

**Aperçu de la jurisprudence de la Commission de surveillance  
(Convention relative à l'obligation de diligence des Banques)  
pour la période 2001 - 2005**

par Georg Friedli, Avocat, Berne  
Secrétaire de la Commission de surveillance CDB

Texte français par Didier de Montmollin, Avocat, Genève  
Chargé d'enquête de l'Association suisse des banquiers

**A. INTRODUCTION**

**1. La Convention relative à l'obligation de diligence des banques**

La Convention relative à l'obligation de diligence des banques ("CDB") est un accord multilatéral dans le cadre duquel les banques signataires établies en Suisse<sup>1</sup> s'engagent vis-à-vis de l'Association suisse des banquiers («ASB»), à identifier leurs cocontractants, à obtenir de leur part, en cas de doute, une déclaration relative à l'ayant droit économique des valeurs déposées, et à ne prêter aucune assistance active à la fuite de capitaux ou à la soustraction fiscale.

La version initiale de la CDB, remonte au 1er juillet 1977. Depuis lors, la CDB a été révisée à quatre reprises. La CDB 2003, actuellement applicable, est entrée en vigueur le 1er juillet 2003 - soit au cours de la période qui fait l'objet du présent rapport<sup>2</sup>. La question de savoir dans quelle mesure la CDB 2003 comporte des changements par rapport à la CDB 1998 sera examinée dans le

---

<sup>1</sup> Au 31 décembre 2004, plus de 350 banques étaient parties à la CDB

cadre de l'examen des décisions rendues par la Commission de surveillance<sup>3</sup>). Pour la première fois, la Commission juridique de l'ASB a émis un commentaire relatif à la CDB 2003, paru postérieurement à l'entrée en vigueur de cette dernière.

Une Commission de surveillance, formée de cinq personnalités indépendantes nommées par l'ASB pour une durée de 5 ans, veille au respect de la CDB. La Commission rend des décisions sur requête des chargés d'enquête, lesquels sont également désignés par l'ASB. La Commission peut infliger des peines conventionnelles lorsqu'elle constate des violations de la CDB<sup>4</sup>.

A teneur du ch. 58 des dispositions d'exécution de l'art. 12 CDB 2003, la Commission de surveillance donne aux banques un aperçu de sa jurisprudence - dans le respect du secret bancaire et du secret des affaires - sous forme d'un rapport d'activité périodique. La dernière publication d'un tel rapport remonte à 2002<sup>5</sup>. Le présent rapport d'activité couvre la période subséquente, du 1er juillet 2001 au 30 avril 2005.

## **2. La signature de la déclaration selon formulaire A**

Ainsi que relevé dans le Rapport d'activité précédent, la Commission de surveillance avait décidé que la déclaration selon formulaire A était fondamentalement incompatible avec l'utilisation d'une procuration. Les signataires de la déclaration devaient impérativement avoir la position d'organe au sens de l'art. 55 CC. Une procuration au sens des art. 32 ss CO ne suffisait pas pour

---

<sup>2</sup> Art. 14 al. 1 et 2 CDB 2003.

<sup>3</sup> Cf. infra lettre C.

<sup>4</sup> Art. 11 CDB 2003

<sup>5</sup> Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, Revue suisse de droit des affaires, RSDA 2002, p. 165, avec références à la publication des rapports d'activité antérieurs; cf. également version française en annexe à la Circulaire ASB N° 7157 D

être habilité à signer la déclaration selon formulaire A au nom du cocontractant<sup>6</sup>. Le Rapport d'activité relatif à la période précédente traite de cette question<sup>7</sup> :

*La Commission de surveillance est consciente du fait que cette jurisprudence a comme conséquence un surcroît de travail administratif lorsque, comme souvent, les organes du cocontractant (sociétés) sont localisés à l'étranger.*

La CDB 2003 règle maintenant expressément cette question, mais d'une façon qui s'écarte de la jurisprudence précitée de la Commission de surveillance. En effet, le ch. 28 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 prévoit expressément que le formulaire A peut également être signé par un fondé de procuration. En application de l'art. 15 al. 2 CDB 2003, cette nouvelle règle vaut également pour les situations de fait antérieures à l'entrée en vigueur de la CDB 2003. Par ailleurs, la Commission de surveillance avait décidé de ne pas sanctionner les cas où un fondé de procuration avait signé un formulaire A, alors que la banque concernée n'avait pas (encore) eu connaissance de la nouvelle jurisprudence de la Commission de surveillance prohibant ce mode de faire. Dès lors, il s'avère qu'en définitive aucune sanction n'a été prononcée à l'encontre d'une banque en raison de la signature du formulaire A par un fondé de procuration au sens de l'art. 32 CO.

### **3. Le concept de négligence grave**

En règle générale, les éléments constitutifs des actes visés par la CDB sont de caractère essentiellement objectif. Il n'y a généralement guère de place pour un élément subjectif. Toutefois, déjà sous l'empire de la CDB 1998, les art. 7 et 8 CDB s'écartaient de ce principe. La violation des

---

<sup>6</sup> Friedli op. cit. p. 176 (cf. note 5); version française p. 22

<sup>7</sup> Friedli, op. cit. p. 177 (cf. note 5); version française p. 23

normes précitées n'était passible, en application de l'art. 11 al. 3 CDB 1998, d'une sanction que lorsqu'une violation intentionnelle était constatée. A cet égard, la Commission de surveillance avait décidé que le dol éventuel suffisait<sup>8</sup>. Le nouvel art. 11 al. 3 CDB 2003 dispose lui aussi que la violation doit être intentionnelle. Par ailleurs, l'art. 11 al. 3 CDB 2003 dispose qu'en cas de violation de l'art. 6 al. 1 et 2 CDB, une peine conventionnelle ou un blâme ne sera prononcé qu'en présence d'une négligence grave. Il incombait dès lors à la Commission de surveillance de définir le concept de «négligence grave». Cette tâche s'est révélée particulièrement difficile, car pour juger de la faute il convient de différencier selon qu'il s'agit de la banque ou d'un collaborateur de cette dernière. Il est par exemple concevable qu'un collaborateur ne puisse être considéré comme ayant fait preuve de négligence (parce qu'il n'a pas reçu d'instruction adéquate de la part de la banque au sujet de ses devoirs) et que la banque puisse se voir reprocher une négligence grave (précisément en raison du fait qu'elle a négligé d'émettre des instructions). La Commission de surveillance a traité cette question à l'occasion de nombreuses séances et a défini un concept prenant en considération cette différence entre la banque et le collaborateur concerné<sup>9</sup>.

#### **4. Délimitation des compétences respectives de la Commission de surveillance et de la Commission fédérale des banques (CFB)**

Le Rapport sur la révision 2003 de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques («le Rapport»)<sup>10</sup> émis par la Commission juridique de l'ASB postérieurement à l'entrée en vigueur de la CDB 2003, comporte un commentaire relatif à l'art. 6 CDB 2003 («modifications ou défauts en relation avec la vérification de l'identité du cocontractant ou l'identification de l'ayant droit économique»), particulièrement sous l'angle de la délimitation des compétences respectives de la Commission de surveillance et de la CFB :

---

<sup>8</sup> Friedli, op. cit. p. 182 (cf. note 5); version française p. 33

<sup>9</sup> Cf. infra C/4.19

<sup>10</sup> Cf. supra 1

*«Pas plus les chargés d'enquête que la Commission de surveillance n'ont à s'assurer que la banque a procédé aux clarifications nécessaires concernant le contexte économique de certaines relations d'affaires ou transactions, comme la Loi sur le blanchiment d'argent l'exige. Cette obligation est du ressort de la CFB; elle est réglée par l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent (cf. ch. 3).*

*Une enquête sur une éventuelle violation de l'art. 6 ne peut être menée que s'il existe des éléments tangibles indiquant que la personne dont il est fait mention comme ayant droit économique pourrait être erronée. Sont interdites en revanche les «fishing expeditions» qui consistent par exemple à passer systématiquement au crible tous les relevés de comptes ou de dépôts ou les justificatifs de transactions pour en tirer, le cas échéant, un indice tendant à prouver que la personne mentionnée sur le formulaire A n'est pas l'ayant droit économique».*

Le texte de la CDB 2003 renferme lui également une disposition à ce propos. Conformément au ch. 3 des dispositions d'exécution de l'art. 1 CDB 2003, «les obligations de clarification complémentaire dans le cas de relations d'affaires ou de transactions présentant des risques accrus sont du ressort de l'OBA-CFB». De Capitani<sup>11</sup> est d'avis que la meilleure manière de délimiter les compétences respectives de la CFB et de la Commission de surveillance est de considérer que l'obligation de clarification de l'OBA-CFB est absolue (même en l'absence d'un début de soupçon) alors que l'obligation de clarification selon la CDB a un caractère relatif (donc cette obligation n'existe qu'en présence d'un soupçon).

---

<sup>11</sup> Die Aufsichtskommission VSB und das zehnte Gebot, in: von der Crone/Forstmoser/Weber/Zäch [Hrsg.], Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zurich 2004, p. 63 ss.

Le seul cas soumis au Tribunal arbitral durant la période sous revue<sup>12</sup> avait également pour objet l'arrière-plan économique d'une transaction. A cette occasion, le Tribunal arbitral n'a pas fondamentalement remis en question la compétence de la Commission de surveillance pour traiter ce point.

## **B. APERCU**

### **1. Activités durant la période couverte par le rapport; affaires pendantes**

Durant la période sous revue, la Commission de surveillance a tranché 82 affaires au total<sup>13</sup>. Dans 11 de ces 82 cas seulement, elle a décidé de classer la procédure; les 71 autres affaires ont donné lieu à une condamnation<sup>14</sup>.

La procédure d'arbitrage prévue par l'art. 13 de la CDB 2003 n'a été utilisée qu'une seule fois durant la période en question. Le Tribunal arbitral annula une décision de la Commission de surveillance et constata que la banque n'avait pas violé la CDB<sup>15</sup>.

Au 30 juin 2005, il y avait 4 affaires pendantes par-devant la Commission de surveillance et 16 affaires en cours auprès des chargés d'enquête, soit 20 affaires en tout.

---

<sup>12</sup> Cf. infra B/1 et C/4.8

<sup>13</sup> Contre 61 cas lors de la période précédente, laquelle toutefois était d'une durée inférieure d'environ une année à la période visée par le présent rapport

<sup>14</sup> Au cours de la période précédente 8 affaires sur 61 avaient fait l'objet d'un classement

<sup>15</sup> Cf infra C/4.8

## 2. Points forts

La majeure partie des condamnations prononcées durant la période sous revue concernaient la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique. Dans ce contexte, la procédure relative aux sociétés de domicile a été un thème important<sup>16</sup>. Dans 36 affaires au total – souvent en concours avec d'autres manquements – les obligations définies par les règles de diligence pour nouer des relations d'affaires avec de telles sociétés n'ont pas été respectées.

Contrairement à ce qui avait été le cas lors de périodes d'activité antérieures mais à l'image des deux dernières périodes d'activité, la Commission de surveillance n'a plus eu à connaître que de manière isolée - dans 3 affaires seulement<sup>17</sup> - de cas dans lesquels une violation des dispositions relatives à la soustraction fiscale et aux actes analogues a été constatée. Certes dans d'autres cas, la question d'une éventuelle violation des dispositions précitées s'est posée, mais aucune violation n'a été constatée. Aucune des condamnations prononcées ne concernait plus les transactions dites "de fin d'année"<sup>18</sup>.

Comme lors de la période d'activité précédente, la Commission de surveillance n'a pas eu à prononcer de condamnation pour assistance active à la fuite de capitaux<sup>19</sup>. C'est là notamment une conséquence du fait que les pays restreignant l'exportation de devises sont devenus beaucoup plus rares qu'auparavant. Aussi, la disposition relative à l'acte d'assistance active à la fuite de capitaux pour détourner des restrictions à l'exportation de devises a-t-elle été dénuée de portée pratique également lors de la période sous revue.

---

<sup>16</sup> Art. 4 CDB 1998 et art. 4 CDB 1992

<sup>17</sup> Contre 8 lors de la précédente période d'activité

<sup>18</sup> Cf. infra C/5

<sup>19</sup> Art. 7 CDB 1998 et art. 7 CDB 1992

### 3. Détermination du montant des peines conventionnelles

En cas de violations graves, les banques peuvent être astreintes à payer des amendes conventionnelles jusqu'à CHF 10'000'000.- au plus<sup>20</sup>. A titre de comparaison, l'amende maximum en vertu de la LBA<sup>21</sup> est de CHF 200'000.-.

Durant la période d'activité sous revue, la Commission de surveillance n'a pas eu à recourir à la partie supérieure du cadre fixé pour les amendes, pas plus qu'elle n'avait dû le faire au cours des périodes précédentes. On enregistre néanmoins une augmentation du montant des amendes. Au cours de la période d'activité précédente, des amendes supérieures à CHF 10'000.- n'avaient été prononcées sur la base de la CDB que dans 31 cas, contre 58 durant la période sous revue. L'amende la plus élevée infligée au cours de la période visée par le présent rapport s'est élevée à CHF 750'000.-. Le Comité international de la Croix-Rouge s'est vu attribuer l'ensemble du produit des amendes conventionnelles prononcées<sup>22</sup>.

## C. CASUISTIQUE

### 1. Vérification de l'identité du cocontractant<sup>23</sup>

Les cas dans lesquels les règles relatives à l'identification du cocontractant n'ont pas été respectées ont augmenté légèrement par rapport à la période d'activité précédente. Au total, 39 condamnations, dont certaines pour des violations multiples, ont été prononcées dans ce contexte.

---

<sup>20</sup> Art. 11 al. 1 CDB 2003

<sup>21</sup> Art. 36 et 37 LBA

<sup>22</sup> Art. 11 al. 1, dernière phrase CDB 2003

<sup>23</sup> Art. 2 CDB 2003, art. 2 CDB 1998 et art. 2 CDB 1992



Dans 18 de ces 39 cas, les dispositions relatives à l'identification de l'ayant droit économique ont également été violées<sup>24</sup>.

