

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

(du 1^{er} juillet au 31 décembre 2024)

A. INTRODUCTION

Conformément à l'art. 66 al. 5 CDB 20, la Commission de surveillance – dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires – informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence. En application de cette disposition¹, la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité complet depuis l'adoption de la CDB en 1977 (CDB 77). Le dernier rapport d'activité couvre la période 2017 à 2021.²

Depuis 2007, en complément de ses rapports d'activité traditionnels, la Commission de surveillance publie, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance, publie régulièrement, depuis l'année 2017, 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 2024.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

Au cours de ce semestre, la Commission de surveillance a eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur des questions de preuve.

1. Fardeau de la preuve

1.1. [537/13] La Commission de surveillance a confirmé sa pratique selon laquelle, dans le cadre d'une procédure CDB, il appartient à la banque de prouver qu'elle a respecté ses obligations de diligence. Ceci est d'autant plus vrai si la banque veut se prévaloir d'une disposition d'exception. Si une banque fait valoir qu'il existe une exception à

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

² Le Rapport d'activité 2017-2021 de la Commission de surveillance a fait l'objet d'une publication par voie de circulaire n° 8090 de l'Association suisse des banquiers (ASB) du 15 Décembre 2022 sur le portail de l'ASB (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) ainsi que dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2022, p. 469 ss.

³ C'est par la Circulaire ASB n° 8124 du 1^{er} octobre 2024 (disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent) que la Commission de surveillance a publié, en dernier lieu, ses „Leading Cases“ couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2024.

une obligation d'identification, elle doit alors clarifier les conditions d'application de l'exception et les documenter dans le cadre de l'obligation de documentation et de mise en sûreté.⁴

1.2. [532/13] Selon la pratique antérieure de la Commission de surveillance, la banque n'était pas tenue de prouver si un client était ou non une société de domicile.⁵ Cette pratique se référait toutefois à la CDB 08 et aux versions précédentes. Avec l'entrée en vigueur de la CDB 16, un changement de système a été opéré en ce qui concerne l'obligation d'identifier l'ayant droit économique. En particulier, la présomption selon laquelle le cocontractant est lui-même l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales apportées, qui existait sous la CDB 08,⁶ n'est plus valable.⁷ Depuis la CDB 16, il est désormais obligatoire d'identifier les "détenteurs du contrôle" des personnes morales et des sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle.⁸

La pratique de la Commission de surveillance développée sous l'empire de la CDB 08 et des versions précédentes au sujet du fardeau de la preuve en matière de qualification d'un client en tant que société de domicile ne peut pas être transposée au nouveau concept lié à l'identification des détenteurs du contrôle et à l'identification de l'ayant droit économique introduit par la CDB 16. Il découle plutôt du changement de système qui résulte de l'entrée en vigueur de la CDB 16 que la banque doit (contrairement à la pratique antérieure de la Commission de surveillance) prouver et documenter, dans le cadre de son obligation de documentation et de mise en sûreté selon l'art. 44 CDB 16/20, si une personne morale ou une société de personnes est une société de domicile ou si elle exerce une activité opérationnelle.

1.3. [535/24] La règle du fardeau de la preuve, selon laquelle il incombe en principe à la banque de prouver qu'elle a rempli ses obligations de diligence,⁹ s'applique aux obligations de diligence relatives à la vérification de l'identité du cocontractant (art. 4 ss CDB 20), à l'identification des détenteurs du contrôle des personnes morales et des sociétés de personnes exerçant une activité opérationnelle (art. 20 ss. CDB 20), lors de l'identification de l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales (art. 27 ss. CDB 20), lors de la délégation et surveillance (art. 43 ss. CDB 20) ainsi que lors des obligations de répétition (art. 46 CDB 20). Il en va en revanche autrement de l'interdiction de l'assistance active à la fuite des capitaux (art. 47 ss. CDB 20) et de l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues (art. 53 ss. CDB 20). Une sanction pour violation des art. 47 ss. CDB 20, respectivement des art. 53 ss. CDB 20 suppose qu'il puisse être prouvé que la banque a apporté une assistance active à la fuite de capitaux ou une assistance active à la soustraction fiscale ou à des actes analogues.¹⁰

⁴ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 481, r22, avec d'autres références.

⁵ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2005-2010, RSDA 1/2011, ch. IV/3.2.12, p. 55.

⁶ Cf. art. 3 al. 1 CDB 08.

⁷ Art. 27 al. 1 CDB 16. Cf. également le Commentaire de l'Association suisse des banquiers [ASB] sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 16], 2e édition, art. 29, p. 26.

