

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} janvier au 30 juin 2021)

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, à intervalles plus courts, un aperçu de ses décisions les plus importantes. La première publication de cette nature, consacrée aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance, a eu lieu le 18 janvier 2007. Alors que ces „Leading Cases“ étaient initialement publiés à intervalles variables, la Commission de surveillance depuis l'année 2017 publie régulièrement, deux fois l'an, les „Leading Cases“ relatifs au semestre écoulé.³ Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ les plus récents couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2021.

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

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

³ C'est par la [Circulaire ASB n° 8057](#) du 25 janvier 2021 couvrant la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2020 (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“.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE

1. Le devoir de coopération des banques

1.1. En vertu de l'art. 18 du Règlement d'enquête du 16 décembre 2019, les banques sont tenues, dans le cadre d'une procédure CDB, de collaborer à l'établissement des faits pertinents. Elles doivent en particulier conserver les dossiers pertinents et les mettre à disposition du chargé d'enquête dès la notification de l'ouverture de la procédure d'enquête. Si les documents requis par le chargé d'enquête ne sont plus disponibles au moment de l'enquête, la banque doit fournir des informations sur leur localisation. Si une banque refuse de collaborer 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. 64 CDB 20 en vertu de l'art. 61 al. 2 CDB 20.

L'imposition d'une sanction pour violation de l'obligation de coopérer selon l'art. 61 al. 2 CDB 20 suppose que la banque n'ait pas donné suite à une demande spécifique et claire de production de documents de la part du chargé d'enquête (ou de la Commission de surveillance).

2. Conclusion de l'enquête

2.1. En application de l'art. 6 du Règlement de procédure du 14 mars 2019, le chargé d'enquête doit transmettre à la Commission de surveillance le dossier complet ainsi que ses réquisitions écrites à l'issue de l'enquête. Outre l'ensemble des pièces produites, les réquisitions du chargé d'enquête (appelées "rapport d'enquête") doivent contenir la désignation de la banque concernée, les conclusions juridiques, des informations sur la compétence de la Commission de surveillance, la présentation des faits qui justifient les conclusions juridiques, la référence aux preuves numérotées pour chaque fait, avec le bordereau des pièces jointes, ainsi que la date et la signature.⁴

Dans une décision récente, la Commission de surveillance a dû se pencher sur la nature juridique du rapport d'enquête des chargés d'enquête CDB. Elle a statué ce qui suit (traduction du texte original allemand) :

" Le rapport d'enquête concluant la procédure d'enquête avec les conclusions du chargé d'enquête n'a ni le caractère d'une demande au sens de la procédure civile, ni celui d'un acte d'accusation au sens de la procédure pénale. La procédure CDB s'apparente plutôt à une procédure administrative, même si le Règlement d'enquête - contrairement au Règlement de procédure - ne prévoit pas explicitement l'application subsidiaire de la PA, d'autant plus que l'Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 3 juin 2015 sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, OBA -FINMA ; RS 955.033.0) fait plusieurs fois référence à la CDB. Ainsi, le rapport d'enquête n'a pas à respecter les exigences d'allégation et de preuve de la procédure civile ou les exigences découlant du principe de l'accusation de la procédure pénale. Dans une procédure CDB - par analogie avec une procédure administrative (voir art. 12 PA) - les faits doivent être établis d'office. La CDB ne stipule pas qu'après sa réception la Commission de surveillance doit vérifier si le rapport d'enquête a été correctement établi. Elle ne stipule pas non plus que la Commission de surveillance serait tenue de renvoyer au chargé d'enquête un rapport d'enquête irrégulier pour complément ou correction ou qu'elle ne pourrait pas entrer en matière sur des conclusions sans preuves du chargé d'enquête.

⁴ Art. 6 al. 2 du Règlement de procédure.

Dans sa décision, la Commission de surveillance n'est expressément pas liée par le rapport d'enquête et les conclusions du chargé d'enquête (art. 2 al. 3 du Règlement de procédure). Elle jouit au contraire d'un plein pouvoir de cognition, aux fins d'élucider et de sanctionner les violations de la Convention de diligence sur la base du dossier qui lui est transmis par le chargé d'enquête (voir l'art. 13, al. 1, en liaison avec l'art. 6 al. 2 let. a du Règlement de procédure), étant précisé que la Commission de surveillance peut également recueillir des preuves supplémentaires et compléter le dossier de sa propre initiative, si nécessaire (art. 13 al. 2 du Règlement de procédure)."