L'une des plus importantes modifications de la jurisprudence a eu trait à la question de savoir si la date à laquelle les documents d'identification sont reçus par la banque doit faire l'objet d'une note au dossier<sup>25</sup>.

1.1 Selon la jurisprudence constante de la Commission de surveillance, l'identification du client doit intervenir avant l'ouverture du compte. Le fait de procéder à une réservation interne d'un numéro de compte n'est pas décisif pour la détermination de la date de l'ouverture du compte. Un compte est considéré comme ouvert dès qu'il est techniquement possible de procéder à des transactions sur ce compte. Tant que le compte reste bloqué, il ne doit pas être considéré comme étant ouvert<sup>26</sup>. A cet égard, la Commission de surveillance a précisé que la banque doit être en mesure de démontrer que le compte est effectivement bloqué. Le simple fait qu'aucune transaction ne soit intervenue sur le compte n'est pas suffisant. Si la banque n'est pas en mesure de faire une telle démonstration, elle doit être considérée comme ayant violé l'obligation consistant à faire en sorte que l'organe de révision interne et l'institution de révision prévue par la loi sur les banques puissent contrôler que les vérifications prescrites ont été effectuées («Sicherstellungspflicht»)<sup>27</sup>.

1.2 En vertu de la jurisprudence constante de la Commission de surveillance en matière de comptes joints, la banque doit procéder à l'identification de chaque cotitulaire du compte. L'identification d'un titulaire seulement n'est donc pas suffisante<sup>28</sup>.

1.3 Le ch. 16 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1992, dans sa version en langue allemande, exigeait que l'adresse du domicile du client soit constatée («festzuhalten») de

---

<sup>24</sup> Cf. infra C/2

<sup>25</sup> Cf. infra 1.7 et 1.8

<sup>26</sup> Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1993 – 1994, RSDA 1995, p. 320; version française en annexe à la Circulaire ASB N° 1192 D, p. 10

<sup>27</sup> Ch. 16 et 17 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1992; ch. 22 et 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 et ch. 24 (nouveau) des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003

<sup>28</sup> Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1990 – 1992, RSDA 1993, p. 94; version française en annexe à la Circulaire ASB N° 1063 D, p. 14-15

manière appropriée<sup>29</sup>. «Festhalten» signifie que l'adresse du domicile doit être fixée sur un support de données approprié. Une telle fixation sur un support de données est indispensable pour permettre à l'organe de révision interne et à l'institution de révision prévue par la loi sur les banques de contrôler que les vérifications prescrites ont bien été effectuées. Il convient de relever à cet égard que la version française de la CDB va dans le sens de l'interprétation faite par la Commission de surveillance, dès lors que le verbe «conserver» est utilisé en lieu et place du terme «constater / festhalten».

1.4 Un acte de fondation n'est pas équivalent à un extrait du Registre du commerce puisqu'il n'est pas possible de s'assurer à l'aide d'un tel acte que la société a effectivement fait l'objet d'une inscription au Registre du commerce<sup>30</sup>.

1.5 Le fait que la CDB 1992<sup>31</sup> n'opère la distinction entre les pourparlers engagés par l'intéressé en personne avec la banque et la relation d'affaires nouée avec la banque par correspondance (ch. 8, 9 et 10 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1992) qu'à propos des personnes physiques, ne signifie pas que pour les personnes morales, une ouverture de compte par correspondance serait prohibée.

1.6 La Commission de surveillance a eu à se prononcer dans le cadre d'une affaire où la banque avait égaré le dossier de crédit. La banque a fait valoir qu'il n'y avait pas d'élément concret pour considérer qu'elle avait violé ses obligations d'identification. La banque a également fait valoir le principe «*in dubio pro reo*».

La Commission de surveillance a partagé l'avis de la banque selon lequel il n'y avait pas d'élément concret permettant de conclure que l'identification avait été défectueuse. En revanche, la Commission de surveillance a considéré que la banque n'avait pas respecté ses obligations relatives à la conservation des données et à la garantie que l'organe de révision interne et l'institution de révision prévus par la loi sur les banques puissent contrôler que les vérifications prescrites avaient

<sup>29</sup> Le ch. 22 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 utilise la même terminologie

<sup>30</sup> Ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003

<sup>31</sup> Il en va de même de la CDB 2003

bien été effectuées<sup>32</sup>. Dans ce contexte, la Commission de surveillance a indiqué que le principe «*in dubio pro reo*» n'était pas susceptible de s'appliquer en l'espèce. En effet, l'obligation de conserver les données et de garantir aux organes de révision la possibilité effective de procéder aux vérifications prescrites implique qu'il incombe à la banque d'être en mesure de prouver qu'elle a procédé à une identification selon les normes de la CDB. En outre, la Commission de surveillance a rappelé que l'obligation de respecter les prescriptions précitées en matière de vérification de l'identité et de conservation des données ne prend aucunement fin avec la résiliation de la relation d'affaires. La CDB prévoit précisément et expressément qu'il convient de conserver les données et documents relatifs à l'identification.

1.7 La Commission de surveillance avait considéré dans sa jurisprudence antérieure, que l'obligation de conserver copie du document d'identification - prévue par le ch.17 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1992 – était exécutée dès que la présence d'un document d'identification dans le dossier d'ouverture de compte pouvait être contrôlée. Bien entendu, il convenait que la date d'émission du document d'identification soit antérieure à la date de l'ouverture du compte. La Commission de surveillance partait en effet de la présomption que les photocopies produites par la banque avaient été prélevées au moment de l'ouverture du compte. Cette jurisprudence a été modifiée au cours de la période d'activité sous revue.

1.8 La Commission de surveillance a modifié sa jurisprudence selon laquelle il n'était pas nécessaire de dater les documents d'identification. A l'appui de ce changement, la Commission de surveillance a fait valoir ce qui suit :<sup>33</sup>.

*"La CDB ne contient aucune norme qui prescrirait expressément l'obligation de dater les photocopies de passeports prélevées aux fins d'identification. Jusqu'ici, la Commission de surveillance n'a pas considéré qu'une telle obligation résulterait de l'obligation de la banque de garantir que les organes de révision puissent contrôler que les vérifications prescrites avaient été effectuées (ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998). Or, cette jurisprudence ne*

<sup>32</sup> Ch. 16 et 17 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1992; ch. 22 et 23 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003

<sup>33</sup> Cf. également infra 1.9

*résiste pas à un examen plus précis. Lorsque la date à laquelle a été reçu le document d'identification n'apparaît pas au dossier, il n'est pas possible de vérifier si l'identification a eu lieu préalablement à l'activation de la relation d'affaires (cf. de Capitani, GwG 3 N 40a, in : Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. II, Zurich, 2002). Aussi, la Commission de surveillance considère-t-elle désormais que l'apposition de la date de réception sur le document d'identification – par exemple au moyen d'un timbre de réception – doit être effectuée au titre de l'obligation pour la banque de faire en sorte que les organes de révision puissent contrôler que les vérifications prescrites ont été effectuées («Sicherstellungspflicht») (ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998)».*

Dans le cas d'espèce, la banque était autorisée à se fonder de bonne foi sur la – désormais ancienne – jurisprudence de la Commission de surveillance consistant à considérer que l'enregistrement de la date de réception des documents d'identification n'était pas nécessaire. Dès lors la Commission de surveillance n'a fait que constater la violation de la CDB, sans que cette constatation ait un quelconque impact sur la mesure de la peine conventionnelle. Par ailleurs, la Commission de surveillance a décidé de communiquer sa nouvelle jurisprudence de la manière appropriée, et de ne prononcer des sanctions en cas de violation de la CDB sur ce point que si la violation est survenue postérieurement à la diffusion de la nouvelle jurisprudence. La diffusion du présent rapport d'activité en tient lieu.

1.9 Une banque a émis des critiques au sujet de ce changement de jurisprudence. La Commission de surveillance a alors répondu de la façon suivante :

*«Par ailleurs, la critique de la banque au sujet de la nouvelle jurisprudence de la Commission de surveillance n'est pas convaincante. Cette jurisprudence selon laquelle la banque doit relever la date à laquelle elle a reçu ou créé le document d'identification concerne en premier lieu la vérification de l'identité des personnes morales. En ce cas il n'y a pas de présomption de fait que la vérification de l'identité soit intervenue au moment de l'ouverture du compte. En effet la banque a la possibilité d'obtenir un extrait du Registre du commerce sans que le concours de la personne morale soit indispensable. Tel n'est en revanche pas le cas lorsque le cocontractant est une*

*personne physique. Dans une décision antérieure, citée par la banque, la Commission de surveillance avait effectivement admis la présomption que la banque était en possession, au moment de l'ouverture du compte, du document d'identification. En effet, dans le cas d'une personne physique, la vérification de l'identité présuppose un contact avec le client, typiquement à l'occasion de l'ouverture du compte. Cette différence ne signifie toutefois pas pour autant qu'une différenciation doive être faite dans l'appréhension juridique, différenciation qui consisterait à n'exiger l'enregistrement de la date de réception du document d'identification que lorsque le cocontractant est une personne morale. Bien au contraire, l'obligation prescrite à la banque de prendre des dispositions garantissant que les organes de révision interne et externe puissent contrôler que les vérifications prescrites par la CDB ont bien été faites, a été édictée de manière générale, de telle sorte que la nouvelle jurisprudence de la Commission de surveillance – s'applique sans égard au fait que le cocontractant est une personne physique ou morale».*

1.10 Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, la banque n'a pas l'obligation de procéder une nouvelle fois à la vérification de l'identité d'un client existant si ce dernier souhaite ouvrir un ou plusieurs comptes supplémentaires<sup>34</sup>. La Commission de surveillance a décidé que cette règle vaut également lorsqu'un client déjà identifié à l'occasion de l'ouverture d'un compte effectue une opération de caisse, donc une opération non liée au compte existant (du reste, les opérations qui sont effectuées par le biais de comptes déjà existants ne sont jamais des opérations de caisse au sens du ch. 7 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998<sup>35</sup>). La Commission de surveillance a considéré comme décisive la réflexion selon laquelle le fait pour une banque d'effectuer une opération de caisse pour un client disposant déjà de comptes auprès de la banque concernée, ne saurait être interprété comme étant l'établissement d'une relation d'affaires au sens de l'art. 2 al. 1 CDB 1998. En effet, la relation d'affaires est alors pré-existante. En outre, la Commission de surveillance a également pris en considération le fait que l'art. 2 al. 2 CDB 1998 ne fait aucunement de différence entre l'ouverture de comptes et l'exécution d'opérations de caisse. L'exécution d'une opération de caisse avec un client déjà existant et identifié correctement ne doit pas être traitée différemment que l'ouverture d'un compte supplémentaire pour le client concerné.

---

<sup>34</sup> Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995 – 1997, RSDA 1998, p. 99; version française en annexe à la Circulaire ASB N° 1355 D, p. 8-9

1.11 La jurisprudence de la Commission de surveillance selon laquelle l'exécution d'une opération de caisse avec un client existant ne doit pas être traitée différemment de l'ouverture d'un compte supplémentaire<sup>36</sup> vaut également pour le cas de l'ouverture de livrets d'épargne au porteur. Ainsi, il n'est pas obligatoire de vérifier une nouvelle fois l'identité d'un client existant lorsque ce dernier décide à un stade ultérieur, d'ouvrir un livret d'épargne au porteur ou d'y opérer des dépôts ou des retraits portant sur des montants supérieurs à CHF 25'000.-<sup>37/38</sup>.

1.12 La CDB 1992 ne prescrivait pas l'obligation de prélever photocopie de la pièce de légitimation<sup>39</sup>: En revanche, la CDB 1998 a stipulé déjà une telle exigence dans le cadre de la vérification de l'identité d'une personne physique que la banque ne connaissait pas personnellement<sup>40</sup>. Il se pose la question du comportement des banques en présence d'un renforcement – à l'occasion d'une révision de la CDB - des exigences en matière de vérification d'identité. La banque doit-elle procéder une nouvelle fois à la vérification de l'identité d'un client déjà identifié selon les règles de la CDB 1992 lorsque ce dernier ouvre un compte ou effectue une opération de caisse sous l'empire de la CDB 1998 ? La Commission de surveillance a considéré que tel n'était pas le cas. En effet les modifications apportées à la CDB (en particulier l'instauration d'obligations supplémentaires à la charge des banques à l'occasion d'une révision de la CDB) ne concernent fondamentalement pas les relations d'affaires déjà existantes (si tel était le cas, la CDB révisée devrait le prévoir expressément).

1.13 Ainsi qu'il a déjà été indiqué<sup>41</sup>, la règle selon laquelle un client qui entretient déjà une relation d'affaires avec la banque ne doit pas faire l'objet d'une nouvelle vérification de son identité, vaut également lorsque les exigences en la matière se sont renforcées dans l'intervalle. Par conséquent, un client qui était déjà en relation d'affaires avec la banque préalablement à l'entrée en

---

<sup>35</sup> Friedli, op. cit., p. 98 (cf. note 34 ); version française p. 6 – 7

<sup>36</sup> Cf. supra 1.10

<sup>37</sup> Ch. 5 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998

<sup>38</sup> Il convient toutefois de ne pas procéder à l'ouverture de nouveaux livrets d'épargne au porteur (ch. 5 des dispositions d'exécution de l'art. 1 CDB 2003)

<sup>39</sup> Ch. 8 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1992

<sup>40</sup> Ch. 9 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998

<sup>41</sup> Cf. supra 1.12

vigueur de la première version de la CDB (dans le cas concret en 1963), ne doit pas faire l'objet d'une nouvelle vérification d'identité. En l'espèce, l'ouverture de compte en 1963 a été effectuée correctement dès lors qu'à l'époque, il n'existait aucune règle qui aurait pu être violée. Les versions de la CDB qui sont entrées en vigueur successivement n'ont fondamentalement pas d'impact sur les relations d'affaires préexistantes. Aucune des versions de la CDB ne renferme l'obligation pour la banque de procéder à la vérification de l'identité des clients existants en fonction des règles émises postérieurement à l'entrée en relation d'affaires.

