

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

(1^{er} juillet – 31 décembre 2017)

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance, dans le respect du secret bancaire et des affaires, informe les banques et le public de sa jurisprudence. Depuis la création des règles de diligence en 1977 (CDB 77), la Commission de surveillance publie tous les trois à six ans un rapport d'activité détaillé en application de cette disposition¹. 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 a publié sur le portail ASB, à intervalles plus rapprochés, un résumé 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. Le présent compte-rendu est consacré aux „Leading Cases“ de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2017.

B. ÉTAT DE FAITS PARTICULIERS

1. Vérification de l'identité du cocontractant

Un cocontractant, dont l'identité a été correctement vérifiée, qui a ouvert des relations d'affaires supplémentaires, ne devait pas faire l'objet de nouvelles vérifications selon l'art. 2 al. 3 CDB 08. Cette règle s'appliquait également à la vérification de l'identité de la personne qui a établi la relation d'affaires et pour la prise de connaissance des pouvoirs de représentation selon le ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08. L'art. 2 al. 3 CDB 08 n'était toutefois applicable qu'aux relations d'affaires existantes. Dans le cas d'une relation d'affaires complètement liquidée mais à nouveau ouverte ultérieurement, la procédure d'identification devait être répétée.³ Il s'ensuit qu'une banque ne peut pas se satisfaire d'une copie de pièce d'identité se trouvant déjà dans ses

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

² Le rapport d'activité de la Commission de surveillance CDB pour les années 2011-2016 a été publié le 5 juillet 2017 sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers (ASB) (cf. Circulaire no 7933 de l'ASB du 5 juillet 2017) ainsi que dans la Revue Suisse de Droit des Affaires et du Marché Financier (RSDA), 5/2017, p. 676 ss.

³ Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Jurisprudence de la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques pour les années 2011 à 2016, RSDA 5/2017, p. 686, cf. aussi Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des Banques (CDB 08), art. 2 CDB 08.

dossiers si la relation d'affaires dans le cadre de laquelle la copie de la pièce d'identité a été prélevée a dans l'intervalle été clôturée.

2. Identification de l'ayant droit économique

2.1. Constitue une constatation insolite le fait qu'un client disposant d'une fortune d'environ CHF 1 mio effectue des opérations sur devises, sur ses comptes privés, représentant un chiffre d'affaires dépassant largement le milliard au total.

2.2. L'acceptation d'un formulaire T, sur lequel le nom du trust ne figure pas, ne satisfait pas aux exigences de la CDB 16.

3. Vérification du détenteur de contrôle

Conformément au Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), à l'art. 20 CDB 16, lors de l'identification du détenteur de contrôle, il convient de déterminer premièrement s'il existe des personnes physiques ou morales qui détiennent au moins 25% des parts du cocontractant. S'il existe des personnes physiques répondant à ces critères, le cocontractant doit les identifier au moyen du formulaire K. Si, en revanche, c'est une personne morale qui détient une participation d'au moins 25% des droits de vote ou du capital, il y a lieu d'identifier, selon le principe d'imputation, les personnes physiques qui, en dernier lieu, contrôlent effectivement de la société interposée. Dans ce cas, il y a lieu de percer le voile corporatif, afin d'identifier les personnes physiques qui exercent le contrôle effectif de la société interposée. Selon le Commentaire, à l'art. 20 CDB 16, on parle de contrôle effectif d'une société interposée exerçant une activité opérationnelle *"lorsqu'une personne physique détient plus de 50% des droits de vote ou du capital de cette société ou exerce le contrôle de cette société d'une autre manière reconnaissable. Les participations détenues par les sociétés interposées sont imputées aux personnes physiques qui, en dernier lieu, exercent le contrôle effectif de ces sociétés interposées (principe d'imputation)."* Si une société de domicile détient au moins une part de 25% du cocontractant, il convient d'indiquer sur le formulaire K tous les ayants droit économiques de cette société de domicile.