2.2. Dans le rapport d'enquête du chargé d'enquête⁵ les faits⁶ doivent être décrits uniquement, mais au moins, de manière suffisamment précise pour permettre à la banque concernée de reconnaître ce qui lui est spécifiquement reproché, afin qu'elle puisse exercer de manière adéquate ses droits de la défense. De légères inexactitudes ou des lacunes dans la description des faits sont sans importance décisive, pour autant que la banque sache clairement quels sont les manquements aux devoirs de diligence qui lui sont reprochés. Que le chargé d'enquête présente les faits, c'est-à-dire l'exposé de l'état de fait, dans le corps même du rapport d'enquête ou dans une annexe au rapport d'enquête est en principe sans importance, tant que les droits de défense de la banque concernée et son droit d'être entendu demeurent respectés.

2.3. Selon l'art. 20 al. 2 du Règlement d'enquête, une procédure d'enquête doit normalement être achevée dans les neuf mois dès son ouverture ; dans le cas contraire, le chargé d'enquête doit justifier les raisons du retard de la procédure auprès de la Commission de surveillance.

La disposition de l'art. 20 al. 2 du Règlement d'enquête n'est cependant qu'une simple règle d'ordre, dont la méconnaissance n'affecte pas la validité de la procédure d'enquête et/ou du rapport d'enquête du chargé d'enquête. La banque ne peut donc rien tirer en sa faveur du fait que le délai de neuf mois n'ait pas été respecté dans une procédure d'enquête ou que le chargé d'enquête n'ait pas motivé le retard de la procédure dans son rapport d'enquête, d'autant plus que les enquêtes ne sont censées être terminées qu'"en règle générale" dans un délai de neuf mois.

3. (Dis) proportionnalité des enquêtes

3.1. Si une banque estime qu'un acte d'enquête du chargé d'enquête est disproportionné, elle peut refuser de coopérer à la mesure d'enquête conformément à l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête et présenter ses objections au chargé d'enquête. Si la banque et le chargé d'enquête ne parviennent pas à un accord, le Président de la Commission de surveillance décide de l'admissibilité de la mesure d'enquête contestée.

Cependant, ni la CDB ni le Règlement d'enquête ne contiennent de dispositions plus précises sur la procédure applicable à la décision du Président. Il appartient donc au Président, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, de trancher les questions de procédure qui se posent. Dans une décision récente, le Président a notamment clarifié les questions suivantes :

⁵ Cf. sur la nature juridique du rapport d'enquête en détail n° 2.1 ci-dessus.

⁶ L' " exposé des faits qui fondent les conclusions juridiques " (cf. art. 6 al. 2 lit. b du Règlement de procédure).

Étant donné que le Règlement d'enquête ne précise pas qui, de la banque ou du chargé d'enquête, peut ou doit faire appel au Président de la Commission de surveillance en cas de désaccord, tant la banque que le chargé d'enquête ont le droit de faire appel au Président de la Commission de surveillance et de demander une décision sur l'admissibilité des actes d'enquête querellés.⁷

Le Règlement d'enquête ne stipule pas non plus que le Président de la Commission de surveillance doit être saisi dans un certain délai.⁸ Si le chargé d'enquête fixe à la banque un délai pour saisir le Président de la Commission de surveillance,⁹ le non-respect d'un tel délai, qui n'a aucun fondement dans le Règlement d'enquête ou la CDB, ne signifie pas que la banque soit déchu de son droit¹⁰ du fait d'avoir tardé.¹¹

3.2. Selon la pratique de la Commission de surveillance, les dispositions de l'art. 3 du Règlement d'enquête sur l'admissibilité des enquêtes respectivement des actes d'investigation du chargé d'enquête doivent être interprétées de manière extensive. En effet une interprétation restrictive de l'art. 3 du Règlement d'enquête serait contraire à l'esprit et au but de la Convention de diligence et aurait pour conséquence de faire perdre sa crédibilité à l'institution d'autorégulation telle que prévue par la CDB. Cela ne saurait être dans l'intérêt de la place financière suisse, dont la sauvegarde de la réputation est l'un des objectifs déclarés de la CDB.¹² En revanche, les mesures d'investigation qui ne sont manifestement pas appropriées, pas nécessaires et/ou pas raisonnables sont inadmissibles.