Il en va en revanche autrement, selon la jurisprudence de la Commission de surveillance lorsque la première procédure de vérification d'identité n'a pas été effectuée conformément aux règles de la version de la CDB alors en vigueur<sup>42</sup>. Dans une telle hypothèse, la banque commet une violation de la CDB si elle décide de procéder à l'ouverture de comptes supplémentaires sans procéder correctement à la vérification de l'identité du client.

1.14 Lorsque la banque n'est pas en contact direct avec le client - que ce soit en ayant engagé des pourparlers avec l'intéressé en personne ou lors de relations d'affaires nouées par correspondance - on est en présence d'une délégation de la vérification de l'identité au sens du ch. 18 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998<sup>43</sup> et la banque doit se conformer aux conditions prescrites pour que cette délégation soit considérée comme valable. Dans le cadre d'une ouverture de compte, la banque n'est pas autorisée à recourir aux services d'un tiers comme intermédiaire qui ne remplirait pas les conditions d'un mandataire au sens du ch. 18 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998<sup>44</sup>.

1.15 Lorsque la banque n'est pas en contact direct avec la cliente ou ses organes mais qu'elle correspond seulement avec un avocat, lequel est mandaté par la cliente, il s'agit d'un cas de délégation de la vérification de l'identité au sens du ch. 18 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998<sup>45</sup>. Ainsi, même lorsqu'on est en présence d'un avocat qui représente un client, les

---

<sup>42</sup> Friedli, op. cit., p. 170 (cf. note 5); version française p. 12

<sup>43</sup> Ch. 21 dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003

<sup>44</sup> Cf. aussi infra 1.15

<sup>45</sup> Ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003

conditions définies au ch. 18 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998 (choix et instructions appropriés) doivent être remplies.

1.16 Lorsque la procédure d'identification a fait l'objet d'une délégation, le mandataire n'est pas en droit de procéder à l'ouverture de la relation d'affaires par correspondance. Bien au contraire, il doit rencontrer personnellement le client. Une telle interprétation résulte du but de la norme stipulant la possibilité d'une délégation. En effet, si le client ne veut pas rencontrer personnellement le mandataire de la banque, celle-ci peut alors directement procéder par le biais d'une ouverture de relation d'affaires par correspondance. Dans ce cas, l'interposition d'un mandataire n'aurait pas de raison d'être.

1.17 A l'occasion d'une précédente décision, la Commission de surveillance avait laissé indécise la question de savoir si l'ouverture d'un compte par l'intermédiaire d'une succursale de la banque à l'étranger (et non pas une société sœur) était un cas de délégation de la vérification de l'identité au sens du ch. 14 des dispositions d'exécution relatives à l'art. 2 CDB 1992<sup>46</sup>. La Commission de surveillance a maintenant tranché cette question et considère qu'il ne s'agit alors pas, dans une telle hypothèse, d'une délégation de la vérification de l'identité.

En revanche, l'ouverture d'un compte (sous l'angle de la vérification de l'identité) par l'intermédiaire d'une société sœur de la banque à l'étranger est un cas de délégation de la vérification de l'identité<sup>47</sup>. Contrairement à la représentation ou à la succursale de la banque à l'étranger, la société étrangère sœur d'une banque doit toujours être considérée comme une personne tierce en raison de l'absence d'unité juridique. L'intervention d'une telle société doit donc obéir aux conditions définies par le ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1992.

---

<sup>46</sup> Friedli, op. cit., p. 170 (cf. note 5); version française p. 11

<sup>47</sup> Dans le cas d'espèce, le ch. 14 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1992 était applicable. Cf. actuellement le ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003



## 2. Identification de l'ayant droit économique<sup>48/49</sup>

Au cours de la période sous revue, il y a eu un total de 40 cas de condamnations – parfois multiples – du chef de la non-identification ou de l'identification défectueuse de l'ayant droit économique des valeurs déposées. Ce chiffre représente une augmentation conséquente des condamnations prononcées, car à l'occasion de la période précédente, seulement 18 condamnations avaient été prononcées pour ce motif.

2.1 La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence aux termes de laquelle la déclaration selon le formulaire A doit comporter le lieu et la date de son émission, ainsi que l'adresse de l'ayant droit économique. Dans ce contexte, la Commission de surveillance a indiqué ce qui suit<sup>50</sup> :

*«Le fait que l'adresse de l'ayant droit économique doive être indiquée sur la déclaration selon le formulaire A, résulte expressément du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998. Quant au fait que le lieu et la date de la signature doivent également figurer sur la déclaration selon le formulaire A, il ne résulte pas du texte même de la CDB mais bien du modèle de formulaire A annexé à la CDB 1998, lequel comporte les rubriques correspondantes. L'exigence de la mention du lieu et de la date d'émission ne représente pas une simple formalité mais revêt une importance matérielle. Par exemple, l'ouverture de compte en faveur de personnes physiques (et non pas de personnes morales) est soumise à des règles différentes selon que le client est en pourparlers directs avec la banque ou qu'il traite avec la banque par correspondance. Or, c'est tout particulièrement sur la base du lieu d'émission figurant sur les documents d'ouverture de compte que l'on peut déterminer dans quel cas l'ouverture de compte a eu lieu. Quant à la mention de la date, elle est nécessaire puisqu'elle permet de déterminer si l'identification de l'ayant droit économique a eu lieu en temps utile (c'est-à-dire préalablement à l'ouverture du compte)».*

<sup>48</sup> Art. 3 CDB 2003, art. 3 CDB 1998 et art. 3 CDB 1992

<sup>49</sup> Cf. aussi infra 3.4. à 3.12

<sup>50</sup> Cf. infra 3.9

2.2 Conformément à la règle énoncée au ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998, une déclaration selon le formulaire A devait être exigée dans tous les cas d'établissement de relations d'affaires par correspondance avec une personne physique. Dans ce contexte, la Commission de surveillance a décidé qu'en présence de l'ouverture d'un compte joint par correspondance en faveur de plusieurs cocontractants dont certains étaient déjà clients de la banque alors que d'autres ne l'étaient pas, il convenait d'obtenir une déclaration selon le formulaire A comportant la signature de tous les cocontractants. La Commission de surveillance s'est fondée sur le fait que la déclaration selon formulaire A doit être signée par le cocontractant (et en cas de pluralité de cocontractants, par l'ensemble des cocontractants). Cette prescription ne serait pas observée si seuls les nouveaux clients procédaient à la signature de la déclaration selon le formulaire A.

2.3 La Commission de surveillance a été confrontée à la question de savoir à quelles conditions il était nécessaire de procéder à l'identification de l'ayant droit économique au moyen du formulaire A dans le cas de l'ouverture de plusieurs comptes comportant tous la même racine de numérotation. Une jurisprudence existe déjà à ce sujet. La CDB exige fondamentalement qu'une déclaration distincte selon le formulaire A soit obtenue en relation avec chaque compte et dépôt<sup>51</sup>. La Commission de surveillance a décidé au cours de la période sous revue, que l'ouverture de sous-comptes sous une seule et même racine de numérotation ne justifiait pas une exception à ce principe. Une telle décision était d'autant plus justifiée en l'espèce dès lors que l'on était en présence de l'ouverture de plusieurs sous-comptes sous des rubriques distinctes («comptes d'entreprise», «comptes d'entreprise, rubrique: fonds de la clientèle», «comptes courants pour privés» ou «compte de paiement du capital») lesquels permettaient de supposer que l'ayant droit économique des différents sous-comptes n'était pas le même.

2.4 La signature d'une déclaration selon formulaire A au moyen d'un mot de passe satisfait aux exigences de la CDB lorsque le client a encore signé une formule séparée par laquelle il a déclaré expressément vouloir utiliser un mot de passe en guise de signature. Ceci résulte également de la considération qu'une signature ne représente en définitive rien d'autre qu'un signe

---

<sup>51</sup> Friedli, op. cit., p. 173 s. (cf. note 5); version française p. 18

par lequel le signataire exprime sa volonté de se voir imputer la déclaration qu'il a signée. Même une signature au moyen d'un mot de passe peut être considérée comme une signature valable lorsque la volonté de s'engager de la part du signataire est sans équivoque.

2.5 La banque ne respecte pas son obligation d'identifier l'ayant droit économique si elle accepte un formulaire A signé mais en blanc, destiné à être ensuite rempli par une collaboratrice. En effet, conformément à la jurisprudence constante de la Commission de surveillance, la banque n'est pas en droit de compléter une déclaration selon formulaire A après que cette dernière a été signée par le client<sup>52</sup>.

2.6 Conformément à la jurisprudence constante de la Commission de surveillance, la banque ne se conforme pas à son obligation de garantir que les organes de révision puissent contrôler que les vérifications prescrites ont été effectuées si ce n'est qu'au stade où la procédure est portée devant la Commission de surveillance que la banque est en mesure de présenter les documents exigés par la CDB. Dans ce contexte, la Commission de surveillance a précisé à cet égard qu'il suffit que la banque ait indiqué dans le cadre de la procédure devant le chargé d'enquête l'existence d'une déclaration selon formulaire A. Il n'est pas nécessaire que cette déclaration ait été remise au chargé d'enquête.

2.7 La Commission de surveillance a traité le cas d'un compte ouvert par un «Lunchclub» sans autre précision. Il ne ressortait pas clairement des documents d'ouverture de compte que le Lunchclub était une association au sens juridique ou simplement un ensemble de personnes (donc une société simple). La Commission de surveillance est arrivée à la conclusion que la CDB serait violée dans les deux hypothèses :

*«Quelle que soit la nature juridique de ce Lunchclub, la banque a violé la CDB en acceptant la déclaration selon formulaire A du 1<sup>er</sup> novembre 2001. S'il s'agissait d'une association, la banque a omis d'identifier l'adresse du domicile et l'Etat du domicile (ch. 20 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992). Si le Lunchclub était organisé sous la forme d'une société simple, on était alors*

---

<sup>52</sup> Friedli, op. cit., p. 175 (cf. note 5); version française p. 20 - 21

*en présence d'un compte global qui aurait dû être traité selon la règle du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992 (nécessité d'obtenir la liste de tous les ayants droit économiques)».*

2.8 Conformément au ch. 19 let. a des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998<sup>53</sup>, la banque pouvait renoncer à vérifier formellement l'identité du cocontractant dès lors qu'il s'agissait de l'ouverture d'un compte destiné à la libération du capital-actions d'une société anonyme. La Commission de surveillance décida que dans de tels cas, il n'est pas nécessaire de procéder à l'identification de l'ayant droit économique. C'est ainsi qu'elle indiqua :

*«Par ailleurs, la banque ne peut se voir reproché d'avoir renoncé à identifier l'ayant droit économique du compte destiné à la libération du capital-actions. Le fait que le ch. 19 let. a des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998 dispense la banque, pour de tels comptes, de l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant (lequel n'existe pas encore) ne permet pas en soi de conclure que la banque serait également en droit de renoncer à l'identification de l'ayant droit économique. Une telle conclusion s'impose toutefois pour d'autres motifs. L'ayant droit économique est la personne à laquelle appartiennent les fonds déposés sur le compte concerné et qui, sur la base de sa relation avec le titulaire du compte, peut donner à ce dernier des instructions quant à l'utilisation des fonds déposés (cf. à ce propos de Capitani, GwG 4 N 31 ss). Or ceci est précisément exclu dans le cadre de la fondation d'une société. Le compte reste bloqué jusqu'à ce que la société ait fait l'objet d'une inscription au Registre du commerce et ait ainsi acquis la qualité de personne morale. Dès lors, le compte destiné à la libération du capital-actions ne comporte aucun ayant droit économique. Une autre réflexion conduit au même résultat. Dans l'acte de fondation, le souscripteur s'engage sans condition à effectuer son apport (art. 630 CO). Il s'agit d'une obligation à l'égard de l'ensemble des souscripteurs (en société simple), mais également à l'égard de la société anonyme (cf. art. 681 CO). Même si l'on devait considérer cette relation comme étant un contrat entre le fondateur et la société, il n'existe de toute manière aucune relation juridique entre le souscripteur et la banque. Le souscripteur a la même relation avec la banque que*

---

<sup>53</sup>

Voir de même ch. 18 let c des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003

*le tiers qui effectue un versement sur un compte bancaire existant. Dans un tel cas également, des clarifications relatives à l'ayant droit économique ne sont pas prescrites».*

2.9 Une banque avait ouvert un compte en 1996 en faveur d'une société de domicile suisse, laquelle s'est avérée avoir les caractéristiques d'un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al 3 LBA (il s'agissait d'une fondation de placement [«Anlagestiftung»]). La banque ne préleva aucune déclaration selon le formulaire A pour ses dossiers. Lors de la procédure devant la Commission de surveillance, la banque fit valoir qu'elle devait être mise au bénéfice de l'exception prévue par le ch. 30 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998, aux termes de laquelle l'intermédiaire financier dont le siège ou le domicile est en Suisse n'a pas l'obligation de remettre une déclaration relative à l'ayant droit économique. La Commission de surveillance a considéré que l'exception prévue au ch. 30 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 n'entraîne pas en ligne de compte sous l'angle temporel, dès lors que l'ouverture du compte avait eu lieu en 1996 :

*«Selon la règle de l'art. 15 al. 3 (dernière phrase) CDB 1998 (principe de la lex mitior), le ch. 30 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 serait applicable au cas présent alors même que l'ouverture de compte est intervenue en juin 1996. A cet égard il convient de prêter attention au fait que le concept d'intermédiaire financier au sens du ch. 30 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 renvoie à la LBA, laquelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1998. Au moment de l'ouverture du compte concerné (juin 1996), la cliente n'était pas encore un intermédiaire financier au sens de la LBA. C'est pourquoi la banque ne peut se prévaloir de l'exception prévue au ch. 30 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 et ceci malgré l'art. 15 al. 3 dernière phrase CDB 1998. Un autre résultat ne serait pas conciliable avec le but poursuivi par cette norme. Le ch. 30 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 n'a pour but de dispenser la banque d'obtenir une déclaration relative à l'ayant droit économique que lorsque le client a déjà été amené à produire une telle déclaration en vertu de la loi. Cette condition n'était pas remplie dans le cas d'espèce. En 1996, la cliente n'avait pas l'obligation d'identifier les ayants droit économiques des fonds conférés à sa gestion. Il en résulte que la banque n'était pas autorisée à renoncer à la déclaration relative à l'ayant droit économique».*

2.10 Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance une banque ne saurait être pénalisée du fait qu'elle s'est fait remettre une déclaration selon formulaire A, qui se révèle défectueuse mais qui n'était pas exigée par la CDB. Toutefois, cette règle n'est applicable que lorsque le cocontractant atteste au moyen de cette déclaration être lui-même l'ayant droit économique. Lorsqu'un tiers est mentionné comme étant l'ayant droit économique, on doit considérer que cela révèle précisément l'existence d'un doute, lequel rend indispensable l'identification de l'ayant droit économique.

