

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 au 31 décembre 2018)

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance informe périodiquement les banques et le public de sa jurisprudence, en respectant le secret bancaire et le secret des affaires. 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 disposition¹. Le dernier rapport d'activité couvre la période 2011 à 2016².

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“ les plus récents de la Commission de surveillance pour la période du 1^{er} juillet au 31 décembre 2018.

B. QUESTIONS DE PROCEDURE

Une banque s'est opposée à une extension d'enquête par le chargé d'enquête et a refusé de produire les pièces complémentaires demandées concernant d'autres relations d'affaires au motif que les conditions à l'extension de l'enquête n'étaient pas remplies : la demande de pièces complémentaires constituait une „fishing expedition“ prohibée. Le chargé d'enquête a soumis la question au Président de la Commission de surveillance pour décision.

Même si la lettre de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête du 1^{er} décembre 2015 ne fait référence qu'aux décisions relatives à l'admissibilité de mesures d'investigation spécifiques, il n'est pas contesté que le Président de la Commission de surveillance est également compétent s'agissant de l'extension de l'enquête réglée à l'art. 3 al. 2 du Règlement d'enquête s'agissant d'une enquête déjà en cours. Par ailleurs, la Commission de surveillance a déjà décidé que la procédure de l'art. 3 al. 3 du Règlement d'enquête s'applique également en cas de divergence

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 N° 7933 ASB du 5 juillet 2017) et publié dans la Revue suisse du droit des affaires et du marché financier (RSDA) 5/2017, p. 676 ss.

entre le chargé d'enquête et la banque au sujet de l'ouverture d'une enquête (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010, Revue suisse du droit des affaires, RSDA 1/2011, p. 50). Cette règle s'applique également à la question de l'admissibilité d'une extension de l'enquête dans une procédure pendante.

En l'espèce, le Président de la commission de surveillance, en accord avec la jurisprudence (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010, RSDA 1/2011, p. 50 ; cf. aussi Décision du Président de la Commission de surveillance du 14 août 2009, publiée sous ch. 9 des „Leading Cases“ d'août 2009 par l'Association suisse des banquiers sur son portail sous Topics, rubrique CDB) a confirmé que les règles de l'art. 3 et de l'art. 4 du Règlement d'enquête relatives à l'ouverture d'une enquête respectivement aux actes d'enquête effectués par les chargés d'enquête sont interprétées de manière extensive. Une interprétation restrictive des art. 3 et 4 du Règlement d'enquête serait en effet contraire au sens et au but des règles de diligence et porterait atteinte à la crédibilité du système d'autorégulation tel qu'il est institué par la CDB. Cela ne saurait être dans l'intérêt de la place financière suisse dont la défense de la réputation est un des buts déclarés de la CDB (cf. let. a du Préambule de la CDB 16). Le but de la CDB et du Règlement d'enquête édicté en application de l'art. 60 al. 5 CDB 16 est de permettre une clarification aussi complète que possible d'éventuelles violations des devoirs de diligence, sans pour autant autoriser le chargé d'enquête à procéder à de véritables „fishing expeditions“ en prélevant au hasard des informations et des pièces qui n'ont pas de lien reconnaissables avec d'éventuelles violations des devoirs de diligence³.

C. CAS PARTICULIERS

1. Etendue de la diligence

Conformément au principe de la CDB qui préconise une approche fondée sur le risque (cf. à ce sujet Commentaire CDB 08 Convention relative à l'obligation de diligence des banques, p. 22), le degré de diligence dont la banque doit faire preuve lors de l'identification de l'ayant droit économique dépend des circonstances concrètes relatives à la relation d'affaires. Lorsqu'une banque qualifie elle-même – à juste titre – une relation d'affaires de relation présentant des risques accrus, elle doit faire preuve d'un degré accru de diligence.