Les mesures d'enquête prises par le chargé d'enquête sont également disproportionnées, lorsque le manquement reproché à la banque, même s'il était prouvé, ne remplirait pas les éléments objectifs et (le cas échéant) subjectifs d'une règle de la CDB. Il faut cependant faire preuve de retenue lorsqu'on suppose que les mesures d'enquête sont disproportionnées. En effet, la qualification juridique du comportement de la banque incombe fondamentalement à la Commission de surveillance dans sa décision de sanction et non au Président dans le

⁷ En pratique, c'est généralement le chargé d'enquête qui fait appel au Président s'il veut maintenir un acte d'enquête contesté (car la banque peut par principe se limiter à refuser de coopérer). En l'espèce, c'est la banque qui s'est adressée au Président pour demander qu'une mesure d'instruction envisagée par le chargé d'enquête soit déclarée disproportionnée. Le Président est entré en matière sur la demande de la banque.

⁸ Le Règlement d'enquête ne prévoit en particulier pas que la banque soit tenue par un délai pour contester auprès du Président de la Commission de surveillance une mesure d'enquête du chargé d'enquête qu'elle juge inadmissible.

⁹ En revanche, le fait que le chargé d'enquête fixe à la banque un délai pour s'adresser au Président de la Commission de surveillance afin de clarifier si la banque peut maintenir ses objections est parfaitement logique pour des raisons d'économie de procédure.

¹⁰ Une telle conséquence de péremption n'est prévue ni dans le Règlement d'enquête ni dans la CDB, et ne peut pas non plus être fondée sur d'autres principes généraux de procédure.

¹¹ Selon la pratique de la Commission de surveillance, la banque peut être fore-close pour contester la proportionnalité des mesures d'enquête lorsque la banque n'avait pas d'emblée contesté la mesure, mais au contraire avait déjà donné suite. Dans un tel cas, la banque n'a plus la possibilité de s'adresser au Président de la Commission de surveillance. En effet, la banque de par son comportement a laissé périmer son droit d'en appeler au Président de la Commission de surveillance (cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, SZW 1/2011, p. 50). Cette déchéance n'a toutefois rien à voir avec le (non)respect d'un délai fixé par le chargé d'enquête pour s'adresser au Président, délai dépourvu de base légale.

¹² Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018 point B, disponible sur swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

cadre d'une décision incidente sur la proportionnalité des mesures d'enquête, ce d'autant plus que l'art. 3 du Règlement d'enquête doit être interprété de manière extensive, comme cela vient d'être mentionné. Ce n'est que si les faits soupçonnés par le chargé d'enquête et faisant l'objet de ses investigations sont manifestement dépourvus de pertinence juridique parce que ces faits - même s'ils étaient avérés – n'entreraient pas dans le champ d'application de la CDB ou du moins ne seraient très vraisemblablement pas couverts par la CDB, qu'il se justifie d'abandonner les investigations.

3.3. Il convient de renoncer à ouvrir une enquête CDB lorsque les (éventuelles) infractions à la CDB, qui ont été signalées sont manifestement prescrites et ne peuvent donc plus être poursuivies.¹³ Le Président de la Commission de surveillance a considéré ce qui suit (traduction du texte original allemand)¹⁴ :

" En vertu de l'art. 4 al. 1 du Règlement d'enquête, le chargé d'enquête ouvre une procédure d'enquête à l'encontre d'une banque s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que la CDB a été violée sur la base de ses propres constatations ou d'un rapport de la société d'audit, de la FINMA ou d'une autre autorité nationale. Il en va de même d'une auto-dénonciation de la banque [...]. En tout état de cause, l'ouverture d'une procédure d'enquête requiert des indices clairs qu'une banque n'a pas respecté les dispositions de la CDB (art. 4 al. 2 du Règlement d'enquête).

Si, en revanche, il n'y a aucune raison d'ouvrir une procédure d'enquête conformément à l'art. 4 du Règlement d'enquête, il convient de renoncer à l'ouverture d'une procédure CDB. Il en va de même lorsque la procédure devrait, de toute manière, être immédiatement classée (par exemple en raison de la prescription). La décision immédiate de ne pas ouvrir d'enquête peut et doit éviter aux banques de subir divers désavantages résultant de dénonciations ou d'enquêtes sans cause et d'encourir des coûts inutiles.