⁸ Art. 20 et suivants CDB 16.

⁹ Cf. ch. 1.1 ci-dessus.

¹⁰ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 685, ch 8.

2. Degré de preuve

[535/24] Une sanction pour violation des art. 53 ss. CDB 20 suppose qu'il puisse être prouvé, dans le cadre d'une procédure CDB, que la banque a commis les éléments constitutifs d'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues.¹¹ Conformément à la règle de la pleine conviction, également applicable dans une procédure CDB, une preuve est tenue pour apportée lorsque la Commission de surveillance a pu se convaincre de la véracité d'une allégation de fait.¹² Une certitude absolue ne peut pas être exigée. Il suffit que la Commission n'ait plus de doutes sérieux quant à l'existence du fait ou que les doutes subsistants apparaissent faibles.¹³ En revanche, la simple possibilité d'un certain fait ne suffit pas.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation d'identifier les détenteurs du contrôle

[537/32] Les sociétés holding au sens de l'art. 39 al. 4 let. b CDB 20 ne sont pas considérées comme des sociétés de domicile. De telles sociétés holding doivent donc être traitées de manière analogue aux sociétés exerçant une activité opérationnelle, c'est-à-dire qu'un formulaire K¹⁴ doit être obtenu.¹⁵ La Commission de surveillance a donc sanctionné une banque qui avait omis d'identifier les détenteurs du contrôle, bien qu'elle ait expressément indiqué dans une note interne que le cocontractant était une société holding au sens de l'art. 39 al. 4 let. b CDB 20.

2. Obligation d'identifier l'ayant droit économique

[537/14] Une banque viole l'obligation d'identifier l'ayant droit économique lorsqu'elle accepte un formulaire A et renonce à des clarifications supplémentaires, bien qu'elle dispose d'informations contradictoires sur l'ayant droit économique.

Dans le cas présent, la cocontractante avait déclaré sur le formulaire A qu'elle était elle-même l'ayant droit économique. En même temps, la banque avait enregistré dans son système interne une autre personne comme ayant droit économique, sur la base des informations que la cliente lui avait fournies dans le cadre de l'ouverture du compte. Dans ce contexte, la banque aurait dû procéder à des clarifications supplémentaires et demander une nouvelle déclaration indubitable sur l'ayant droit économique.

¹¹ Cf. ch. 1.3 ci-dessus.

¹² Cf. ATF 140 III 610 consid. 4.1.; JdT 2015 II 433, consid. 4.1.

¹³ Cf. ATF 130 III 321 consid. 3.2.; JdT 2005 I 619, consid. 3.2.

¹⁴ Ou une autre déclaration écrite au sens de l'art. 21 al. 1 CDB 20.

¹⁵ Cf. également le Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques [CDB 20], art. 39, p. 58.

3. Obligations de répétition

Conformément à l'art. 46 al. 1 CDB 20, les banques doivent répéter la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur du contrôle ou de l'ayant droit économique lorsqu'un doute survient (a) quant à l'exactitude des indications données sur l'identité du cocontractant, (b) sur le point de savoir si le détenteur du contrôle est toujours le même, (c) sur le point de savoir si l'ayant droit économique est toujours le même ou (d) quant à l'exactitude des déclarations faites au moyen des formulaires A, I, K, R, S et T et que ce doute n'a pas pu être levé par d'éventuelles clarifications. Un cas de doute au sens de l'art. 46 CDB 20 existe toujours lorsque des constatations insolites sont faites.¹⁶

3.1. [537/32] Le doute au sens de l'art. 46 CDB 20 peut également porter sur la qualification du cocontractant comme société de domicile ou comme personne morale ou société de personnes active sur le plan opérationnel. Une banque enfreint donc les obligations de répétition prévue à l'art. 46 CDB 20 si elle reste inactive alors qu'au cours de la relation d'affaires, des doutes apparaissent au sujet de la pertinence de la qualification initiale du cocontractant en tant que société de domicile ou en tant que personne morale ou société de personnes exerçant une activité opérationnelle.

Dans le cas présent, la banque avait qualifié sa cocontractante de société de domicile lors de l'ouverture du compte. A la suite d'un entretien ultérieur avec le client, la banque a cependant retenu dans une note au dossier que la cocontractante était active dans le domaine de la "construction/achat de biens immobiliers". Bien que cette information indiquât une activité opérationnelle, la banque a renoncé à procéder à des clarifications supplémentaires pour déterminer si la cocontractante exerçait une activité opérationnelle ou non (et, le cas échéant, pour déterminer le détenteur du contrôle). Ce faisant, elle a violé son obligation de répétition au sens de l'art. 46 CDB 20.