Même si, selon le principe d'imputation, il suffit d'identifier la personne physique qui constitue le dernier maillon de la chaîne de contrôle, il est évidemment permis – comme le soutient à bon droit la banque – de faire usage d'une documentation plus étendue (ce qui est souvent justifié). Il est ainsi parfaitement admissible de prélever plusieurs déclarations complémentaires dans le cadre de l'identification du détenteur de contrôle en présence de structures de détention à plusieurs niveaux. Indépendamment du fait que la banque identifie le détenteur de contrôle à l'aide d'une seule ou plusieurs déclarations écrites (par ex. des formulaires), la déclaration du cocontractant relative au détenteur de contrôle doit matériellement respecter les prescriptions de la CDB 16.

4. Répétition de la procédure de vérification

4.1. Sur 18 paiements effectués sur le compte privé d'un client par des tiers ou des "inconnus" s'élevant entre CHF 100'000.00 et CHF 900'000.00, une banque n'avait prélevé que 9 formulaires A. Dans chaque cas, le cocontractant avait déclaré qu'il n'était pas l'ayant droit économique des paiements mais que l'ayant droit économique était respectivement chacun des auteurs des instructions de paiement. Dans ces conditions, il existait des doutes sérieux que le cocontractant fût l'ayant droit économique des 9 autres paiements. La banque aurait dès lors dû répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique également en relation avec ces autres paiements.

4.2. Selon la jurisprudence ancienne et constante de la Commission de surveillance, ne commet pas une violation (additionnelle) des règles de diligence, la banque qui, s'efforçant de corriger une identification défectueuse de l'ayant droit économique, prélève un formulaire A complété de manière erronée⁴ car, dans ce cas, la banque serait traitée plus sévèrement que si elle était restée totalement inactive. Cette pratique vaut sans autre également en ce qui concerne le nouveau formulaire K selon la CDB 16.

4.3. Lorsqu'une banque noue une relation d'affaires avec une société de domicile et considère, à tort, qu'il n'y a pas lieu d'identifier l'ayant droit économique, et renonce par conséquent à prélever un formulaire A, il y a lieu de la sanctionner pour violation de l'art. 4 al. 3 let. b en relation avec l'art. 3 CDB 08.⁵ Si, en raison de cette appréciation (erronée), la banque renonce à renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique d'une relation d'affaires à l'occasion d'une modification des pouvoirs de signature, il s'agit dans ce cas d'une conséquence de l'erreur d'appréciation initiale commise par la banque et ne constitue pas une nouvelle violation des règles de diligence car, en cas d'exonération de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique – en présence par ex. d'une exception au sens des ch. 33 ou ch. 34 des Dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 - il n'existe en règle générale pas de raison de renouveler (respectivement de procéder à) l'identification de l'ayant droit économique en cas de modification du pouvoir de signature.⁶

4.4. Si, en présence de "Special Purpose Vehicles (SPV)" au sens du ch. 33 al. 1 CDB 08 des Dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, le pouvoir de signature change, cela ne permet pas en règle générale de conclure à une modification de l'ayant droit économique.

⁴ Cf. à ce sujet, Georg Friedli, ch. 2.11 du Rapport d'activité 2001-2005 publié sur le portail de l'Association Suisse des Banquiers sous "Topics".

⁵ A condition que cette violation des obligations de diligence ne soit pas déjà prescrite.

⁶ La situation est évidemment différente, lorsque la modification des pouvoirs de signature fait naître des doutes quant au maintien des conditions de renonciation à la vérification de l'ayant droit économique

5. Prescription

5.1. Selon l'art. 65 CDB 16, les violations de la Convention ne sont plus poursuivies, lorsqu'elles remontent à plus de cinq ans. Le délai de prescription de cinq ans est suspendu pendant la durée de la procédure.