Il convient de renoncer à l'ouverture d'une enquête CDB en particulier si aucune typicité de la CDB n'est remplie, c'est-à-dire si les faits rapportés - même s'ils pouvaient être prouvés dans le cadre de l'enquête - ne rempliraient pas les éléments constitutifs d'une disposition CDB. Il y a lieu de renoncer à une procédure CDB lorsqu'un élément constitutif de la violation n'est manifestement pas rempli.¹⁵

Il convient également de renoncer à une procédure CDB s'il existe des obstacles à la procédure, comme la condamnation antérieure d'une banque pour les mêmes faits ou si la prescription est acquise. Néanmoins, même dans ces cas, on ne peut renoncer à l'ouverture d'une enquête que si la situation factuelle et juridique est indiscutable. "

¹³ Selon la règle de prescription de l'art. 65 CDB 20, les infractions à la CDB ne sont plus poursuivies si elles ont eu lieu il y a plus de cinq ans.

¹⁴ Sur la base de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête, le Président de la Commission de surveillance est chargé de décider de la recevabilité des actes d'enquête contestés. La disposition de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête ne se réfère pas seulement à des actes d'enquête individuels, mais est également applicable à l'ouverture d'une enquête dans son ensemble (cf. Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, para. IV/1, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent. Il appartient donc au Président de décider de l'ouverture d'une enquête (ou de la renonciation à l'ouverture d'une enquête).

¹⁵ Voir déjà le chiffre 3.2 ci-dessus.

4. Dénonciations de particuliers

Selon la pratique de la Commission de surveillance, il y a lieu, cas échéant, de donner suite à une dénonciation émanant d'un particulier.¹⁶ Cependant, comme la procédure d'enquête et de sanction des chargés d'enquête de la CDB et de la Commission de surveillance CDB sont confidentielles, les dénonciateurs privés ne doivent pas être informés de la suite donnée à leur dénonciation.

5. Procédure sommaire

La Commission de surveillance a pu, une fois de plus, régler un cas en procédure sommaire au sens de l'art. 62 CDB 20. Les attentes¹⁷ de la procédure sommaire visant à traiter de façon efficace et rapide des cas simples ont été pleinement satisfaites : moins de quatre mois après avoir reçu l'auto-dénonciation de la banque, la Commission de surveillance a pu clore la procédure de la CDB par une décision.¹⁸

C. CASUISTIQUE

1. Obligations en matière de documentation et de mise en sûreté de documents

1.1. Selon l'art. 45 CDB 16, tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique doivent avoir été obtenus dans leur intégralité et sous la forme voulue avant que le compte puisse être utilisé. Un compte est considéré comme utilisable à partir du moment où des transactions peuvent y être comptabilisées.¹⁹ La banque ne peut donc pas justifier la vérification déficiente de l'identité du cocontractant respectivement l'identification déficiente du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique au motif que le compte nouvellement ouvert permettait certes la comptabilisation de transactions mais n'a jamais été effectivement utilisé par le client.²⁰ Le fait que des avoirs

¹⁶ Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, RSDA 1/2011, para. III/2, p. 50.

¹⁷ Sur les attentes de la procédure sommaire voir aussi Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2019 au 31 décembre 2019, point C, section 4, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹⁸ La mise en œuvre de la procédure sommaire exige (cumulativement) qu'il s'agisse d'un " cas simple " et que la banque remette avec son auto-dénonciation un dossier complet et un rapport d'audit d'une société de révision qui à la fois décrit les faits pertinents et mentionne les dispositions pertinentes de la CDB (art. 62 al. 1 et 2 CDB ; cf. au sujet des exigences relatives à l'exécution de la procédure sommaire en général et des exigences relatives au rapport d'audit de la société d'audit en particulier, voir Leading Cases de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} juillet 2020 au 31 décembre 2020, point B, section 3, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹⁹ Commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 45, p. 36.

²⁰ Il en irait autrement si une relation d'affaires, c'est-à-dire l'ouverture d'un compte, n'avait jamais été établie (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. IV, p. 688, r20).

soient crédités ou non sur un compte après son ouverture, et si oui, pour quel montant, ne change rien aux obligations d'identification et de vérification.²¹

1.2. Exceptionnellement, si quelques données et/ou documents seulement font défaut, le compte peut déjà être utilisé avant que tous les documents nécessaires à la vérification de l'identité du cocontractant, à l'identification du détenteur de contrôle et de l'ayant droit économique soient disponibles. L'exception de l'art. 45 CDB 16 ne s'applique qu'aux relations d'affaires pour lesquelles l'identité du cocontractant, du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique sont claires et où seuls certaines données et/ou documents font défaut. La pratique de la Commission de surveillance, selon laquelle l'art. 45 CDB 16 s'applique aux relations d'affaires dont la documentation est incomplète ou dont les documents d'identification existants sont défectueux,²² est à clarifier dans le sens où cela ne s'applique qu'aux documents défectueux en raison de l'absence de certaines informations seulement.²³ En revanche, si c'est le contenu des documents requis qui est défectueux, peu clair ou même contradictoire, l'art. 45 CDB 16 ne peut être invoqué.²⁴