2.11 Selon la jurisprudence de la Commission de surveillance déjà publiée antérieurement, dans les cas où l'obtention d'un formulaire A n'est pas nécessaire, la production d'un formulaire A incomplet ou contradictoire ne représente pas une violation de la CDB<sup>54</sup>. Au cours de la période sous revue, la Commission de surveillance a été amenée à examiner la question de savoir si un formulaire A obtenu sans nécessité mais incorrectement rempli devait susciter de la part de la banque un doute qui, conformément à l'art. 6 al. 1 CDB 2003 aurait dû conduire à une répétition de la procédure selon l'art. 3 CDB 2003. Cette question a reçu la réponse suivante<sup>55</sup>

*«La Commission de surveillance précise comme suit sa jurisprudence au sujet du formulaire A rempli de manière erronée : lorsqu'il n'y a pas de doute et que la banque exige malgré tout – sans nécessité – un formulaire A, aucune violation de l'art. 3 CDB 2003 ne doit être retenue lorsque la déclaration ainsi obtenue s'avère incomplète ou contradictoire. Même dans les cas où la production d'un formulaire A n'était pas nécessaire, le fait qu'un tel formulaire a été rempli de manière incorrecte peut toutefois provoquer un doute fondé quant à la personne de l'ayant droit économique et requérir une répétition de la procédure prévue à l'art. 3 CDB 2003, en application de l'art. 6 al. 1 CDB 2003. La banque est donc susceptible de contrevenir à l'art. 6 CDB 2003 – mais non pas à l'art. 3 CDB 2003 – lorsqu'elle se contente d'un formulaire A rempli de manière incorrecte, et ceci alors même qu'un tel formulaire n'aurait en principe pas été nécessaire. Ce cas est réalisé lorsqu'il ressort du formulaire A une modification quant à l'ayant droit économique et que cette déclaration selon formulaire A est incomplète, ou lorsque la déclaration est même*

<sup>54</sup> Friedli, op. cit., p. 94 (cf. note 28); version française p. 13 - 14

<sup>55</sup> Cf. aussi supra 2.10

*contradictoire. Dans une telle hypothèse, la banque a l'obligation de répéter la procédure prévue à l'art. 3 CDB 2003, alors même que la production d'un formulaire A n'aurait, à l'origine, pas été nécessaire. La violation de l'obligation précitée a pour conséquence que la banque a contrevenu à l'art. 6 al. 1 CDB 2003. En revanche, la banque ne commet pas de violation à la CDB 2003 – que ce soit sous l'angle de l'art. 3 ou de l'art. 6 – lorsque le caractère incomplet d'une déclaration selon formulaire A obtenue sans nécessité n'est pas révélateur d'une modification touchant la question de l'ayant droit économique».*

2.12 D'après la jurisprudence de la Commission de surveillance<sup>56</sup>, les transactions en espèces opérées à partir de comptes clients existants ne sont pas des opérations de caisse. Il en va différemment, lorsqu'un client de la banque effectue une transaction en espèces, sans utiliser son compte préexistant. Dans de telles circonstances, les éléments constitutifs d'une opération de caisse sont réunis. C'est pourquoi une banque qui accepte de faire une transaction en espèces en utilisant son propre compte «divers», sans procéder à l'identification de l'ayant droit économique au moyen d'un formulaire A, viole ses obligations de diligence.

2.13 Conformément à l'art. 3 al. 3 CDB 1998<sup>57</sup>, toute opération de caisse portant sur un montant supérieur à CHF 25'000.- requiert la production d'une déclaration selon formulaire A. Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir si des dépôts et des retraits d'argent de plus de CHF 25'000.- sur des livrets d'épargne au porteur<sup>58</sup> déclenchaient également l'obligation d'identifier l'ayant droit économique. En invoquant le ch. 5 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998, une banque a fait valoir que des versements ou des retraits au comptant de plus de CHF 25'000.- sur des livrets d'épargne au porteur l'obligeait uniquement à procéder à la vérification de l'identité du cocontractant au sens de l'art. 2 CDB 1998 et non pas à l'identification de l'ayant droit économique au sens de l'art. 3 CDB 1998. La Commission de surveillance n'a pas suivi cette interprétation pour les raisons suivantes :

<sup>56</sup> Friedli, op. cit., p. 98 (cf. note 34); version française p. 6 - 7

<sup>57</sup> Même teneur que l'art. 3 al. 3 CDB 2003

<sup>58</sup> Cf. supra note 40

*«L'art. 3 al. 3 CDB 1998 qui imposait l'identification de l'ayant droit économique pour toute transaction de caisse, n'a pas défini ce qu'était une transaction de caisse, mais renvoyait à la définition de l'art. 2 CDB 1998. L'art. 2 CDB 1998 était à son tour concrétisé par le ch. 7 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998 qui renvoyait au ch. 5 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998 en ce qui concerne les livrets d'épargne au porteur. En raison de cette systématique, la Commission de surveillance est d'avis que les transactions opérées sur des comptes / livrets préexistants ne sont pas à considérer comme étant des opérations de caisse uniquement lorsqu'il ne s'agit pas de livrets d'épargne au porteur. En raison du renvoi de l'art. 3 al. 3 CDB 1998, à l'art. 2 CDB 1998, il y a lieu de procéder à l'identification de l'ayant droit économique lors de toute opération de caisse qui oblige la banque à vérifier l'identité du cocontractant. Cela signifie qu'en cas de versements ou de retraits au comptant de plus de CHF 25'000.- sur un livret d'épargne au porteur, il faut non seulement vérifier l'identité du cocontractant mais également identifier l'ayant droit économique. Il est vrai qu'à l'appui de la thèse de la banque, le ch. 5 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998 ne mentionne que la vérification de l'identité (« dans le cas de livrets d'épargne au porteur l'identité ... doit être vérifiée »), mais pas l'identification de l'ayant droit économique. Cependant l'identification de l'ayant droit économique s'impose, étant donné que la disposition d'exécution précitée ne se rapporte qu'à l'article 2 CDB 1998, lequel ne concerne que la vérification de l'identité du cocontractant. Il paraît en outre tout à fait justifié de ne pas traiter les livrets d'épargne au porteur comme les comptes ou les livrets d'épargne nominatifs, ceci également sous l'angle de l'identification de l'ayant droit économique. Les transactions sur livrets d'épargne au porteur comportent un potentiel de risque particulier que les buts énumérés dans le préambule de la CDB 1998 soient éludés».*

Les opérations de caisse de plus de CHF 25'000.- effectuées sur un livret d'épargne au porteur nécessitent donc systématiquement la production d'une déclaration du cocontractant relative à l'ayant droit économique. Une telle prescription est également conforme au ch. 7 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003. La Commission de surveillance est d'avis que cette solution se justifie également d'un point de vue pratique. Le fait que de l'argent comptant soit versé sur un



livret d'épargne au porteur signifie que la banque n'obtient aucune information supplémentaire, étant donné que le livret d'épargne au porteur n'est par définition pas lié à un nom particulier .

2.14 La Commission de surveillance a résumé la procédure d'identification de l'ayant droit économique (telle que décrite dans la CDB 1998) de la manière suivante :

*«L'art. 3 CDB 1998 prévoit une procédure à trois niveaux en vue de l'identification de l'ayant droit économique. Dans une première étape il faut examiner lors de toute nouvelle ouverture de compte s'il y a des doutes que le titulaire du compte ne soit pas identique à l'ayant droit économique. En présence de pareils doutes, la banque doit demander au client dans une deuxième phase de remplir le formulaire A (art. 3 al. 1 CDB 1998). Ce n'est que si les doutes ne peuvent ainsi être levés que la banque doit, dans une troisième phase, procéder à des éclaircissements plus approfondis (ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998)».*

Lorsque des explications cohérentes et plausibles quant à la provenance des fonds en question sont données dans le cadre de cette troisième phase, le compte peut être ouvert (étant précisé que les explications fournies doivent être consignées au dossier). Une preuve plus stricte quant à la provenance des fonds n'est pas nécessaire.

2.15 La CDB n'impose par conséquent pas que les banques doivent exiger du client la preuve de l'origine effective des fonds. Les obligations de diligence résident plutôt dans le fait que la banque doit refuser l'ouverture du compte s'il existe des doutes, respectivement si de tels doutes ne peuvent pas être levés, quant à la question de savoir si le titulaire du compte est bien lui-même l'ayant droit économique des valeurs déposées sur le compte ou dépôt bancaire.

La Commission de surveillance n'a pas retenu qu'il y ait eu une violation de la CDB parce qu'un client étranger qui avait déposé des millions ne pouvait prouver l'origine exacte de ces fonds. La Commission de surveillance a admis que la banque avait été suffisamment diligente en obtenant un formulaire A dûment rempli pour son dossier et en ayant trois entretiens avec le titulaire du compte et ses parents au sujet de l'arrière-plan économique des transactions. Dès lors que les notes

prises à l'occasion de ces différents entretiens étaient cohérentes et plausibles, l'ouverture du compte bancaire pouvait avoir lieu.

2.16 Dans une autre décision concernant cette problématique, la Commission de surveillance a confirmé que dans le cas d'espèce suivant, il n'y avait pas de doute qui aurait dû conduire à refuser l'ouverture de compte.

Les explications que la banque avait apparemment recueillies au cours de divers entretiens, étaient cohérentes et plausibles... C'est pourquoi la banque pouvait – après que l'origine des fonds concernés lui avait été expliquée de manière plausible et en tenant compte des informations récoltées préalablement par le gestionnaire de clientèle – entrer en relation d'affaires avec le client.

2.17 Dans le cas où plusieurs personnes sont ayants droit économiques d'un seul et même compte, la banque n'a pas l'obligation d'indiquer au dossier la quote-part respective de chacune de ces personnes. La Commission de surveillance a tiré cette conclusion du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992 qui réglait le cas de comptes collectifs<sup>59</sup>. D'après cette règle, il était suffisant de se faire remettre «une liste exhaustive des ayants droit économiques comportant les indications prévues par le formulaire A».

Par ailleurs une banque n'est en principe pas obligée d'analyser la nature du rapport juridique qui lie plusieurs ayants droit économiques entre eux. La Commission de surveillance a considéré qu'une telle obligation pourrait tout au plus être rattachée au ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art 3 CDB 1992<sup>60</sup>, selon lequel une banque doit récolter «d'autres éclaircissements», si «des doutes sérieux persistent quant à l'exactitude de la déclaration écrite du cocontractant».

2.18 Une banque a accepté une déclaration sur formulaire A, sur lequel un père et ses enfants ont indiqué qu'ils étaient tous ayants droit économiques des fonds en question. La banque

---

<sup>59</sup> Ch. 32 dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003

<sup>60</sup> Ch. 29 dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003

s'est satisfaite de cette explication et n'a pas demandé d'autres éclaircissements concernant la raison pour laquelle les enfants étaient ayants droit économiques. La Commission de surveillance n'a pas estimé qu'une telle manière de faire comportait une violation de la CDB. En premier lieu, elle a noté que ne doit pas forcément être considérée comme ayant droit économique la personne qui a gagné les fonds en question<sup>61</sup>. Elle a ensuite rappelé le but des normes qui prescrivent l'identification de l'ayant droit économique. Le but de ces normes ne consiste pas de rendre possible une répartition par quotités des fonds déposés<sup>62</sup>. Il s'agit plutôt d'éviter qu'un ayant droit économique demeure inconnu. Or un tel risque n'était pas réalisé en l'espèce. On ne saurait formuler le reproche que trop de personnes (c'est-à-dire comprenant aussi les enfants) aient été déclarées comme ayants droit économiques (ce qui est précisément le contraire de la démarche consistant à occulter un ayant droit économique). De ce point de vue également, la banque n'avait aucune raison d'obtenir de plus amples éclaircissements.

2.19 Le fait qu'un organe d'une personne morale effectue entre autres aussi des mandats d'encaissement ne doit pas être considéré comme étant une constatation insolite<sup>63</sup> susceptible d'amener la banque à douter que la personne morale en question (dont le but statutaire ne prévoyait en l'occurrence pas l'encaissement de créances) est bien l'ayant droit économique des comptes dont elle est titulaire. Le fait que l'organe a joué un rôle clé dans le cadre de l'ouverture du compte est irrelevante à cet égard.