3.2. [535/17] Un cas fréquent, propre à éveiller des doutes, est celui des paiements respectivement des retraits au comptant. Selon la pratique de la Commission de surveillance, les opérations au comptant qui portent sur des montants à six, voire sept chiffres, sont clairement de nature à provoquer un doute au sens de l'art. 46 CDB 20.¹⁷

La Commission de surveillance a donc sanctionné une banque pour violation de ses obligations de répétition, car la banque était restée inactive lorsqu'une cliente avait retiré de son compte bancaire un montant au comptant de CHF 100'000.00, d'autant plus que la justification donnée par la cliente pour ce retrait au comptant ne pouvait pas, par ailleurs, être considérée comme plausible.

¹⁶ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 489, r53.

¹⁷ Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance concernant l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} janvier 2019 au 30 juin 2019, let. D, ch. 2.1, avec d'autres références, disponibles sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

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

4.1. [535/23] Selon l'art. 57 let. c CDB 20, la mise à disposition des propres comptes de la banque constitue en particulier une assistance active illicite à la soustraction fiscale et à des actes analogues, dans la mesure où elle permet au cocontractant d'éluder des contributions fiscales dues. Selon la pratique de la Commission de surveillance, ce n'est pas seulement la mise à disposition d'un *compte* propre de la banque qui est considérée comme une assistance interdite à la soustraction fiscale et à des actes analogues, mais aussi la mise à disposition d'un *coffre-fort* propre de la banque,¹⁸ la mise à disposition d'un *compte ou d'un coffre-fort d'un membre du conseil d'administration ou d'un collaborateur de la banque*,¹⁹ ou l'utilisation d'un *compte ou d'un coffre-fort d'un autre client de la banque*.²⁰

A la lumière de cette jurisprudence, l'utilisation auprès de la banque d'un coffre-fort au nom du *cocontractant* lui-même, et donc en principe personnel, doit également être qualifiée d'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues, dans la mesure où la banque sait ou doit supposer que le coffre-fort du client est utilisé abusivement à des fins de soustraction fiscale.²¹ Le fait que les valeurs patrimoniales (non déclarées) ne soient pas conservées dans un coffre-fort appartenant à la banque, dans un coffre-fort d'un collaborateur de la banque ou dans un coffre-fort d'un autre client, mais dans un coffre-fort (privé) du cocontractant lui-même, n'y change rien. Sinon, l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues pourrait facilement être contournée par l'utilisation non pas d'un coffre-fort appartenant à la banque ou à un collaborateur de la banque, mais d'un coffre-fort (privé) loué par la banque à son client. Les exemples d'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues interdite cités à l'art. 57 CDB 20 ne sont, par ailleurs, clairement pas exhaustifs (*"par exemple : [...]"*).

4.2. [535/26] Une banque avait versé à une cliente un montant au comptant de six chiffres, alors qu'elle savait (et avait même consigné dans une note au dossier) qu'il s'agissait de fonds non déclarés et probablement même d'origine criminel. La Commission de surveillance est parvenue à la conclusion que les éléments constitutifs de l'infraction d'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues n'étaient certes pas réunis dans ce cas, mais que le comportement de la banque se rapprochait de ceux incriminés par les art. 53 ss CDB 20. A cet égard, la Commission de surveillance a considéré ce qui suit :

"La Commission de surveillance estime que le but de la norme commanderait certes de sanctionner le comportement de la banque en l'espèce en tant qu'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues. En effet, l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues, qui fait partie des règles déontologiques depuis la première version de la CDB en 1977 et dont le libellé est resté inchangé depuis la CDB 98, exprime clairement que la CDB, depuis sa première entrée en vigueur le 1er juillet 1977, vise à empêcher que les banques suisses soutiennent d'éventuelles soustractions fiscales. L'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale

¹⁸ Cf. Georg Friedli, Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance CDB pour la période 2005-2010, ch. V. 6.2.1.

¹⁹ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 696, r61.

²⁰ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 696 s., r62.

²¹ Le cas soumis à l'appréciation de la Commission de surveillance concernait un client qui avait retiré de son compte un montant en espèces à six chiffres et a rendu visite le même jour à son coffre-fort à l'agence de la banque. Sur la base des informations fournies par le client, la banque savait qu'il s'agissait d'argent non fiscalisé et que le client avait l'intention de déposer cet argent dans son coffre-fort.

et à des actes analogues est donc une émanation de l'objectif défini dans le préambule de la CDB, à savoir de préserver le renom de la place financière suisse sur les plans national et international."