2. Obligations de répétition

2.1. Les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique si, au cours de la relation d'affaires, des doutes surgissent quant à l'identité du cocontractant avec l'ayant droit économique ou quant à l'exactitude de la déclaration faite au sujet de l'ayant droit économique et que ces doutes n'ont pu être levés par des clarifications.²⁵ Un tel cas de doute existe toujours si des constatations insolites sont faites.²⁶ A titre d'exemple, est une constatation insolite, le fait que des transactions sont effectuées sur un compte qui excèdent les moyens financiers du client.²⁷

Cela ne signifie pas pour autant qu'à l'inverse le caractère insolite d'une transaction doive d'emblée être nié lorsque la transaction entre dans les moyens financiers du client. Ainsi, même une transaction non-suspecte en termes

²¹ L'utilisation (ou la non-utilisation) ultérieure du compte peut néanmoins être prise en compte dans l'évaluation de la sanction conventionnelle sous l'angle de la gravité de la violation de la CDB.

²² Voir Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} janvier 2018 au 30 juin 2018, point B, section 2.2, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

²³ Par exemple, la date de naissance de l'ayant droit économique.

²⁴ Dans le cas à évaluer par la Commission de surveillance, un formulaire A était disponible. Ce document était cependant défectueux car il ne répertoriait pas tous les bénéficiaires économiques. L'art. 45 CDB 16 ne s'applique manifestement pas dans le cas d'un tel formulaire A défectueux.

²⁵ Art. 46 al. 1 let. c et d CDB 20. Voir également art. 46 al. 1 let. c et d CDB 16 et art. 6 al. 1 let. b et c CDB 08.

²⁶ Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, section 2.1, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

²⁷ C'est ce que stipule expressément le ch. 25 al. 2 let. b des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

de montant peut susciter des doutes quant à l'ayant droit économique et entraîner des obligations de clarification correspondantes si d'autres constatations insolites sont faites.

2.2. Plusieurs années après l'ouverture du compte, une société de domicile a déclaré à la banque, au moyen d'un (nouveau) formulaire A, qu'une autre personne en était désormais l'ayant droit économique. Après réception de cette déclaration, des transactions ont toutefois continué à être effectuées régulièrement sur le compte de la société de domicile, dont il fallait déduire que l'ayant droit économique n'avait pas changé, contrairement au nouveau formulaire A.²⁸ Comme il s'imposait à l'esprit que le nouvel ayant droit économique n'était qu'un prête-nom pour cacher le fait qu'en réalité l'ancien ayant droit économique avait toujours droit aux actifs de la société de domicile, la banque aurait dû mettre fin à la relation d'affaires.²⁹

2.3. Lorsqu'une banque aurait dû répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant à plusieurs reprises mais qu'elle est toujours restée inactive, elle doit également être sanctionnée pour des violations répétées de l'obligation de répétition.³⁰

En revanche, le fait que cette violation réitérée des obligations de répétition ait finalement abouti au même résultat – le maintien d'une relation d'affaires avec un cocontractant qui n'a pas été correctement identifié selon la CDB – devra être pris en compte dans la mesure de l'amende conventionnelle. En effet, la violation réitérée des obligations de renouveler la vérification de l'identité du cocontractant commise par la banque dans le cadre d'une même relation d'affaires pèse évidemment moins lourd que si la banque avait violé l'obligation de renouvellement de l'identification à l'occasion de plusieurs relations d'affaires et s'était ainsi retrouvée à entretenir plusieurs relations d'affaires avec des clients mal identifiés (au lieu d'une seule).

2.4. La Commission de surveillance a précisé que la violation du devoir de répétition (art. 6 CDB 08 respectivement art. 46 CDB 16/20) ne constitue pas une violation de la CDB sous forme d'omission. Le fait que chaque violation de la CDB se caractérise par un manquement au devoir de diligence ne doit pas conduire à la conclusion qu'il s'agit d'un "délict d'omission". La violation du devoir de répétition dans une relation d'affaires (ainsi que la violation de l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant et d'identifier le détenteur de contrôle et/ou l'ayant droit économique lors de l'établissement d'une relation d'affaires) doit au contraire être qualifiée de "délict de commission" - par analogie avec le délict de défaut de vigilance dans les transactions financières selon l'art.