2.20 La banque a ouvert plusieurs comptes à la demande d'un client dont il était notoire qu'il avait des mandats d'encaissement. Le titulaire de ces comptes était, soit le client lui-même en nom propre, soit l'une ou l'autre des sociétés dans lesquelles ledit client avait des participations. S'agissant du compte examiné par la Commission de surveillance, la banque a obtenu une déclaration selon formulaire A de la part du client, selon laquelle ce dernier déclarait être lui-même l'ayant droit économique. La banque n'a pas effectué de plus amples clarifications concernant

---

<sup>61</sup> Au sujet du concept d'ayant droit économique, cf. de Capitani, GWG 4 N 31 ss in: Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Vol. II, Zurich, 2002

<sup>62</sup> Ch. 28 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 et ch. 32 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003

<sup>63</sup> Ch. 25 al. 2 (3<sup>ème</sup> tiret) des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003

l'ayant droit économique. Le compte en question n'a jamais été utilisé (il n'y a pas eu de fonds déposés sur ce compte).

La Commission de surveillance a considéré qu'il n'y avait pas eu de violation de l'art. 3 CDB 1992 en relation avec le ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992. D'après cette norme la banque aurait dû opérer de plus amples éclaircissements, si les doutes qu'elle avait au sujet de la concordance entre le cocontractant et l'ayant droit économique ne pouvaient pas être levés par les indications contenues sur le formulaire A. La nécessité de procéder à de plus amples éclaircissements n'a cependant pas été constatée dans le cas d'espèce et – au vu du fait qu'aucun paiement n'avait été effectué par ce compte – de tels éclaircissements n'étaient pas possibles.

2.21 Le fait qu'un client allemand connaisse très bien depuis huit ans son mandataire suisse signifie qu'il y a un lien suffisamment étroit avec le cocontractant au sens du ch. 22 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998<sup>64</sup>. Dès lors, on peut renoncer à une déclaration au moyen du formulaire A. En particulier le domicile du client en Allemagne fournissait dans le cas d'espèce une explication plausible pour la remise d'une procuration au mandataire qui était domicilié à quelques kilomètres du siège de la banque.

2.22 Le ch. 22 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 prévoit qu'il y a doute «lorsque la situation financière de la personne qui veut effectuer l'une des opérations décrites à l'art. 3 CDB est connue de la banque et que les valeurs remises ou sur le point de l'être sont hors de proportion avec la situation financière de cette personne»<sup>65</sup>. Cependant, on ne saurait déduire de cette disposition que la banque puisse renoncer à une déclaration au moyen du formulaire A lorsqu'une personne inconnue (et dont la situation financière n'est pas connue de la banque) veut déposer des fonds de l'ordre de plusieurs millions. La banque ne pouvait pas invoquer l'art. 22 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 (présomption que le cocontractant est aussi l'ayant droit économique) alors que la situation financière du nouveau client qui voulait déposer des montants élevés n'était pas connue de la banque.

---

<sup>64</sup> Ch. 25 al 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003

<sup>65</sup> Ch. 25 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003

2.23 Dans une décision précédente, la Commission de surveillance avait retenu qu'à elle seule, l'activité d'avocat d'un client de la banque n'était pas encore une constatation insolite au sens du ch. 18 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1987 ou CDB 1992. Bien au contraire – comme l'a retenu la Commission de surveillance dans la décision citée ci-dessus – il faut qu'une circonstance supplémentaire s'ajoute à l'état de fait, pour que naisse l'obligation de recueillir une déclaration au moyen du formulaire A<sup>66</sup>.

La Commission de surveillance a décidé que cette décision ne peut pas sans autre être appliquée par analogie à la profession d'agent fiduciaire, dont le métier consiste précisément entre autres à gérer des fonds qui ne lui appartiennent pas (c'est-à-dire à intervenir «à titre fiduciaire» pour des tiers). En tout cas lorsque le fiduciaire agit sous la forme d'une entreprise, il y a lieu de procéder à une identification de l'ayant droit économique des valeurs déposées au moyen du formulaire A.

2.24 Déjà d'après la jurisprudence antérieure de la Commission de surveillance, il y a lieu d'admettre une constatation insolite au sens du ch. 18 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992 lorsqu'un avocat dispose d'une multitude de comptes qui, selon toute vraisemblance, n'ont pas tous trait à la vie privée et personnelle de l'avocat<sup>67</sup>. La Commission de surveillance a maintenant décidé que cette jurisprudence peut être transposée sans autre à la procédure d'ouverture de compte par une entreprise active dans le domaine des services financiers globaux. En particulier lorsqu'un cocontractant actif dans ce domaine désigne l'un des comptes avec la mention «avoirs clients» et exprime de ce fait que ce compte n'est pas pour lui mais pour ses clients, la banque a l'obligation de procéder à l'identification de l'ayant droit économique au moyen du formulaire A.

2.25 Une opération de caisse portant sur CHF 100'000.- fonde sans autre un doute au sens de l'art. 3 de la CDB 1998. Ceci est d'autant plus juste si l'on considère que des montants de cet ordre de grandeur sont, dans la règle, seulement virés électroniquement (et non pas versés en

---

<sup>66</sup> Friedli, op. cit., p. 172 (cf. note 5); version française p. 15 – 16

<sup>67</sup> Friedli, op. cit., p. 321 (cf. note 26); version française p. 12; également Friedli, op. cit. p. 100 (cf. note 34); version française p. 12

espèces). De plus, il convient de se demander, si la banque pouvait se satisfaire d'une déclaration au moyen du formulaire A dans le cas d'une opération de caisse de CHF 100'000.- ou si elle ne devrait pas faire de plus amples éclaircissements<sup>68</sup>. La question est demeurée indécise dès lors que la banque n'a même pas sollicité un formulaire A dans le cas d'espèce.

2.26 Même si le seul critère de l'importance des valeurs dont l'apport est annoncé – dans le cas concret CHF 150'300.- ne fonde pas encore d'obligation d'identifier l'ayant droit économique, une déclaration selon formulaire A doit être versée au dossier, si la transaction a lieu en espèces et non pas par virement électronique.

2.27 La CDB prévoit en particulier qu'il faut requérir une déclaration selon formulaire A lorsqu'une procuration est remise à une personne «qui ne saurait manifestement avoir des liens suffisamment étroits avec le cocontractant»<sup>69</sup>. Dans ce contexte se pose la question de savoir si la banque peut se contenter d'un formulaire A ou si elle ne doit pas, selon les circonstances, procéder à de plus amples éclaircissements. La Commission de surveillance a décidé que de pareils éclaircissements sont toujours indiqués lorsque la remise de procuration n'apparaît pas plausible en rapport avec les explications contenues sur le formulaire A:

*«Au vu de cette situation juridique, la question se pose de savoir si une procuration conférée à une personne n'ayant aucun rapport reconnaissable avec le titulaire du compte doit conduire à de plus amples éclaircissements au sens du ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992. Cette question trouve sa réponse au ch. 18 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992. Selon cette règle « la remise d'une procuration à une personne qui ne saurait manifestement avoir des liens suffisamment étroits avec le cocontractant » constituait un cas de doute obligeant la banque à exiger une déclaration au moyen du formulaire A (pour autant qu'une telle déclaration n'était pas déjà exigible de toute façon du fait que la cliente était une société de domicile). La règle citée ci-dessus pourrait conduire à la conclusion que l'attribution d'une procuration à une tierce personne*

<sup>68</sup> Ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 et ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003

<sup>69</sup> Ch. 25 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003; ainsi que ch. 18 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992

*ne devrait provoquer que des démarches en vue de l'établissement de l'identification de l'ayant droit économique selon le formulaire A, mais non pas en vue d'exiger d'autres éclaircissements au sens du ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992. Cette conclusion n'est cependant pas valable sans réserve. La conclusion est correcte si au vu de la déclaration au moyen du formulaire A, l'attribution d'une procuration à une tierce personne devient plausible (ce qui est par exemple le cas quand la tierce personne est également ayant droit économique selon le formulaire A). Si par contre le formulaire A ne contient aucune explication sur les raisons pour lesquelles une procuration a été établie – ou va être établie – en faveur de cette tierce personne, la banque doit procéder à d'autres éclaircissements au sens du ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992. Dans le cas présent, la banque prétend avoir procédé aux éclaircissements; les informations obtenues n'ont cependant pas été conservées».*

2.28 Cette décision<sup>70</sup> a ultérieurement été précisée comme suit :

*«Le fait de remettre une procuration sur un compte bancaire à une personne qui n'a pas de relations commerciales suffisamment étroites avec le cocontractant (respectivement avec l'ayant droit économique) oblige la banque à obtenir seulement une déclaration selon formulaire A conformément à la règle du ch. 18 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992 (la banque a obtenu une telle déclaration dans le cas concret, déjà en raison du fait qu'elle y était tenue dès lors que la cliente était une société de domicile). En revanche, la remise d'une procuration à un tiers ne déclenche pas l'obligation d'obtenir d'autres éclaircissements au sens du ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992, s'il n'existe pas d'autres motifs de doute. Il n'y a pas de tels doutes dans le cas d'espèce. Par conséquent, la banque pouvait se contenter d'une déclaration sur formulaire A lors de l'ouverture du compte, même si l'ensemble des ayants droit économiques ne correspondait pas à l'ensemble des personnes avec droit de signature sur le compte».*

2.29 Lorsque deux personnes dont la relation entre elles est inconnue de la banque ouvrent ensemble un compte joint, il ne faut pas encore déduire de cet élément un cas de doute qui obligerait la banque à procéder à l'identification de l'ayant droit économique au moyen d'un

---

<sup>70</sup> Cf supra 2.27

formulaire A. Il n'est pas admissible de faire une analogie avec la situation où une procuration est remise à une personne qui ne saurait manifestement avoir des liens suffisamment étroits avec le cocontractant<sup>71</sup>.

2.30 Une société active dans le commerce d'armes a déclaré au moyen du formulaire A, qu'une personne physique était l'ayant droit économique des valeurs qui seraient versées sur le compte en question. Les valeurs attendues étaient de l'ordre de grandeur de USD 5'000'000.-.

La Commission de surveillance n'a pas admis sans autre comme étant plausible le fait qu'un tiers allait être l'ayant droit économique des valeurs déposées sur le compte, d'autant plus qu'il s'agissait de USD 5'000'000.-. La question de la plausibilité à ce propos se posait d'autant plus que la cocontractante n'était pas une société de domicile mais une société opérationnelle. Il est pour le moins atypique – ainsi argumentait la Commission de surveillance – qu'une société opérationnelle agisse comme «société de paille» en tenant des comptes en nom propre mais pour compte d'autrui. En outre l'importance des fonds déposés devait être considérée comme étant peu habituelle. C'est pour ces raisons que de plus amples clarifications au sens du ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992 auraient dû être effectuées.

2.31 Un ressortissant d'un pays du tiers-monde, qui était âgé de moins de 30 ans et prétendument un homme d'affaires, a déposé des fonds de l'ordre de USD 100'000'000.- auprès d'une banque. Il a rempli un formulaire A sur lequel il a déclaré être lui-même l'ayant droit économique de ces valeurs.

Dans la procédure par-devant la Commission de surveillance, la banque fit valoir qu'elle avait encore mené d'autres clarifications au cours desquelles le client avait indiqué que les fonds déposés seraient le résultat de transactions commerciales. Ces clarifications n'ont cependant pas été documentées.

---

<sup>71</sup> Cf. 25 dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 ainsi qu'infra ch. 2.27 et ch. 2.28



La Commission de surveillance a expliqué dans ses considérants que la banque ne pouvait se satisfaire de la simple déclaration selon formulaire A du 12 septembre 1995 au vu de l'importance des fonds déposés. La circonstance que des valeurs de plusieurs millions soient versées sur un compte devait conduire la banque à obtenir d'autres éclaircissements<sup>72</sup>. Les éclaircissements allégués par la banque n'étaient pas suffisants, car le résultat des recherches n'a pas été documenté de manière appropriée (au moyen de notes d'entretiens). Ainsi, la banque a violé son obligation de prendre des dispositions garantissant la possibilité de contrôler l'identification de l'ayant droit économique<sup>73</sup>. En outre la banque n'aurait pas dû se contenter de l'affirmation que les fonds déposés avaient été gagnés dans des affaires de commerce et à travers des participations dans des industries. Même si le titulaire du compte était un homme d'affaires brillant, son jeune âge (moins de 30 ans) rendait inhabituel qu'il ait déjà pu amasser des fonds de l'ordre de USD 100'000'000.-. Il fallait plutôt supposer que le titulaire du compte – pour autant qu'il en ait été l'ayant droit économique – avait acquis du moins une partie des fonds de manière gratuite (par héritage ou par donation). La banque aurait dû récolter d'autres éclaircissements au sujet de cet état de fait.

2.32 La banque a ouvert un compte numérique en faveur d'un haut fonctionnaire d'Etat d'un pays du tiers-monde (lequel haut fonctionnaire disposait d'un passeport diplomatique). Un montant de USD 1'000'000.- a été crédité sur le compte le jour suivant son ouverture. Le virement provenait de comptes auprès d'autres banques, dont le même client était titulaire. Le client a déclaré au moyen du formulaire A être lui-même l'ayant droit économique des valeurs déposées. La banque n'a pas recherché d'autres éclaircissements quant à l'origine des fonds. La Commission de surveillance a retenu une violation de la CDB en raison du fait que la banque avait omis de demander d'autres éclaircissements :

*«Dans ce contexte la banque allègue qu'il n'est pas complètement extraordinaire que des politiciens ou des fonctionnaires de haut niveau en provenance de pays du tiers-monde disposent de moyens considérables. Bien au contraire, il s'agit plutôt de la règle. La Commission de surveillance est d'avis que cela n'autorise encore pas la banque à omettre la question de la provenance des*

<sup>72</sup> Ch. 21 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992

<sup>73</sup> Cf. 27 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992

*fonds, d'autant plus que l'on peut difficilement s'imaginer comment un politicien ou un fonctionnaire puisse accumuler une pareille fortune avec son seul salaire. Malheureusement, l'expérience nous apprend que de tels moyens ne sont souvent pas gagnés d'une manière licite mais qu'ils constituent par exemple des pots-de-vin. La banque a reçu un montant inhabituellement élevé. C'est pour cette raison qu'elle avait l'obligation de procéder à d'autres éclaircissements plutôt que de se contenter de la déclaration relative à l'ayant droit économique contenue selon le formulaire A. La banque aurait dû demander à son client au moins des explications plausibles sur la manière dont il avait gagné les fonds – c'est-à-dire des explications cohérentes et sans contradiction. La banque aurait dû établir une note au dossier relative à de telles explications. En omettant d'agir de la sorte, la banque a violé ses obligations de diligence».*

2.33 Un avocat a ouvert le même jour deux comptes au nom d'une société qu'il contrôlait. Les comptes étaient désignés sous les références respectives «M.O.S.» et «B.B.Y.». Pour ces deux comptes, l'avocat a déclaré être l'ayant droit économique. La distinction faite dans la désignation des comptes aurait dû susciter un doute de la part de la banque sur la question de savoir si l'ayant droit économique était vraiment identique dans les deux cas. En outre, la raison de commerce de la personne morale (qui se compose de la première syllabe du prénom de l'avocat et du mot latin «jus») devait laisser penser que les comptes allaient être utilisés à des fins commerciales et non pas personnelles et privées. Au vu de cette circonstance également, l'ayant droit économique des valeurs déposées n'était pas nécessairement l'avocat. C'est pour cette raison que la banque aurait dû – selon la Commission de surveillance - obtenir d'autres éclaircissements.

