESTIONS DE PROCEDURE

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

1.1. La Commission de surveillance est exclusivement compétente pour l'instruction et la sanction de violations des obligations de diligence CDB,⁹ à l'exclusion des violations d'obligations qui résultent d'autres dispositions réglementaires¹⁰ (comme, par ex., le Code pénal ou la législation en matière de blanchiment d'argent).

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

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

⁷ art. 70 al. 2 CDB 20.

⁸ art. 70 al. 3 CDB 20.

⁹ Cf. art. 61 al. 1 CDB 16.

¹⁰ Cf. art. 60 al. 2 CDB 16.

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

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

2. Charge de la preuve

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

¹¹ Cf. également ch. 1.1 ci-dessus.

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

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

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

¹⁵ Cf. art. 44 CDB 16.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Art. 35 OBA-FINMA.

¹⁹ Arrêt 6B_501/2009 du 17 janvier 2011, C. 2.1.3 avec renvoi à Ralph Wyss *in* Thelesklaf/Wyss/Zollinger/van Thiel, GwG Kommentar, 2^{ème} édition, Zurich 2009, N 1-2 à l'art. 14 OBA-FINMA.

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

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

4. Procédure sommaire

Pendant la période en revue, la Commission de surveillance a, pour la première fois, rendu une décision selon la procédure sommaire prévue à l'art. 62 CDB 16. L'espoir que la procédure sommaire applicable à des cas simples soit plus rapide²¹ et moins coûteuse²² s'est réalisé : la décision de la Commission de surveillance a été rendue en moins de cinq mois depuis l'ouverture de la procédure et les frais mis à charge de la banque ont été nettement moins élevés que dans des cas similaires pour lesquels une instruction préalable a été menée par le chargé d'enquête avant l'ouverture de la procédure de sanction devant la Commission de surveillance.

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

D. CASUISTIQUE

1. Degré de diligence

Selon l'approche fondée sur les risques²³ de la CDB, le degré de diligence exigé de la banque dépend des circonstances concrètes de la relation d'affaires concernée.²⁴ Si, dans le cadre d'une relation d'affaires naît un soupçon sérieux que des personnes impliquées (en qualité de cocontractant, d'ayant droit économique et/ou de signataire) participent à une activité criminelle, en particulier de blanchiment d'argent, la banque doit faire preuve d'un degré de diligence accru.

²¹ Car il n'y a pas de procédure d'instruction.

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

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

²⁴ Cf. let. C ch. 1 des Leading Cases du 1^{er} juillet – 31 décembre 2018.

2. Obligation d'identification des détenteurs de contrôle

Selon l'art. 25 al. 1 CDB 16, aucune déclaration relative aux détenteurs de contrôle n'est exigée des sociétés et communautés qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens, ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, pour autant qu'elles se tiennent exclusivement aux buts précités et ne présentent pas de lien reconnaissable avec des pays à risque accru.

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

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

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

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

Selon l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16, les sociétés de domicile, qui ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, n'ont pas l'obligation de remettre une déclaration relative à l'identification des ayants droit économiques, pour autant qu'elles se tiennent exclusivement aux buts précités.

Contrairement aux exceptions stipulées à l'art. 25 al. 1 CDB 16 (applicables à l'identification du détenteur de contrôle de sociétés et de communautés)²⁷ et à l'art. 34 al. 2 CDB 16 (concernant l'identification de l'ayant droit économique de sociétés simples poursuivant un but d'intérêt public ayant plus de quatre associés), l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16 n'exige pas que le cocontractant n'entretienne pas de liens avec des pays présentant des risques accrus. Il s'agit certainement d'une erreur de rédaction. Il n'existe en effet aucun motif reconnaissable d'exonérer des organismes poursuivant un but d'intérêt public des obligations d'identification selon qu'il s'agit ou non de sociétés de domicile. L'exigence de ne pas présenter de lien avec des pays à risques accrus stipulée à l'art. 25 al. 1 CDB 16 et à l'art. 34 al. 2 CDB 16 vaut par conséquent également en application de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.²⁸

Ainsi, s'agissant de sociétés de domicile, qui, au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB, ont pour but la sauvegarde des intérêts de leurs membres ou de leurs bénéficiaires collectivement et par leurs propres moyens ou qui poursuivent des buts politiques, religieux, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou des buts analogues, elles ne sont dispensées de fournir une déclaration concernant l'ayant droit économique, que pour autant qu'elles ne présentent également pas de lien avec des pays à risques accrus.

4. Obligations d'identification en lien avec des fondations

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

²⁷ Cf. à ce sujet également ch. 2 ci-dessus.

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

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

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

Selon le commentaire de l'ASB de la CDB 16, les banques peuvent toutefois renoncer à identifier l'ayant droit économique d'une fondation et à prélever un formulaire S, lorsque la fondation poursuit exclusivement un but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16.³⁰ En d'autres termes, l'art. 39 al. 4 let. a CDB 16 s'appliquerait par analogie aux fondations.³¹

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

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

³¹ Et aux Trusts.

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

Ainsi les banques doivent également prélever un formulaire S, lorsque la cocontractante est une fondation à but idéal au sens de l'art. 39 al. 4 lit. a CDB 16.³²

5. Obligations de répétition

Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, les banques ont l'obligation de répéter la vérification de l'identité du cocontractant et d'identifier l'ayant droit économique³³, lorsque le cocontractant de la banque a fusionné. En tout cas, lorsque – comme dans le cas d'espèce – le client existant de la banque est repris à la suite de la fusion, de sorte que la relation d'affaires, de par la fusion, passe à un nouveau cocontractant.³⁴

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

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

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

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

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

E. MESURE DE L'AMENDE CONVENTIONNELLE

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

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

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

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

³⁷ Cf. let D ch. 4 ci-dessus.

³⁸ Let. B ch. 4 des Leading Cases d'octobre 2008.

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

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

Berne, février 2020

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X1424631.docx

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

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

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