²⁸ En l'espèce, même après le (prétendu) changement d'ayant droit économique, des virements réguliers ont été effectués du compte de la société de domicile au filleul de l'ancien ayant droit économique, des paiements ont été effectués à une autre société (de domicile) contrôlée par l'ancien ayant droit économique et des relevés de cartes de crédit de l'ancien ayant droit économique ont été payés.

²⁹ Art. 46 al. 2 CDB 20, voir également art. 46 al. 2 CDB 16 et art. 6 al. 3 CDB 08. Toutefois, la relation d'affaires avec le cocontractant ne peut plus être rompue si les conditions de l'obligation de communiquer (art. 9 LBA) sont remplies (voir art. 46 al. 3 CDB 20).

³⁰ En l'espèce, la banque avait eu des indications claires, à 13 moments différents au total sur une période de cinq ans, que le cocontractant avait déménagé à plusieurs reprises et que l'adresse de résidence qu'il avait indiquée lors de l'établissement de la relation d'affaires et qui était enregistrée dans le système de la banque n'était donc pas (ou plus) correcte. Ainsi, dans 13 cas, la banque aurait donc eu l'occasion et aurait eu le devoir de répéter la procédure de vérification de l'identité du cocontractant. En ne le faisant pas, la banque a violé son obligation de répéter la procédure dans 13 cas, conformément à l'art. 6 al. 1 CDB 08 en relation avec l'art. 2 CDB 08.

305ter al. 1 CP³¹, ³² qui selon la doctrine dominante et la jurisprudence constitue également un délit de commission et non un (véritable) délit d'omission.³³

2.5. Quelques années après avoir établi une relation d'affaires avec une société de domicile étrangère, une banque a prélevé un nouveau formulaire A désignant un nouvel ayant droit économique. Le nouvel ayant droit économique était un représentant d'une société financière et fiduciaire qui avait précédemment agi en tant que représentante de la cliente et qui avait, entre autres, également reçu le pouvoir de signature individuelle pour le compte de la société de domicile. Le changement d'ayant droit économique a été justifié par la cliente par le fait que l'ancien ayant droit économique était en instance de divorce et que dès lors il consolidait ses comptes.

Cette motivation n'est à l'évidence pas adéquate pour expliquer le changement d'ayant droit économique. On ne comprend pas pourquoi le divorce de l'ayant droit économique d'une société de domicile offshore devrait conduire à ce qu'un représentant d'une société financière et fiduciaire désignée comme mandataire soit le nouvel ayant droit économique des actifs de cette société de domicile. La banque aurait donc dû mettre en question la justification reçue concernant le changement d'ayant droit économique et aurait dû procéder à des clarifications supplémentaires. En ne le faisant pas, elle a violé son obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

2.6. Une banque avait régulièrement³⁴ renouvelé la documentation relative au compte dans le cadre de la relation d'affaires, mais avait omis d'enregistrer la date de réception des nouveaux documents d'identification. Bien que la CDB astreigne expressément une banque à veiller à ce que la date de réception des documents permettant d'identifier l'ayant droit économique soit enregistrée de manière traçable (ou soit disponible dans le système de la banque),³⁵ la Commission de surveillance a nié l'existence d'une violation des obligations de répétition si la banque, sans y être obligée, procède à une nouvelle identification et viole ainsi (seulement) le devoir de documenter la date de réception.³⁶ Cela s'applique en tout cas si - comme dans le cas d'espèce - les nouveaux documents d'identification figurant dans le dossier ne contiennent aucune modification par rapport aux documents recueillis lors de l'ouverture du compte.³⁷

³¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

³² Voir également le point D.1.2 ci-dessous sur la relation entre la CDB et l'art. 305ter CP.

³³ Cf. ATF 125 IV 139 E. 3 b avec références.

³⁴ C'est-à-dire sans qu'un doute au sens de l'art. 46 CDB 20 n'apparaisse qui aurait nécessité une répétition de l'identification.

³⁵ Art. 44 al. 2 CDB 20. Voir également l'art. 44 al. 2 CDB 16 et le ch. 36 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

³⁶ Dans ce cas, la banque se trouverait dans une situation pire que si elle était restée inactive (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, RSDA 5/2017, Ziff IV, p. 689, r25).

³⁷ Il en irait autrement, par exemple, si les nouveaux documents d'identification (prélevés sans nécessité) révélaient que la banque avait été trompée dans l'identification initiale du cocontractant, ce qui aurait pour conséquence que la banque devrait mettre fin à la relation d'affaires avec le cocontractant conformément à l'art. 46 al. 2 CDB 20 (voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, SZW 5/2017, Ziff. IV, p. 689, r25, fn. 74).