2.34 Sous l'empire de la CDB 1992, une banque a simultanément ouvert un compte et un dépôt pour deux clients distincts. Le compte avait la fonction d'un compte de crédit, sur lequel la banque a accordé une ligne de crédit de CHF 760'000.-. Le compte de dépôt servait de garantie (nantissement) dans ce sens que le deuxième client y avait déposé des obligations d'une valeur de CHF 900'000.-. Par la suite, la ligne de crédit a été entièrement utilisée dans un premier temps; dans un deuxième temps, le crédit a été remboursé en liquidant le gage (le dépôt). Cette manière de faire (épuisement de la ligne de crédit et remboursement du prêt grâce à la réalisation du gage) était prévue dès le début – c'est-à-dire déjà au moment de l'ouverture du compte et du dépôt. Le client

qui a fait ouvrir le compte déclara sur le formulaire A lors de l'ouverture du compte qu'il était lui-même l'ayant droit économique des valeurs confiées à la banque.

La Commission de surveillance a retenu une violation des règles de diligence. Elle a renvoyé à sa jurisprudence constante en la matière : doit être considérée comme ayant droit économique du compte de crédit la personne qui met à disposition les fonds pour rembourser le crédit et servir les intérêts. En appliquant ce critère à l'état de fait décrit, il faut conclure que l'ayant droit économique du compte de crédit était le titulaire du compte de dépôt. Car c'est avec ces moyens que le prêt accordé sur le compte courant a été remboursé et non pas grâce aux moyens financiers du titulaire du compte lui-même (ce que le gestionnaire concerné savait dès l'ouverture du compte et du dépôt).

2.35 De manière reconnaissable par la banque, une société anonyme avait été constituée grâce à des moyens qui provenaient exclusivement d'un prêt à long terme, lequel avait été accordé par un tiers aux actionnaires. Les actionnaires ont déclaré au moyen du formulaire A qu'ils étaient eux-mêmes les ayants droit économiques du compte ouvert au nom de la société anonyme<sup>74</sup>.

La Commission de surveillance a décidé que l'octroi d'un crédit n'a précisément pas pour conséquence un transfert à l'emprunteur du droit économique sur les valeurs prêtées. L'ayant droit économique de valeurs remises en prêt est en règle générale le prêteur. Car s'il fallait considérer l'emprunteur comme ayant droit économique des valeurs prêtées, il serait facile d'éluder les dispositions en matière d'identification de l'ayant droit économique en permettant à l'ayant droit économique d'accorder un crédit au titulaire du compte bancaire. Cela ne signifie pas que la banque ait l'obligation de vérifier si chaque virement en faveur d'un compte pourrait correspondre à un prêt accordé à l'un de ses clients. Mais lorsque la banque sait que son client reçoit des montants dont la cause est un prêt, elle a l'obligation de réfléchir à la question de l'identification de l'ayant droit économique. La Commission de surveillance a en outre décidé - en relation avec le cas d'espèce -

---

<sup>74</sup> Ce cas est à distinguer du cas précédent (ch. 2.34 ci-dessus) en ce sens qu'ici, le prêteur est un tiers et non pas la banque, et que le montant du prêt est intégralement déposé à la banque sur le compte de l'emprunteur. Dans la perspective de la banque, il ne s'agit donc pas en l'espèce, d'un compte de crédit, contrairement au cas évoqué sous ch. 2.34.

que le fait que le prêteur se considère ou non comme ayant droit économique de la société débitrice n'était pas pertinent. La question juridique consistant à déterminer si c'est le donneur ou le preneur du crédit qui est l'ayant droit de la somme prêtée doit être tranchée indépendamment de la volonté des parties.

### 3. La procédure relative aux sociétés de domicile<sup>75</sup>

Il y a eu 41 condamnations ayant trait à la procédure à observer pour l'ouverture de comptes en faveur d'une société de domicile (21 condamnations au cours de la période précédente).

Dans la mesure où les points ci-dessous décrivent les exigences régissant les déclarations selon formulaire A, les principes énoncés s'appliquent évidemment de manière analogue aux cas où une déclaration selon formulaire A n'est pas requise au motif que la cliente est une société de domicile, mais au motif qu'il y a un cas de doute (au sens de la CDB).

3.1 Pour ce qui est de la notion de «société de domicile», la Commission de surveillance s'en tient essentiellement au texte de la CDB, qui contient une définition précise de ce concept<sup>76</sup>. L'avantage de cette approche formelle est que la banque dispose ainsi de critères clairs et aisément contrôlables<sup>77</sup>. La Commission de surveillance a maintenu sa jurisprudence après un examen approfondi:

*«Il est vrai que la jurisprudence de la Commission de surveillance consiste à concevoir la notion de société de domicile comme englobant également les sociétés qui, dans une faible mesure, exploitent une entreprise et par là même, conduisent, une activité opérationnelle. La Commission de surveillance était consciente des conséquences de cette jurisprudence mais a préféré, pour des raisons de sécurité du droit, se référer à des critères purement formels clairs et facilement vérifiables, ce qui en définitive, est également dans l'intérêt de la banque. Encore aujourd'hui cette jurisprudence est conforme à la ratio legis de l'art. 4 CDB. Le fait que l'Association suisse des*

<sup>75</sup> Art. 4 CDB 2003, art. 4 CDB 1998 et art. 4 CDB 1992

<sup>76</sup> Art. 38 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003

<sup>77</sup> Friedli, op. cit., p. 322 (cf. note 26); version française p. 14 - 15

*banquiers, connaissant la jurisprudence de la Commission de surveillance, n'ait pas jugé nécessaire de modifier le ch. 34 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998 à l'occasion de la dernière révision de la CDB, est particulièrement révélateur à cet égard. Le nouveau ch. 38 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003 est identique au ch. 34 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998. Une modification de la jurisprudence qui serait en fait contraire à l'interprétation traditionnelle du ch. 34 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998 (ch. 38 de l'actuelle CDB) et qui conduirait à une définition plus étroite de la société de domicile, n'est par conséquent requise ni par une interprétation littérale ni par une interprétation historique... Le critère déterminant selon le ch. 34 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998 était de savoir si la société disposait de ses propres bureaux ou de son propre personnel. Dans l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA – AdC; RS 955.16), on retrouve à l'art. 3 les trois éléments qui étaient déjà énumérés par la CDB 1998 : une entreprise qui n'exerce pas d'activité commerciale, une entreprise qui ne dispose pas de ses propres locaux, ou une entreprise qui n'a pas de personnel propre. Les critères précités sont alternatifs. Dès lors, le caractère de société de domicile doit être retenu lorsque l'entreprise n'exploite pas d'établissement en la forme commerciale, ou lorsqu'elle n'a pas ses propres locaux ou lorsqu'elle ne dispose pas de personnel propre».*

3.2 En vertu d'une jurisprudence constante, la Commission de surveillance qualifie depuis de nombreuses années la vérification défectueuse de l'identité d'une société de domicile comme étant une violation de l'art. 4 CDB en relation avec l'art. 2 CDB et l'identification défectueuse de l'ayant droit économique comme étant une violation de l'art. 4 en relation avec l'art. 3 CDB. Une banque a argumenté que l'état de fait objet de la procédure ne devait être évalué que sur la base de l'art. 4 CDB 1992 (et non pas aussi des art. 2 et 3 CDB 1992).

La Commission de surveillance en est restée à sa terminologie («en relation avec») dont le seul but est de mettre en évidence que les principes des art. 2 et 3 et de leurs dispositions d'exécution respectives doivent également être observés lorsque le titulaire du compte est une société de domicile. En définitive, la banque n'en subit aucun désavantage, en particulier sous l'angle de la fixation de l'amende conventionnelle, puisqu'en pareils cas, la Commission ne retient

pas, en plus de la violation de l'art. 4, une violation supplémentaire (cumulative) de l'art. 2 ou de l'art. 3 CDB.

3.3 Le fait que les documents d'ouverture de compte soient signés par un représentant avant que ce dernier en ait eu le pouvoir par décision du conseil d'administration de la société titulaire du compte, ne saurait être nécessairement considéré comme une violation des devoirs de diligence. D'après la règle générale en la matière (art. 32 ss CO et en particulier art. 38 al. 1 CO), l'octroi de pouvoirs peut également intervenir par le biais d'une ratification. La Commission ne voit aucun motif de s'écarter de cette règle dans le cadre de la CDB. Toutefois cette ratification doit pouvoir être constatée avant l'ouverture du compte.

3.4 Le nouveau ch. 28 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003 prévoit expressément que le fondé de procuration peut signer la déclaration selon formulaire A. En tant que *lex mitior* (ch. 15 al. 2 CDB 2003), cette norme est aussi applicable aux états de fait antérieurs à l'entrée en vigueur de la CDB 2003<sup>78</sup>.

3.5 D'après la jurisprudence constante de la Commission de surveillance en relation avec la CDB 1998, l'identification de l'ayant droit économique devait – tout comme la vérification de l'identité du cocontractant – avoir eu lieu au plus tard au moment de l'ouverture du compte. Le ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB permet dorénavant une identification a posteriori, à condition que la banque dispose d'un système de contrôle permettant d'assurer que les pièces manquantes parviendront à la banque dans un délai de 30 jours. Aux termes du ch. 35 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003, cette exception est également applicable par analogie aux déclarations selon formulaire A relatives à l'identification de l'ayant droit économique.

Plusieurs banques ont fait valoir que ces normes doivent également être appliquées à des états de fait ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur de la CDB 2003 dès lors qu'il s'agirait d'une *lex mitior* (art. 15. al. 2 CDB 2003). Dans ce contexte, la Commission de surveillance a précisé qu'une

---

<sup>78</sup> Cf. supra A/2

invocation de la *lex mitior* n'est admissible que si la banque parvient à prouver qu'elle avait mis en place un système de surveillance répondant aux exigences du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 avant l'entrée en vigueur de la CDB 2003<sup>79</sup>.

3.6 Par le passé, la Commission de surveillance avait été amenée à se pencher sur le cas d'une banque qui avait intégré la déclaration selon formulaire A dans un document d'ouverture de compte comportant 7 pages numérotées. La Commission de surveillance avait alors reconnu à cette occasion, que l'ensemble du document de 7 pages devait être considéré comme formulaire A. Par conséquent il était suffisant que le document d'ouverture de compte contienne sur l'une ou l'autre des 7 pages tous les éléments énumérés par le formulaire A<sup>80</sup>.

Ce principe est aussi valable lorsqu'un document de base dûment daté renvoie explicitement à un formulaire non daté intitulé «Identification of Customer / Beneficial Owner» contenu dans le document de base précité. Se fondant sur la jurisprudence susmentionnée, la Commission de surveillance a décidé qu'il n'était pas nécessaire que toutes les pages soient datées. Il est suffisant que la date figure une fois sur le document de base. La possibilité - théorique - que le document «Identification of Customer Beneficial Owner» ait été rédigé à un autre moment que le document principal ne remet pas en question ce principe. Si un tel cas devait se présenter (rédaction ultérieure du document précité) et si en outre le document concerné devait être rédigé seulement après l'ouverture du compte, il faudrait bien évidemment retenir une violation des obligations de diligence.

3.7 La CDB ne fait que de définir les éléments nécessaires d'une déclaration selon formulaire A. En revanche, elle ne se prononce pas sur les caractéristiques qu'une déclaration au moyen du formulaire A ne doit pas avoir. Dans ce sens le ch. 23 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1992 prévoyait que la déclaration au moyen du formulaire A devait contenir tout le texte du formulaire modèle. Il en ressort *a contrario* qu'un texte complémentaire sur la déclaration

<sup>79</sup> Cf. à cet effet en particulier 6.3 infra

<sup>80</sup> Friedli, op. cit., p. 173 (cf. note 5); version française p. 16 -17

selon formulaire A n'est pas interdite, tant que cette manière de faire n'entraîne pas d'ambiguïté ou de contradiction.

3.8 Conformément à la longue et constante jurisprudence de la Commission de surveillance<sup>81</sup>, l'adresse de l'ayant droit économique doit être mentionnée sur la déclaration selon formulaire A (et non pas dans un document séparé<sup>82</sup>). Dans ce contexte la Commission de surveillance a retenu qu'il ne suffisait pas que l'adresse précise puisse être simplement trouvée (ailleurs) au moyen des indications contenues dans le formulaire A.