Alors que le délai de prescription est resté inchangé avec l'entrée en vigueur de la CDB 16⁷, le début de celle-ci a été nouvellement réglé avec la CDB 16 : le délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. 65 CDB 16 commence à courir dans chaque cas à compter de la violation de la Convention. En revanche, sous la CDB 08, le délai de prescription (de cinq ans) ne commençait pas à courir au même moment pour toutes les violations des règles de diligence : l'art. 11 al. 4, 2^{ème} phrase CDB 08 disposait que, en cas de manquement à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou d'identifier l'ayant droit économique⁸, le délai de cinq ans ne commençait à courir qu'après que le manquement avait été réparé ou que la relation d'affaires avait pris fin. Pour tout autre manquement, la prescription commençait en revanche à courir dès la violation de la règle concernée.

Avec l'art. 65 CDB 16, le début du délai de prescription a donc été avancé pour certaines violations de la Convention (dans la mesure où la prescription court dorénavant depuis la commission de la violation et non pas depuis la correction de la violation, respectivement la rupture de la relation d'affaires). En conséquence, le nouveau règlement de la prescription prévu à l'art. 65 CDB 16 a pour effet que, dans la grande majorité des violations de la Convention (manquements à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou à l'obligation d'identifier le détenteur de contrôle et l'ayant droit économique), la prescription survient plus tôt que sous l'ancien droit. Le nouveau règlement de prescription de l'art. 65 CDB 16 se révèle ainsi considérablement plus clément en comparaison de l'ancien règlement de prescription de la CDB 08. Cela est d'autant plus vrai que l'art. 65 CDB 16 sur la base de l'art. 70 al. 3 CDB 16 („lex mitior“) s'applique à toutes les violations de la Convention qui doivent être jugées après l'entrée en vigueur de la CDB 16, c.à.d. également aux violations de la CDB 08.

Aussi, la Commission de surveillance est-elle arrivée à la conclusion qu'en application du nouveau règlement de prescription de l'art. 65 CDB 16, les agissements de la banque ne pouvaient plus être poursuivis en raison de la prescription de l'infraction dans de très nombreux cas.

5.2. Pour un aperçu complet de la problématique de la prescription, voir Dominik Eichenberger, Die Verjährungsregelung der VSB 16 dans la Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, RSDA, 4/2017, p. 441 ss.

⁷ Tant en application de l'art. 11 al. 4 CDB 08 que de l'art. 65 CDB 16, le délai de prescription est de cinq ans.

⁸ C.à.d. en cas de violation des art. 2 à 6 CDB 08 (cf. let D des Leading Cases de la Commission de surveillance de novembre 2013 publiés par l'ASB sur son portail sous „Topics“).

C. SANCTIONS

1. Cas bénins

Par analogie avec l'art. 63 let b CDB 16, qui stipule qu'un formulaire A incomplètement ou incorrectement rempli ne constitue un cas bénin que s'il mentionne à tout le moins le nom et le prénom (respectivement la raison sociale) de l'ayant droit économique, un formulaire T doit au moins désigner correctement le Trust et les bénéficiaires (Beneficiaries), pour qu'il puisse être question d'un cas bénin.

2. Fixation de l'amende conventionnelle

2.1. Selon l'art. 64 al. 1 CDB 16, lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il doit être dûment tenu compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le même cas d'espèce. L'accent est mis en premier lieu sur les sanctions de surveillance de la FINMA. Toutefois, toutes autres mesures prises par d'autres autorités, notamment les autorités pénales, doivent également être prises en compte.

Contrairement à l'avis de la Banque, un accord transactionnel conclu dans le cadre d'une procédure pénale contre la Banque par lequel la Banque s'engage au paiement d'un montant de CHF 4 mio. aux lésés ne doit pas être pris en compte car les CHF 4 mio. correspondent à des dommages-intérêts payés à diverses personnes privées et non à une mesure imposée par une instance (étatique) sanctionnant la faute de la Banque.

2.2. Le fait que, dans le cadre d'une violation des règles de diligence affectant une relation donnée, celle-ci s'est vue créditée de montants importants à hauteur de millions constitue une circonstance aggravante aux termes de la jurisprudence de la Commission de surveillance.

Berne, février 2018

X1231427.docx