D. SANCTIONS

1. Intention

1.1. Selon l'art. 64 al. 2 CDB 20, les violations du devoir de répétition, de l'interdiction de l'assistance à la fuite des capitaux et de l'interdiction d'assistance active à la soustraction fiscale et aux actes analogues (art. 46 - 57 CDB 20) ne sont sanctionnées que si elles sont commises intentionnellement. Selon la pratique ancienne et constante de la Commission de surveillance le dol éventuel est suffisant.³⁸ Cela s'applique non seulement à la CDB 20 mais aussi au champ d'application des versions antérieures de la CDB, à savoir la CDB 16³⁹ et la CDB 08.⁴⁰

1.2. La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence sur le dol éventuel, selon laquelle une violation intentionnelle (au moins par dol éventuel) de la CDB est toujours consommée lorsqu'une banque viole une disposition claire de la CDB ou une pratique constante et publiée à plusieurs reprises de la Commission de surveillance.⁴¹

Cette jurisprudence de la Commission de surveillance sur le dol éventuel est également conforme à la doctrine dominante et à la jurisprudence relative à l'infraction pénale de défaut de vigilance dans les transactions financières selon l'art. 305ter CP, qui est comparable aux obligations de diligence de la CDB.⁴² Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, l'intention, dans le champ d'application de l'art 305ter CPS, peut être déduite d'un manque de vigilance : Il y a par principe une intention si l'auteur s'est passé des vérifications qu'un banquier diligent aurait faites dans la même situation.⁴³ Dans le champ d'application de la CDB, le dol éventuel peut (et doit) toujours être retenu si une banque a renoncé aux mesures qu'une banque diligente aurait prises dans la même situation.

1.3. C'est en vain qu'une banque a objecté qu'elle n'avait pas agi intentionnellement parce qu'elle s'était fiée à l'exactitude des documents reçus du cocontractant sans se renseigner davantage et n'avait donc pas conscience

³⁸ Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, RSDA 5/2017, Ziff. II/6, p. 682.

³⁹ Cf. Leading Cases de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, no. 3, disponible sur le site internet swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

⁴⁰ La remarque contenue dans le commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), selon laquelle le contenu des art. 6 à 8 CDB 08 ne justifie des sanctions que pour des violations *intentionnelles*, ne doit pas être comprise comme signifiant que l'art. 11 al. 3 CDB 08 ne vise que l'*intention* réelle ou le dol direct au premier degré, mais pas le dol éventuel (voir Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001 - 2005, SZW 2005, Bst. C, Ziff. 5.5, p. 258, selon lequel la Commission de surveillance avait déjà déclaré que le dol éventuel était suffisant au regard de la CDB 98, alors que le terme "*dessein*" était utilisé dans le texte même de la CDB).

⁴¹ Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. II/6, p. 682 ; voir également Ziff. X, p. 697, r64, Ziff. X, p. 698, r67 et r68, Ziff. X, p. 699, r70.

⁴² Cf. sur la relation entre la CDB et l'art. 305ter CP en détail Christoph Graber, Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken zu Art. 305ter Abs. 1 CP, SZW 4/1995, p. 161 ff.

⁴³ ATF 125 IV 139 E. 4 a.E. avec références.

du problème. Le fait que la banque n'ait peut-être pas eu conscience du problème lié à des clarifications omises ou déficientes ne peut évidemment pas l'exonérer. Dans le cas contraire, une banque totalement négligente, qui a complètement ignoré les doutes suscités par les informations et les documents qu'elle a reçus, alors qu'elle aurait pu et dû avoir de tels doutes, serait placée dans une situation plus favorable qu'une banque qui était consciente du problème mais qui n'a pas rempli toutes ses obligations au titre de la CDB. Cela ne serait pas compatible avec l'esprit et le but de la CDB.