3.9 Une société de domicile fit verser au dossier une déclaration incomplète selon formulaire A. Les indications du lieu et de la date avaient été rajoutées par le gestionnaire de clientèle par la suite, étant précisé que ce dernier se référait au lieu et à la date de réception de la déclaration. La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence et a retenu une violation des règles de diligence. Le lieu et la date de la signature doivent figurer sur la déclaration puisque le formulaire annexé à la CDB prévoit une rubrique à cet effet. Par ailleurs, l'exigence de l'indication du lieu et de la date n'est pas une simple formalité, mais a une incidence matérielle. La mention de la date a pour but de permettre de constater que l'identification de l'ayant droit économique est intervenue avant l'ouverture du compte. L'indication du lieu a également son utilité dans le cadre de la vérification que l'identification de l'ayant droit économique a été correctement effectuée. Dans le cas d'espèce, il n'a pas pu être déterminé si le signataire du formulaire A communiquait directement et personnellement avec la banque ou seulement par voie de correspondance, ceci en raison d'une mention de lieu clairement erronée (le gestionnaire de clientèle avait indiqué le lieu de réception du formulaire et non pas le lieu de sa signature). Le procédé conforme à la CDB aurait consisté à retourner le formulaire incomplet au client, en lui demandant de le compléter avant de le renvoyer à la banque.

3.10 Dans une ancienne décision, la Commission de surveillance avait statué que la production d'une déclaration selon formulaire A destinée à informer la banque au sujet des rapports

---

<sup>81</sup> Friedli, op. cit., p. 322 (cf. note 26); version française p. 14-15

<sup>82</sup> Cf. supra 3.6



de dépendance après un changement des signataires autorisés, n'était pas tardive si cette production était versée au dossier un mois après la réception de la nouvelle carte de signature<sup>83</sup>.

En revanche, la Commission de surveillance a décidé que, si la banque laisse s'écouler 9 mois entre la réception de la nouvelle carte de signature et la rentrée de la nouvelle déclaration selon formulaire A, la production est alors manifestement tardive, ce qui est constitutif d'une violation de la CDB.

3.11 La Commission de surveillance a eu à se pencher sur le cas d'une société d'investissement cotée en bourse qui ne disposait ni de locaux propres, ni d'un personnel propre et qui devait par conséquent être considérée comme une société de domicile. S'agissant de l'identification de l'ayant droit économique, la question s'est posée de savoir s'il y avait lieu de procéder à une pareille identification. On rappellera que dans le cas d'une société dont les actions sont largement réparties dans le public, la vérification formelle de l'identité n'est pas nécessaire<sup>84</sup>.

La Commission de surveillance a refusé d'appliquer cette règle - qui d'après sa teneur ne concerne que la vérification de l'identité du cocontractant - également à l'identification de l'ayant droit économique. La Commission considère qu'en matière de CDB, le principe selon lequel il est possible d'être moins exigeant pour l'identification de l'ayant droit économique dans le cas où la vérification de l'identité du cocontractant est facilitée (et inversement) ne s'applique pas. La vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique suivent des règles distinctes.

3.12 Il fallait également déterminer comment l'identification de l'ayant droit économique devait être effectuée dans le cas d'une société de domicile cotée en bourse. La CDB prévoit que l'ayant droit économique doit être identifié lors de l'ouverture du compte au moyen d'un formulaire A; et que la déclaration selon formulaire A ne peut pas mentionner la société de domicile comme

---

<sup>83</sup> Friedli, op. cit., p. 177 (cf. note 5); version française p. 24 - 25

<sup>84</sup> Ch. 16 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998 et ch. 17 al. 1 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003

étant elle-même l'ayant droit économique<sup>85</sup>. En toute logique, il faudrait en tirer la conséquence qu'une société d'investissement devrait déclarer au moyen du formulaire A qui sont ses actionnaires. La Commission de surveillance a allégé la règle dans ce sens que des sociétés d'investissement cotées en bourse qui sont en même temps des sociétés de domicile ne doivent déclarer lors de l'ouverture du compte au moyen du formulaire A que le nom des actionnaires ou des groupes d'actionnaires qui détiennent plus de 5% des voix. La Commission a fondé sa décision comme suit :

*«On ne peut attendre d'une société d'investissement cotée en bourse qu'elle mentionne tous ses actionnaires, d'autant plus qu'elle ne serait pas en mesure de le faire lorsqu'elle émet des actions au porteur puisqu'elle ne connaît alors pas ses actionnaires et que la composition de son actionnariat change en tout temps. Si on exigeait la mention de tous les actionnaires des sociétés d'investissement cotées en bourse à l'occasion de l'ouverture de compte, de telles sociétés seraient virtuellement dans l'impossibilité d'être titulaires de comptes bancaires. Un pareil résultat ne serait pas justifiable objectivement, si l'on considère que l'ordre juridique reconnaît les sociétés d'investissement et ne qualifie pas de telles structures comme étant des véhicules visant à éluder la législation sur les fonds de placement. Il ne peut pas incomber à la CDB de devoir empêcher l'existence d'un mode d'investissement qui est accepté par le reste de l'ordre juridique (car telle en serait en fin de compte la conséquence, si les sociétés d'investissement ne pouvaient plus détenir des avoirs en banque). Dès lors, on ne peut exiger de la part des sociétés d'investissement de déclarer les noms de leurs actionnaires que dans la mesure où ceux-ci sont effectivement connus. Or, dans ce type de sociétés, conformément à l'art. 20 al. 1 LBVM, un actionnaire qui détient 5% des droits de vote ou un groupe d'actionnaires qui réunissent entre eux 5% des droits de vote sont assujettis à l'obligation de déclarer leur participation; ces sociétés connaissent donc en principe les participations; on peut dès lors exiger qu'elles les annoncent.. Il paraît également adéquat de requérir des sociétés d'investissement la déclaration des actionnaires qui réunissent entre eux 5 % des droits de vote si l'on considère comment la CDB appréhende des constellations apparentées...*

---

<sup>85</sup>

Ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art 4 CDB 1998 et ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003. [Remarque: cette décision a été rendue avant l'entrée en vigueur de la CDB 2003. Dès lors la banque ne pouvait être mise au bénéfice du ch. 42 (nouveau) des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003, lequel

*La norme déjà citée du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 – qui traite des formes de placement collectif à l'étranger – prévoit également un seuil de 5% et requiert l'identification des ayants droit économiques qui ont une participation d'au moins 5%. Par ailleurs le ch. 39 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998...prévoit – sous réserve de la possibilité de déterminer la personne – que les personnes habilitées à donner des instructions aux organes doivent être déclarées. Si l'on applique par analogie cette règle au cas de la société d'investissement, il s'avère que les organes de sociétés d'investissement reçoivent leurs instructions de la part des actionnaires. Il est possible de déterminer l'identité des actionnaires pour autant qu'ils détiennent au moins 5% des droits de vote (art. 20 al. 1 LBVM)».*

3.13 Les trusts et les entreprises de trust («Treuunternehmungen») doivent être considérés comme des sociétés de domicile au sens de l'art. 4 al. 1 CDB 2003. Étant donné qu'un trust n'a pas de personnalité juridique, il ne peut pas s'engager contractuellement et, en particulier, il ne peut ouvrir de relations d'affaires avec une banque. C'est le trustee qui agit en sa qualité de propriétaire (juridique) du patrimoine du trust. Le titulaire du compte bancaire et le cocontractant de la banque est par conséquent le trustee agissant ès qualités. Le devoir d'identification se rapporte au trustee, qui est le plus souvent une société fiduciaire. La banque doit obtenir du trustee la documentation d'identification conformément à l'art. 4 al. 2 let a CDB (extrait du Registre du commerce ou document équivalent). Au cas où le trustee n'est pas une personne morale mais une personne physique, le sens et le but de la CDB imposent d'identifier le trustee d'après les principes généraux d'identification d'une personne physique. En plus, la banque doit s'assurer que le pouvoir d'ouvrir un compte bancaire et d'y déposer les valeurs confiées entre dans les compétences du trustee. La banque peut remplir son obligation en sollicitant et examinant l'acte de trust («declaration of trust» «settlement», etc.). Mais il serait par exemple également concevable qu'une banque se fasse certifier au moyen d'un avis de droit d'un avocat que le trustee est autorisé à ouvrir un compte bancaire.

---

prévoit qu' « il n'y a pas lieu d'identifier les ayants droit économiques d'une société de domicile cotée en bourse », ceci au titre de « *lex mitior* » (art. 15 al. 2 CDB 2003)]

3.14 Dès lors que le trust discrétionnaire («discretionary trust») n'a pas la personnalité juridique, mais n'est qu'un lien juridique qu'il faut qualifier de «fiduciaire» (au sens du droit des trusts), l'ouverture d'un compte bancaire dans les situations énumérées au ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1992<sup>86</sup> doit avoir pour objet le trustee (et non pas le «trust»)<sup>87</sup>. L'ouverture de compte opérée au nom du ou des trustee(s) d'une façon formelle (qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales) ne change toutefois rien au fait qu'en lieu et place d'une déclaration selon formulaire A, il convient de verser une déclaration écrite au dossier. La déclaration précitée ne doit pas obligatoirement contenir tout le texte du formulaire A annexé à la CDB. Cependant, elle doit en particulier contenir les données relatives aux fondateurs effectifs du trust, à toutes personnes habilitées à donner des instructions au cocontractant ou à ses organes, ainsi qu'au cercle de personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires<sup>88</sup>.

3.15 Lorsque le trust est révocable («revocable trust»), seul le fondateur doit être identifié comme ayant droit économique (et non pas aussi ses enfants); cf. ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998)<sup>89</sup>.

3.16 Le fait que l'ayant droit économique n'ait pas de lien reconnaissable avec les organes d'une société de domicile n'est pas insolite et n'oblige pas la banque à entreprendre de plus amples éclaircissements. En particulier cette situation n'est pas comparable à celle - tout à fait autre - où le titulaire du compte remet une procuration à une personne qui ne saurait manifestement avoir des liens suffisamment étroits avec le cocontractant<sup>90</sup>. La même remarque s'applique pour le cas où l'ayant droit économique n'a pas de droit de signature sur le compte. L'absence de droit de signature ne doit pas conduire la banque à avoir des doutes sérieux au sens du ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 1998 ou du ch. 29 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003, qui l'obligeraient à obtenir de plus amples éclaircissements.

---

<sup>86</sup> Ch. 43 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003

<sup>87</sup> Ch. 3.13 supra

<sup>88</sup> Cf. également ch. 36 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1992 et ch. 43 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003

<sup>89</sup> Ch. 44 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003

<sup>90</sup> Ch. 25 al. 2 des dispositions d'exécution de l'art 3 CDB 2003.

3.17 Lors d'une ouverture de compte pour une société de domicile, il a été déclaré à la banque que des valeurs d'un ordre de USD 50'000'000.- seraient déposées sur le compte. D'après la déclaration selon formulaire A versée au dossier d'ouverture de compte, trois personnes étaient ayants droit économiques du compte, étant précisé que l'une des trois était déjà cliente de la banque et que la banque connaissait sa situation patrimoniale. En particulier la banque savait que la fortune du client n'était pas de l'ordre de grandeur des fonds annoncés.

La Commission de surveillance décida qu'en pareille constellation, la banque ne devait pas faire de plus amples éclaircissements. Les indications figurant sur la déclaration selon formulaire A n'auraient été en contradiction avec la situation financière du client pré-existant que si la déclaration devait être comprise comme signifiant que le client était l'ayant droit économique exactement à concurrence d'un tiers des valeurs annoncées. Une telle interprétation n'est pas déterminante. Une déclaration selon formulaire A mentionnant plusieurs ayants droit économiques, ne permet de tirer aucune conclusion quant à la quote-part de chacun d'entre-eux<sup>91</sup>. On ne peut pas non plus déduire de la déclaration selon formulaire A que le client serait l'ayant droit économique à concurrence d'un tiers des fonds attendus. L'interprétation selon laquelle le client ne serait l'ayant droit que d'une beaucoup plus modeste part des fonds concernés est elle aussi compatible avec la déclaration selon formulaire A.

La question demeure indécise de savoir si la seule importance des fonds attendus ne devrait pas conduire la banque à obtenir de plus amples éclaircissements (ce qui dépend de la surface financière des deux autres ayants droit économiques).

3.18 Le ch. 41 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998<sup>92</sup> prévoit qu'en cas de changement dans les signatures autorisées d'une société de domicile, la procédure d'identification de l'ayant droit économique doit être répétée. Selon la teneur de cette disposition, on peut renoncer à une telle répétition, lorsqu'il est manifeste que l'ayant droit économique n'a pas changé malgré le changement dans les signatures autorisées. La Commission de surveillance a décidé que le droit de

---

<sup>91</sup> Cf. 2.17 et 2.18 supra

<sup>92</sup> Ch. 45 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 2003

signature en faveur d'un liquidateur n'entraîne pas l'obligation de la banque de procéder à nouveau à l'identification de l'ayant droit économique.

#### 4. **Modification ou défaut en relation avec la vérification de l'identité du cocontractant ou l'identification de l'ayant droit économique**<sup>93</sup>

Il y a eu 26 cas de condamnations (contre 18 durant la période précédente) en raison du fait que les banques n'ont pas réagi de manière adaptée lorsque des doutes sont survenus concernant l'exactitude des déclarations selon formulaire A faites à l'occasion de l'ouverture du compte. Cette augmentation considérable doit cependant être relativisée puisqu'avec l'entrée en force de la CDB 2003 le nombre des condamnations a diminué, étant donné les exigences plus sévères concernant l'état de fait subjectif<sup>94</sup>.

4.1 A la suite du décès de l'une de ses clientes, la banque a transféré la titularité d'un compte au nom de l'unique héritière légale (la fille de la titulaire du compte). Ce transfert a eu lieu avant qu'il ait été établi que la cliente n'avait pas rédigé de dispositions pour cause de mort. La banque a invité l'héritier à remplir une déclaration selon formulaire A.

