

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 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} juillet au 31 décembre 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.swiss-banking.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° 8065 du 2 décembre 2021 couvrant la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2021 (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 PROCEDURE

1. Motivation des décisions de suspension

Si la commission de surveillance ne constate aucune violation de la Convention de diligence susceptible d'être sanctionnée, elle suspend la procédure.⁴ Les décisions de suspension ne sont généralement pas motivées.⁵ Dès lors que le chargé d'enquête et la banque avaient formulé des conclusions très différentes⁶, il convenait exceptionnellement de motiver malgré tout la décision de suspension prise par la Commission de surveillance⁷.

2. Procédure sommaire

Au cours du deuxième semestre 2021, la Commission de surveillance a pu traiter deux cas supplémentaires en procédure sommaire au sens de l'art. 62 CDB 20.⁸ Dans les deux cas, la procédure CDB a pu être clôturée par une décision de la Commission de surveillance moins de six mois après la réception de l'autodénonciation.

⁴ Art. 61 al. 1 CDB 20 en lien avec l'art. 7 al. 1 du Règlement de procédure du 14 mars 2019.

⁵ Art. 7 al. 4 du Règlement de procédure.

⁶ Alors que le chargé d'enquête a demandé une peine conventionnelle de plus de CHF 200'000.00 en raison d'une violation répétée de la CDB, la banque a proposé de classer la procédure en raison de l'absence de violation des règles CDB.

⁷ L'art. 7 al. 4 du Règlement de procédure permet expressément la motivation des ordonnances de suspension (cf. déjà à ce sujet Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er janvier 2019 au 30 juin 2019, let. E, ch. 3., disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent).

⁸ Pour les conditions de mise en œuvre de la procédure sommaire, voir en détail les Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er juillet 2020 au 31 décembre 2020, let. B, ch. 3, disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Règlementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

C. CASUISTIQUE

1. Obligation d'identification de la partie contractante

Lors de l'établissement d'une relation d'affaires avec une personne morale, la banque doit prendre connaissance des dispositions relatives aux pouvoirs de représentation du cocontractant et les documenter.⁹ Cependant, la CDB ne contient aucune disposition sur la manière de documenter les dispositions relatives aux pouvoirs de représentation. Selon le commentaire de l'Association suisse des banquiers (ASB) concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 20), art. 15, un extrait du registre du commerce, des procurations d'organes de la société en faveur d'autres personnes, un extrait d'un règlement interne, une liste de signatures autorisées, un «*certificate of incumbency*», des statuts, un règlement d'association, des procès-verbaux d'assemblée générale et de conseil d'administration, ou des programmes annuels contenant des dispositions relatives aux pouvoirs de signature et à la compétence de nommer des personnes autorisées à signer, peuvent par exemple être utilisés. Pour constater respectivement documenter les dispositions relatives aux pouvoirs de représentation, des documents établis par le cocontractant lui-même, tels que les règlements internes, les carnets de signatures, les procès-verbaux, etc. sont donc admis, contrairement à l'identification proprement dite du cocontractant, qui exige en principe un extrait d'un registre officiel.¹⁰ La CDB est donc moins exigeant en ce qui concerne les documents d'identification des pouvoirs de représentation de personnes morales que pour l'identification des personnes morales elles-mêmes.

2. Obligations de répétition

2.1. Les banques doivent répéter l'identification de l'ayant droit économique lorsqu'au cours de la relation d'affaires un doute survient sur le point de savoir si l'ayant droit économique est toujours le même ou quant à l'exactitude des déclarations faites au sujet de l'ayant droit économique et que ce doute n'a pas pu être levée par d'éventuelles clarifications.¹¹ Il existe toujours un doute en présence de constatations insolites.¹² Il y a lieu de considérer qu'il s'agit d'une constatation insolite, entre autres, lorsqu'il est soupçonné qu'un compte soit utilisé comme un compte de passage.¹³

⁹ Art. 15 al. 3 CDB 20. Voir aussi art. 15 al. 3 CDB 16 et ch. 14 al. 3 des dispositions d'exécution au sujet de l'art. 2 CDB 08.

¹⁰ Voir art. 12 ss. CDB 20.

¹¹ Art. 46 al. 1 let. c et d CDB 20. Voir aussi art. 46 al. 1 let. c et d CDB 16 ainsi que l'art. 6 al. 1 let. b et c CDB 08.