1.4. Selon la CDB, fait explicitement partie des devoirs de documentation, l'obligation d'acter date de réception des documents permettant d'établir l'identité de l'ayant droit économique (ou leur disponibilité dans le système de la banque).⁴⁴ Si, dans le contexte de cette disposition claire et explicite de la CDB, la banque néglige d'enregistrer la date de réception du nouveau formulaire A à l'occasion du renouvellement de l'identification de l'ayant droit économique, elle a, à tout le moins, violé l'obligation de renouveler l'identification par dol éventuel.⁴⁵

2. Cas bénin

2.1. Selon la liste exemplative de l'art. 63 CDB 16, est entre autre réputé constituer un cas bénin le fait que les avoirs comptabilisés dans le cadre de la relation d'affaires concernée ne dépassent pas CHF 25'000.⁴⁶ La Commission de surveillance est arrivée à la conclusion qu'une interprétation textuelle stricte de l'art. 63 lit. c CDB 16 est contraire au sens et au but de la règle tels qu'ils résultent tant de l'art. 63 premier paragraphe CDB 16 que du commentaire^{47,48}. Lorsqu'il s'agit d'évaluer si une violation de la CDB peut être qualifiée de cas bénin, il n'est donc pas possible de se concentrer uniquement sur le montant des avoirs déposés et de faire fi de la qualité de la violation de la CDB. Ainsi, même à la lumière de l'art. 63 lit. c CDB 16, un cas bénin ne peut être retenu que si la violation de l'obligation de diligence n'affecte pas le noyau même des obligations de diligence découlant de la CDB. C'est le cas si l'objectif de la CDB est sauvegardé alors même que tous les devoirs énoncés dans la CDB n'ont pas été remplis de manière irréprochable.⁴⁹ A l'inverse, il s'ensuit qu'une infraction à la CDB qui viole le noyau même de celle-ci et qui entraîne par conséquent l'absence d'identification certaine du cocontractant ou du détenteur de contrôle et/ou de l'ayant droit économique ne constitue pas un cas bénin même si les valeurs patrimoniales concernées sont inférieures à CHF 25'000.⁵⁰

⁴⁴ Art. 44 al. 2 VDB 20. Voir également l'art. 44 al. 2 CDB 16 et le ch. 36, al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08.

⁴⁵ Voir le ch. 1.2 ci-dessus pour plus de détails sur le concept de dol éventuel dans l'application de la CDB.

⁴⁶ Art. 63 lit. c CDB 16.

⁴⁷ Cf. le commentaire de l'ASB sur la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 63, p. 39.

⁴⁸ Du même avis Kathrin Heim, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 3e édition, Zurich/Bâle/Genève 2016, note 1 ad art. 63 lit. c CDB 16, resp. Kathrin Heim/Tamara Wettstein, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2019, note 1 ad art. 63 lit. c CDB 20.

⁴⁹ Voir également Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)*, SZW 2008, p. 568.

⁵⁰ Le fait que seuls des avoirs relativement modestes soient concernés doit toutefois être pris en compte en faveur de la banque dans l'évaluation du montant de la sanction (voir *Leading Cases* de la Commission de surveillance sur l'obligation de diligence des banques pour la période du 1^{er} juillet 2018 au 31 décembre 2018, point C, section 2.2, disponible sur le site internet [swissbanking.org](http://www.swissbanking.org) → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

2.2. Avec près de 100 violations de la CDB on ne saurait plus parler de cas bénin au sens de l'art. 63 CDB 20.⁵¹

E. FRAIS

En vertu de l'art. 61 al. 5 CDB 20 en relation avec l'art. 14 al. 3 let. c du Règlement de procédure, la Commission de surveillance fixe dans sa décision le montant total des frais de procédure, qui se composent des frais de l'enquête menée par le chargé d'enquête et des frais de la procédure de sanction devant la Commission de surveillance. Toutefois, Ni la CDB, ni le Règlement d'enquête, ni le Règlement de procédure ne contiennent de règles sur le calcul ou la détermination des frais de procédure. La Commission de surveillance doit donc user de son pouvoir d'appréciation pour déterminer le montant des frais de procédure à supporter par la banque.

Alors que les frais de la procédure d'enquête correspondent par principe aux factures du chargé d'enquête, les frais de la procédure de sanction consistent en un droit forfaitaire destiné à couvrir le travail de la Commission de surveillance. Les frais de la procédure de sanction sont fixés en fonction du temps consacré à la cause à juger, qui dépend de sa complexité factuelle et juridique.

Étant donné que les frais de procédure à charge de la banque servent exclusivement à couvrir le travail occasionné par le cas concret, ils ne doivent pas être fixés en fonction du montant de la sanction. Le montant de la sanction n'a donc aucune influence sur le montant des frais de procédure. Par conséquent, une éventuelle réduction de l'amende conventionnelle par rapport aux conclusions du chargé d'enquête ne conduit pas à une réduction des frais de procédure.

Berne, octobre 2021

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance de la CDB

X1577950.docx

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

⁵¹ Voir également Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB], RSDA 2008, point VI/3, p. 572.