³ Le Président de la Commission de surveillance a admis la demande du chargé d'enquête car l'extension de l'enquête et la demande de production de pièces en lien avec celle-ci se distinguaient clairement d'une recherche de preuve prohibée. S'est avéré décisif le fait que l'extension de l'enquête ne portait pas sur un nombre illimité de relations d'affaires mais seulement sur des comptes spécifiquement désignés dans la procédure qui présentaient un lien concret et clair avec l'enquête déjà ouverte. Le Président a par conséquent autorisé le chargé d'enquête à poursuivre l'enquête telle qu'étendue par lui. Il a ordonné à la banque de donner suite à la demande de production de pièces du chargé d'enquête.

2. Devoirs de répétition

2.1. L'obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique ne présuppose pas que la banque a la certitude que les déclarations faites initialement au sujet de l'ayant droit économique ne sont pas (plus) exactes. Il suffit plutôt que la banque ait des doutes (ou qu'elle ait dû avoir des doutes) et que ces doutes n'aient pas pu être levés par des clarifications complémentaires. Il existe toujours un doute en présence de constatations insolites⁴.

2.2. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance viole déjà son devoir de répétition la banque qui, à l'occasion de l'octroi de la signature individuelle en faveur d'un représentant habilité à signer collectivement à deux pour une société de domicile, omet de procéder à des clarifications complémentaires relatives à l'ayant droit économique (cf. Georg Friedli, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005*, RSDA 2005, p. 257). A fortiori, la banque ne saurait-elle demeurer inactive lorsque – comme dans le cas d'espèce – deux titulaires de la signature individuelle se voient retirer leur pouvoir de signature. C'est à plus forte raison encore le cas lorsque la société de domicile (une Sàrl suisse) n'a pas seulement modifié les pouvoirs de signature mais aussi ses associés-gérants dans la mesure où deux des associés et gérants ont quitté la société. Les modifications des pouvoirs de signature, des droits de participation et de représentation de la Sàrl auraient impérativement dû conduire la banque à renouveler la procédure d'identification de l'ayant droit économique et à exiger de sa cocontractante une déclaration relative à l'ayant droit économique si les doutes survenus ne pouvaient être écartés par des clarifications postérieures.

2.3. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la règle des 90 jours énoncée au ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08, respectivement à l'art. 45 CDB 16, s'applique par analogie aux devoirs de répétition. La procédure prévue à l'art. 6 CDB 08, respectivement à l'art. 46 CDB 16, doit ainsi également être diligentée dans le délai de 90 jours (cf. Georg Friedli/Dominik Eichengerger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht RSDA 5/2017*, p. 694 ss, ch. 53). Cela signifie que l'ensemble des pièces qui doivent être prélevées à l'occasion de la répétition de la procédure doivent être disponibles dans le délai de 90 jours. La banque qui n'a prélevé un nouveau formulaire A que nettement plus de 90 jours après, a violé son obligation de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

⁴ Dans le cas d'espèce, il s'agissait de versements en espèces totalisant CHF 450'000.00. Ce montant dépassait en outre la fortune totale de la cliente telle qu'elle avait été relevée dans le profil client de la banque. Il s'agissait donc manifestement d'une constatation insolite.

3. Intention

Les violations des art. 6-8 CDB 08 n'étaient sanctionnées que si elles étaient commises intentionnellement. La CDB 16 ne contient pas de réglementation à ce sujet. Selon le Commentaire-16 Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques, à l'art. 64 CDB 16, les violations des art. 46-57 CDB 16 ne sont sanctionnées que si elles ont été commises intentionnellement. La Commission de surveillance n'a pas de motif de s'écarter de l'opinion exprimée dans le commentaire dans la mesure où dès le 1^{er} janvier 2020 lors de l'entrée en vigueur de la CDB 20, le caractère intentionnel sera (à nouveau) explicitement stipulé (cf. art. 64 al. 2 CDB 20).

Berne, mars 2019

Dominik Eichenberger, Avocat

Secrétaire de la Commission de surveillance CDB