Il serait donc conforme au but que les banques soient dans tous les cas sanctionnées pour assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues lorsqu'elles effectuent des transactions avec des fonds dont elles savent (ou devraient savoir) - comme en l'espèce - qu'ils ne sont pas déclarés. Le libellé (restreint) des dispositions du chapitre 7 de la CDB 20 a cependant pour conséquence que des comportements tels que celui adopté par la banque en relation avec [...] ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et à des actes analogues au sens de la CDB. Dans le cas présent, le comportement de la banque n'est pas compatible avec les principes d'une stratégie de l'argent propre que les banques suisses poursuivent avec beaucoup d'effort depuis le contentieux fiscal avec les Etats-Unis.

D. SANCTIONS

1. Cas bénins

[550/10] Dans les cas bénins, la procédure contre la banque fautive doit être suspendue sans prononcer de sanction.²² Le cas est bénin lorsque certaines données et/ou certains documents font défaut ou lorsque des documents n'ont pas été fournis dans la forme voulue, que cela n'a été constaté qu'après l'ouverture du compte et qu'il y a été remédié dans un délai de 30 jours.²³ En revanche, lorsque non seulement certaines données et/ou certains documents font défaut, mais que la banque ne dispose d'aucune documentation, on ne saurait parler d'un cas bénin.

Dans le cas présent, au moment de l'ouverture du compte, la banque ne disposait ni d'un document d'identification ni d'une déclaration relative à l'ayant droit économique. Le comportement de la banque ne pouvait donc pas être qualifié de cas bénin.

2. Détermination de la peine conventionnelle

2.1. [550/12] Une violation de la CDB est d'autant plus grave si la situation contraire à la CDB dure longtemps.

Dans un cas soumis à la Commission de surveillance, la banque avait ouvert une relation d'affaires sans disposer des documents d'identification requis. Cette lacune a cependant pu être comblée un jour plus tard. La Commission de surveillance a jugé ce cas moins grave qu'un autre, dans lequel la relation d'affaires était restée plus longtemps sans documents.

²² Art. 63 CDB 20.

²³ Art. 63 let. e CDB 20.

2.2. [550/12] Selon la pratique de la Commission de surveillance, le fait que des fonds importants aient été comptabilisés dans les relations concernées a pour effet d'aggraver la peine.²⁴ A l'inverse, une violation des règles CDB est moins grave si le montant des valeurs patrimoniales concernées est faible.

2.3. [550/13] Selon la pratique de la Commission de surveillance, il convient d'atténuer la peine lorsqu'une banque dépose une véritable autodénunciation, reconnaît expressément avoir violé la CDB et a remédié aux infractions constatées ou pris des mesures pour que de telles infractions ne puissent plus se reproduire.²⁵ En revanche, si la banque fait valoir dans sa dénonciation que les faits dénoncés sont isolés et qu'il s'avère par la suite, dans le cadre de la procédure d'enquête, que d'autres violations des règles CDB ont été commises, la banque ne peut pas se prévaloir d'une atténuation de la peine au sens de la jurisprudence précitée de la Commission de surveillance, car dans un tel cas, la dénonciation spontanée n'est manifestement pas complète.

2.4. [535/28] Si une banque, par son comportement, enfreint des règles fondamentales de la CDB et porte ainsi atteinte au renom de la place financière suisse sur les plans national et international,²⁶ il s'agit d'une violation grave des règles de la CDB.

Dans le cas présent, la banque avait omis de procéder aux clarifications requises lors de l'exécution de plusieurs transactions d'un montant à six chiffres, bien qu'elle ait su que la cocontractante n'était pas l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales et qu'il s'agissait de fonds non déclarés, voire même d'origine criminelle.

Berne, mars 2025

Dominik Eichenberger, avocat
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

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

²⁴ Cf. Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 495, r81.

²⁵ Une atténuation de la peine en raison du comportement de la banque après une violation de la CDB ne peut toutefois pas être accordée à la légère. Des efforts particuliers ou un comportement particulièrement exemplaire de la banque sont requis (Dominik Eichenberger, Rapport d'activité et jurisprudence de la Commission de surveillance instituée par la Convention relative à l'obligation de diligence des banques pour la période 2017 à 2021, RSDA 5/2022, p. 495, r80 ; cf. également Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} janvier 2020 au 30 juin 2020, Lettre D, disponible sur www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

²⁶ Cf. let. a du Préambule de la CDB 20.