¹² Voir Leading Cases de la Commission de surveillance des banques pour la période du 1er juillet 2018 au 31 décembre 2018, let. C, ch. 2.1, disponible sur le site internet www.swissbanking.org → Thèmes → Réglementation et compliance → Lutte contre le blanchiment d'argent.

¹³ Voir Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. VII, p. 694, n° 50.

Bien que le compte d'une cliente d'une banque ait clairement servi de compte de passage¹⁴, la Commission de surveillance est parvenue à la conclusion que, dans ce cas concret, il n'y avait pas d'obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique et d'établir l'ayant droit économique de cette transaction (de passage) au moyen du formulaire A, dès lors que la même personne physique était l'ayant droit économique de tous les comptes et sociétés¹⁵ impliqués dans la transaction de passage. Dans cette configuration particulière, la transaction de passage n'a pas déclenché d'obligations de répétition au sens de la CDB.

2.2. Au cours d'une relation d'affaires, une banque a répété la procédure d'identification de l'ayant droit économique et a versé au dossier un nouveau formulaire A dans lequel, outre l'ancien ayant droit économique, le père de ce dernier était désormais également mentionné comme ayant droit économique supplémentaire. Le fait que la banque n'ait pas indiqué dans le dossier les raisons pour lesquelles elle avait demandé un nouveau formulaire A ne constitue pas une violation des règles de la CDB, car la CDB ne contient aucune règle obligeant les banques à documenter les raisons pour lesquelles elles répètent la procédure d'identification de l'ayant droit économique. Il est au contraire tout à fait admissible de demander un nouveau formulaire A sans raison particulière, c'est-à-dire sans qu'il y ait un cas de doute, comme cela se fait par exemple assez souvent dans le cadre d'un renouvellement général de la documentation du compte.

Si cependant *après* réception du nouveau formulaire A (pour quelque raison que ce soit), des doutes sur l'exactitude de la (nouvelle) déclaration relative à l'ayant droit économique surgissent et ne peuvent être levés, ou si le nouveau formulaire A conduit à constater que des informations sciemment erronées sur l'ayant droit économique ont été fournies à la banque avec le formulaire A initial, la banque ne doit alors pas se contenter du nouveau formulaire A, mais doit, sous réserve de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA¹⁶, rompre la relation d'affaires en cours avec le cocontractant.¹⁷

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

Les banques sont tenues de ne pas fournir d'aide à leurs cocontractants dans des manœuvres visant à tromper des autorités suisses et étrangères, en particulier les autorités fiscales, en fournissant des attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière (interdiction de l'assistance active à la soustraction fiscale et des actes analogues).¹⁸

¹⁴ Un compte client a été crédité de USD 5 millions qui ont été intégralement transférés trois jours plus tard seulement.

¹⁵ En d'autres termes, la même personne physique était l'ayant droit économique de la société d'où provenaient les USD 5 millions, de la société dont le compte a servi de compte de passage et de la société sur le compte de laquelle les USD 5 millions ont été transférés. La banque le savait parce que les trois sociétés impliquées dans la transaction de passage étaient clientes de la banque.

¹⁶ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre la blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0).

¹⁷ Art. 46 al. 2 et 3 CDB 20. Voir aussi art. 46 al. 2 et 3 CDB 16 ainsi que l'art. 6 al. 3 et 4 CDB 08.

¹⁸ Art. 53 CDB 20. Voir aussi art. 53 CDB 16 et l'art. 8 CDB 08.

Un employé de banque qui a détourné des fonds de clients et à cette occasion a falsifié des documents bancaires afin de donner aux clients l'impression que les avoirs étaient encore disponibles n'a pas commis intentionnellement d'assistance active à la soustraction fiscale ou à des actes analogues. Une manœuvre visant à tromper les autorités fiscales n'était ni voulue par les clients ni comprise dans l'intention (probablement criminelle) de l'employé de banque. L'employé de banque n'a pas voulu fournir une assistance active à la soustraction fiscale, mais bien plutôt s'enrichir aux dépens des clients. Bien que l'employé de banque ait falsifié des attestations, dans cette configuration il n'y a clairement pas d'assistance active à la soustraction fiscale de la part de la banque.

Berne, mars 2022

Dominik Eichenberger, avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

X16 19488.DOCX

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