

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} janvier au 30 juin 2018)

A. INTRODUCTION

Selon l'art. 66 al. 5 CDB 16, la Commission de surveillance informe 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, à intervalles plus rapprochés, sur le portail ASB 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} janvier au 30 juin 2018.

B. CAS PARTICULIERS

1. Identification de l'ayant droit économique

1.1 Si au moment de nouer la relation d'affaires des doutes sérieux persistent relativement à l'identité de l'ayant droit économique, la banque doit refuser d'entrer en relation d'affaires. La règle énoncée au ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 n'a certes pas été reprise textuellement dans la CDB 16, elle demeure évidemment valable sous l'empire de la CDB 16.

1.2 Les règles de diligence exigent de la banque qu'elle connaisse, sans aucun doute et en tout temps, au début ainsi que tout au long de la relation d'affaires, l'ayant droit économique des valeurs mobilières gérées. La banque ne peut ni nouer ni maintenir une relation d'affaires dans la mesure, respectivement aussi longtemps

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 (RFDA) 5/2017, p. 676 ss.

qu'elle entretient des doutes quant à l'ayant droit économique. Des doutes qui ne peuvent être levés lors de l'entrée en relation d'affaires ont pour conséquence que la banque doit refuser d'entrer en relation d'affaires³. Si des doutes surgissent au sujet de l'ayant droit économique dans le courant de la relation d'affaires et qu'ils ne peuvent être écartés, la banque, conformément à l'art. 46 al. 2 CDB 16 (antérieurement : art. 6 al. 3 CDB 08) a l'obligation de mettre un terme à la relation d'affaires.

La banque n'a par contre pas l'obligation (ni lors de l'ouverture d'une relation d'affaires ni dans le cadre d'une relation existante) de conduire des investigations jusqu'à ce que celles-ci aboutissent à un résultat satisfaisant (d'autant que cela peut s'avérer impossible si le client ne peut ou ne veut pas lever les doutes existants). La banque est, au contraire, libre de renoncer à des clarifications complémentaires et peut décliner l'ouverture de la relation affectée de doutes, respectivement mettre un terme à une telle relation (sous réserve que les conditions de l'obligation de communiquer selon l'art. 9 LBA ne sont pas remplies cf. art. 46 al. 3 CDB 16 respectivement 6 al. 4 CDB 08)⁴.

1.3 En application du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, les banques pouvaient en principe se fonder sur l'exactitude des indications données par le cocontractant concernant l'ayant droit économique. Elles n'avaient pas l'obligation de vérifier l'exactitude des indications contenues dans le formulaire A. C'est à la condition toutefois qu'il n'existe pas des doutes sérieux quant à l'exactitude de la déclaration du cocontractant.

La Commission de surveillance a précisé que la notion de doutes au sens du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 a le même sens que celle de constatations insolites au sens du ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08, respectivement de doute au sens de l'art. 6 al. 1 lit. c CDB 08. Le fait qu'au ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08, contrairement au ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08 respectivement de l'art. 6 al. 1 lit. c CDB 08, il est question de doutes *sérieux* n'a pas de portée particulière. Il n'existe en effet pas de motifs pour lesquels une banque ne devrait procéder à des vérifications complémentaires qu'en présence de doutes "*sérieux*" au sujet de l'exactitude de la déclaration relative à l'ayant droit économique alors qu'ultérieurement, dans la poursuite de la relation d'affaires, elle aurait l'obligation de renouveler la vérification de l'ayant droit économique en application de l'art. 6 al. 1 let. c CDB 08 en présence de "simples" doutes déjà.

³ Cf. ch. 1.1. *supra*.

⁴ Il n'incombe pas à la Commission de surveillance de décider si, en application d'autres normes, par exemple l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent, la banque aurait des obligations complémentaires de clarification.

1.4 Lorsqu'une banque constatait que des indications sciemment erronées lui avaient été données à propos de l'ayant droit économique ou lorsque des doutes subsistaient au sujet des indications fournies par le cocontractant après que la procédure visée à l'art. 6 al. 1 CDB 08 eût été menée à bien, elle avait l'obligation de rompre la relation d'affaires avec le cocontractant (art. 6 al. 3 CDB 08)⁵.

Il va de soi que la banque peut être trompée sur l'identité de l'ayant droit économique, non seulement en raison des indications contenues dans le formulaire A mais également en raison d'informations complémentaires au sujet de l'ayant droit économique. Tel est en particulier le cas lorsqu'il s'agit d'indications qui peuvent s'avérer pertinentes pour établir la qualité d'ayant droit économique. Dans le cas d'espèce, la cliente avait intentionnellement donné de fausses indications sur l'ayant droit économique dans un questionnaire de *due diligence*. Dans ce cas, la banque aurait dû rompre la relation d'affaires.

1.5 Une société de domicile ne peut être elle-même ayant droit économique, ce qui était expressément stipulé dans la CDB 08 (cf. ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 08) vaut évidemment aussi sous l'empire de la CDB 16.

1.6 Des personnes physiques doivent en principe être identifiées comme ayants droit économiques (art. 27 al. 2 CDB 16). Il suit de là que la banque doit exiger une déclaration complémentaire si le cocontractant ne mentionne pas une personne physique en qualité d'ayant droit économique mais une société (pour autant qu'il n'existe pas une exception à l'obligation d'identification conformément aux art. 30 ss CDB 16). Si une société exerçant une activité opérationnelle est mentionnée comme ayant droit économique, il y a lieu d'identifier, de surcroît, les détenteurs de contrôle au moyen du formulaire K⁶. Si, par contre, une société de domicile est mentionnée en qualité d'ayant droit économique, il y a lieu d'identifier les personnes physiques ayant la qualité d'ayant droit économique de la société de domicile. Une société de domicile ne peut en effet revêtir la qualité d'ayant droit économique⁷.

1.7 Une banque a ouvert un compte destiné à l'exécution conforme à la Charia d'une opération relevant de l'"islamic banking". Bien que des transactions soient intervenues sur le compte dans le cadre d'un acte juridique soumis au droit islamique qui s'écartait substantiellement de l'activité bancaire traditionnelle, la banque a omis de procéder à des clarifications complémentaires qui lui auraient permis de comprendre réellement cette opération inhabituelle. La banque a ainsi violé ses devoirs de diligence lors de l'identification de l'ayant droit économique. A cette occasion, la Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence selon laquelle les banques qui prennent part à des opérations doivent effectivement pouvoir les comprendre : lorsqu'une banque

⁵ Sous réserve de l'obligation de communiquer conformément à l'art. 9 LBA (cf. art. 6 al. 4 CDB 08).

⁶ Cf. Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), art. 39 CDB 16, p. 32.

⁷ Cf., ch. 1.5 *supra*.

ne comprend pas une opération, respectivement les contrats qui lui servent de fondement, elle doit soit prendre des informations et prélever des documents complémentaires où renoncer à participer à l'exécution de cette opération⁸.

2. Obligation de documentation

2.1. Il découle de l'obligation de documentation (art. 44 CDB 16; cf. aussi ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08, respectivement ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08), qu'une banque a l'obligation de saisir la date de réception des documents, respectivement de leur disponibilité dans le système. Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque doit, en particulier, documenter la date de réception de ces documents. L'obligation de documentation ne requiert en principe pas que la banque documente dans ses dossiers l'identité de la personne qui lui a transmis lesdits documents.

2.2. Selon l'art. 45 CDB 16, en règle générale tous les documents requis pour la vérification de l'identité du cocontractant ainsi que pour 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 ne puisse être utilisé. Si quelques données et/ou documents seulement font défaut, le compte peut néanmoins être utilisé à titre exceptionnel, étant entendu que les données et/ou documents manquants doivent être obtenus dès que possible. Au plus tard après 90 jours, le compte doit être bloqué pour toutes les sorties de fonds jusqu'à ce que la documentation complète soit en possession de la banque.

La jurisprudence développée par la Commission de surveillance, sous l'empire de la CDB 08, concernant l'obligation de documentation au sens du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 08 respectivement du ch. 35 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 08⁹ s'applique également à l'art. 45 CDB 16. En effet, l'art. 45 CDB 16 suppose également que seules "*quelques données et/ou documents*" font défaut. La disposition exceptionnelle de l'art. 45 CDB 16 ne s'applique ainsi qu'à la relation d'affaires dont la documentation n'est pas complète ou dont les documents d'identification disponibles sont défectueux. Par contre, en l'absence de tout document d'identification, l'art. 45 CDB 16 n'a pas lieu de s'appliquer.

⁸ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, RSDA 5/2017, p. 691, r36.

⁹ Cf. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, *Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016*, *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, RSDA 5/2017, p. 692, r 41.

3. Mesure de l'amende conventionnelle

Lors de la fixation de l'amende conventionnelle, il y a lieu, conformément à l'art. 64 al. 1 CDB 16 de tenir compte des mesures prononcées par d'autres instances dans le cas d'espèce. Il s'agit à cet égard principalement de sanctions prononcées dans le cadre de l'activité de surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA. La confiscation d'un gain illicite par la FINMA ne constitue toutefois pas une mesure ayant un caractère de sanction dont il y aurait lieu de tenir compte dans la fixation de l'amende conventionnelle. La confiscation du gain constitue bien plutôt une mesure de droit administratif à but de compensation dont l'objectif est de rétablir une situation juridique conforme par le prélèvement des bénéfices et qui contribue ainsi à traiter équitablement les instituts financiers. La confiscation a ainsi d'abord un but de compensation plutôt qu'un caractère pénal¹⁰. C'est pourquoi elle n'a pas de conséquence pour la fixation de l'amende conventionnelle.

Berne, octobre 2018
Dominik Eichenberger, Avocat
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

¹⁰ Cf. jugement du Tribunal administratif fédéral B-798/2012 du 27 novembre 2013, c. 9.3.3 avec renvoi au message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la surveillance des marchés financiers du 1^{er} février 2006 (FF 2006, 2829 ss).