La Commission de surveillance a considéré que certes la banque s'exposait à un risque de nature civile (au cas où il se révélerait plus tard que la de cujus avait rédigé un testament et institué un tiers comme héritier), mais la Commission n'a pas reproché à la banque de violation de la CDB. La CDB ne requiert que la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique. Dans le cas d'espèce, l'identité de la nouvelle cocontractante a été dûment vérifiée. En outre l'héritière a fait une nouvelle déclaration au moyen du formulaire A dans laquelle elle a indiqué être elle-même l'ayant droit économique des valeurs déposées. Certes la preuve formelle qu'elle était l'ayant droit économique au moment où la déclaration a été signée, n'a pas été fournie. Mais étant donné que la nouvelle titulaire du compte était la seule héritière légale de

---

<sup>93</sup> Art. 6 CDB 1998 et art. 6 CDB 1992.

<sup>94</sup> Cf. A/3 supra

l'ancienne titulaire du compte, on ne peut pas prétendre qu'il y avait de sérieux doutes quant à l'ayant droit économique.

4.2 Les états de fait visés par les art. 6 CDB 1998 et 6 CDB 2003 présupposent que des doutes au sujet de l'exactitude des indications données sur l'identité du cocontractant surviennent au cours de la relation d'affaires. Cette condition n'est pas remplie lorsque le titulaire du compte n'a pas correctement été identifié dès le début. Le fait que la banque prenne l'initiative de mettre librement à jour tous les documents d'ouverture de compte n'y change rien. Les doutes survenant au cours de la relation d'affaires selon l'art. 6 CDB 1998 et l'art. 6 CDB 2003 doivent provenir de raisons directement liées à la relation d'affaires et non pas à des mesures relevant de l'organisation de la banque.

4.3 La CDB requiert des banques qu'elles vérifient l'identité du cocontractant et procèdent à l'identification de l'ayant droit économique des fonds déposés. Mais la CDB ne règle pas la question de savoir quel comportement adopter lorsque survient un doute que les valeurs déposées pourraient être en relation avec une action pénalement répréhensible. Cette question est traitée par la loi sur le blanchiment d'argent.

Il en découle que des nouvelles informations susceptibles de fonder le doute que les valeurs déposées pourraient être liées à des actions pénalement répréhensibles n'obligent pas nécessairement la banque à prendre des dispositions au sens de l'art. 6 CDB 2003.

4.4 La CDB n'indique pas explicitement comment la banque doit procéder en cas de fusion de l'une de ses clientes. Au moins dans l'hypothèse où ce n'est pas la société qui acquiert, mais la société acquise qui était titulaire du compte, il convient de conduire une nouvelle procédure de vérification de l'identité du cocontractant et d'identification de l'ayant droit économique, conformément aux principes généraux de la CDB. Cette manière d'agir est également commandée par le fait que la cliente titulaire du compte, connue de la banque, perd sa personnalité juridique et que la banque se voit confrontée dorénavant à une nouvelle cocontractante. La Commission de surveillance a laissé indécise la question de l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque la relation de

client était établie entre la banque et la société qui acquiert. Mais la Commission de surveillance a souligné qu'une fusion peut également être un indice d'une modification dans le courant des relations d'affaires au sens de l'art. 6 al. 1 CDB 1998 et de l'art. 6 al. 1 CDB 2003.

4.5 D'après la jurisprudence en la matière, il est imaginable que dans certaines constellations bien particulières, il ne faille pas considérer les actionnaires d'une société de domicile mais des tiers comme étant les ayants droit économiques des valeurs déposées<sup>95</sup>. Si une pareille constellation – discrédance entre actionnariat et ayant droit économique – se manifeste en cours de relations d'affaires, la banque est tenue de reconduire immédiatement la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

4.6 Si un montant de plus de CHF 100'000.- est viré par un tiers au bénéfice d'une procuration sur un compte seulement huit jours après son ouverture et si ce même montant est viré le même jour encore sur le compte dont le tiers précité est titulaire, la banque doit avoir un doute quant au fait que le cocontractant est également l'ayant droit économique et elle doit se demander s'il n'y a pas lieu de considérer le tiers comme étant le véritable ayant droit économique. Dans ce genre de constellation, la banque est pour cette raison tenue de répéter la procédure selon l'art. 3 CDB 1998 et de solliciter de son cocontractant une déclaration selon formulaire A au sujet de l'ayant droit économique.

4.7 Un retrait au comptant de CHF 800'000.- oblige la banque à répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique. Dans une pareille constellation, la banque ne doit pas seulement solliciter de la part du client une déclaration selon formulaire A, mais également procéder à d'autres éclaircissements au sujet de l'ayant droit économique (d'autant plus qu'un retrait en espèces est à même d'interrompre le «paper trail»).

4.8 Dans une décision plus ancienne qui a déjà été commentée<sup>96</sup>, la Commission de surveillance avait retenu qu'un retrait au comptant de l'ordre de CHF 1'350'000.- était une raison

---

<sup>95</sup> Friedli, op. cit., p. 103 (cf. note 34); version française p. 19 - 20

<sup>96</sup> Friedli, op. cit., p. 179 (cf. note 5); version française p. 29



suffisante pour la banque de conduire une procédure selon l'art. 6 CDB 1992. Récemment la Commission de surveillance a indiqué que cette décision ne saurait permettre d'en tirer la conclusion que des retraits au comptant de moindre importance n'obligeraient pas la banque à agir<sup>97</sup>.

Dans le cas particulier, la Commission de surveillance a décidé que déjà des retraits en espèces de CHF 50'000.- doivent être qualifiés de constatation insolite. Mais cette décision de la Commission de surveillance a été annulée par un Tribunal arbitral saisi par la banque. Le Tribunal arbitral considéra que l'appréciation de la Commission de surveillance était trop générale pour être reprise telle quelle et qu'il fallait plutôt considérer isolément chaque cas particulier. Dans le cas d'espèce, le Tribunal arbitral a considéré que la banque n'avait pas l'obligation d'obtenir de plus amples éclaircissements dès lors que le client qui avait effectué les retraits de liquidités, apparaissait extraordinairement riche et ne disposait pas de carte de crédit.

4.9 Un homme d'affaires indépendant, client de la banque, a reçu dans l'espace de quatre mois de nombreux versements en espèces pour un total de CHF 640'000.-. Cet état de fait a amené la Commission de surveillance à récapituler sa jurisprudence au sujet de la question de savoir si et à quelles conditions des transactions en espèces constituent un cas de doute subséquent au sens de l'art. 6 CDB 1992 :

*«Dans une précédente décision (Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995 - 1997, RSDA 2/98, p. 105)<sup>98</sup> la Commission de surveillance a abouti à la conclusion que deux virements en espèces respectivement de CHF 22'000.- et de CHF 45'000.- n'obligeaient pas la banque à répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique. La question de savoir quelle aurait été la conclusion si le paiement avait dépassé la limite de CHF 100'000.- a été laissée explicitement ouverte. Dans une autre décision la banque a été condamnée en application de l'art. 6 al. 1 CDB 1992 car elle avait permis à un client d'effectuer des versements en espèces d'approximativement DEM 1'000'000.- en une année et*

<sup>97</sup> Ch. 25 des dispositions d'exécution de l'art. 3 CDB 2003

<sup>98</sup> Version française p. 25 (cf. note 34)

*s'était contentée d'explications orales quant à la provenance des fonds. Dans un troisième cas, la Commission de surveillance a décidé que la banque aurait dû obtenir de plus amples éclaircissements au sujet de l'ayant droit économique lorsqu'un saisonnier domicilié en Suisse, qui était actif en tant que tenancier d'établissement public, avait versé le montant de DEM 110'480.- en espèces sur un compte auprès de la banque (Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998 – 2001, RSDA 2/2002, 179)<sup>99</sup>».*

Dans le cas d'espèce (paiement d'espèces de CHF 640'000.- dans l'espace de quatre mois) le devoir de conduire à une nouvelle procédure au sens de l'art. 6 CDB 1992 a été reconnu.

4.10 Un client s'occupant de recouvrement de créances, qui entretenait une multitude de comptes, a obtenu un apport de fonds de CHF 837'351.00. Etant donné les circonstances, la banque aurait dû – mais ne l'a pas fait – s'enquérir auprès du cocontractant au sujet de la provenance de ces fonds. La réponse fournie aurait dû faire l'objet d'une note au dossier et aurait dû être soumise à un examen de plausibilité, le cas échéant en fonction de pièces justificatives recueillies auprès du client.

4.11 Lorsque le solde d'un compte – contrairement aux déclarations initiales – s'élève à notablement plus de USD 100'000'000.-, la banque est tenue de ce seul fait de procéder à de plus amples éclaircissements et de répéter la procédure d'identification de l'ayant droit économique.

4.12 Lorsque l'ayant droit d'un compte bancaire change, la banque ne peut pas simplement se contenter d'en prendre note, mais elle doit également s'enquérir des raisons de ce changement.

4.13 Même si la CDB ne prévoit pas explicitement de délai pour réagir au sens de l'art. 6 CDB 1998, ce délai ne saurait s'étendre à huit mois.

---

<sup>99</sup> Cf. note 5; version française p. 28

Cette constatation de la Commission de surveillance ne permet pas d'en déduire qu'un délai de réaction inférieur à huit mois aurait été conforme.

4.14 La CDB ne contient pas de règle selon laquelle la procédure d'identification doit être répétée à la prochaine occasion (c'est-à-dire lors de la prochaine transaction) si la première procédure d'identification est entachée de défauts. Une identification initiale affectée d'un défaut ne peut donner lieu à une instruction et une sanction que tant que cela est encore possible sous l'angle temporel. A cet égard, une poursuite est possible tant que ni le délai quinquennal<sup>100</sup> prévu par la CDB, ni la prescription de l'action contre des violations de versions plus anciennes de la CDB stipulées dans le formulaire «Déclaration d'adhésion» ne sont respectivement échu et acquise. De même, il n'est pas admissible de sanctionner une violation de la CDB commise lors de l'ouverture du compte qui, en soi, ne pourrait plus être poursuivie, en prenant le détour de l'art. 6 CDB 1998 ou de l'art. 6 CDB 2003. Pareille manière de faire ne serait pas compatible avec la teneur des art. 6 CDB 1998 et 6 CDB 2003. En effet, ces normes ont pour objet des faits survenus au cours de la relation d'affaires et donc ultérieurement à l'ouverture de compte.

4.15 Lorsque, dans le cadre d'une répétition de la procédure au sens des art. 2 et 3 CDB 2003, la banque ne parvient à nouveau qu'à recueillir des informations erronées tant pour la vérification de l'identité du cocontractant que pour l'identification de l'ayant économique, elle doit mettre un terme à la relation d'affaires.

4.16 D'après le ch. 40 des dispositions d'exécution de l'art. 6 CDB 1992<sup>101</sup>, les relations d'affaires doivent être rompues aussi rapidement qu'il est possible de le faire sans violer les obligations contractuelles. Si la banque n'est pas en mesure d'atteindre son client en raison des instructions concernant le courrier, elle a le droit d'attendre pour rompre les relations d'affaires jusqu'à la prochaine visite du client ou la prochaine remise de correspondance.

---

<sup>100</sup> Art. 11 al. 4 CDB 2003

<sup>101</sup> Ch. 47 des dispositions d'exécution de l'art. 6 CDB 2003

Cette règle (droit de différer la rupture de la relation d'affaires dans l'hypothèse où le cocontractant est inatteignable) peut conduire, dans des cas extrêmes, à la situation qu'une rupture différée pendant plus de dix ans ne constitue pas encore une violation des règles de diligence.

4.17 Dans une décision précédente, la Commission de surveillance a décidé qu'une banque qui avait accepté au mois de juin une déclaration sur formulaire A qui était manifestement fausse et qui avait ensuite soldé le compte au mois de novembre de la même année, n'avait pas violé les règles de diligence<sup>102</sup>. La motivation de cette décision était qu'une résiliation plus rapide sans violation du contrat, n'aurait peut-être même pas été possible. Au cours de la période sous revue, la Commission de surveillance a dû se pencher sur un cas dans lequel la banque était demeurée inactive pendant plusieurs mois (de février 2001 à août 2001) avant d'entreprendre des démarches pour solder le compte. Lorsque la banque a la certitude qu'elle n'a pas été informée correctement au sujet de l'identité de l'ayant droit économique des valeurs déposées, elle doit immédiatement (c'est-à-dire dans l'espace de quelques jours) initier tout au moins les démarches tendant à liquider la relation bancaire.

4.18 La règle de l'art. 6 al. 3 CDB 1998 selon laquelle la banque est tenue de rompre ses relations avec le cocontractant lorsque les opérations effectuées laissent soupçonner que la banque a été trompée, impose la rupture de toutes les relations avec ce cocontractant. La rupture de toutes les relations d'affaires est aussi de rigueur lorsque la banque a une créance envers le client dont elle peut espérer réduire le montant grâce à des virements attendus sur un compte du client. La CDB ne prévoit pas d'exception à cette fin.

4.19 L'art. 11 al. 3 CDB 2003 prévoit qu'une peine conventionnelle ou un blâme ne sera prononcé qu'en présence d'une négligence grave<sup>103</sup>. Ceci soulève la question du concept de la négligence grave. La Commission de surveillance a analysé ce concept d'une manière détaillée et a considéré ce qui suit :

---

<sup>102</sup> Friedli, op. cit., p. 181 (cf. note 5); version française p. 32

<sup>103</sup> Cf. A/3 supra

«Est négligent le collaborateur qui viole le devoir de répéter la procédure en question, parce qu'il ne fait pas montre de la diligence qui est objectivement requise et qui peut être attendue de lui. Concrètement, le manque de diligence consiste dans le fait que le collaborateur n'a pas su reconnaître les points critiques énumérés dans ces dispositions (doute au sujet de l'identité du cocontractant ou au sujet de la détermination de l'ayant droit économique, art. 6 CDB 2003), quand bien même il aurait pu et dû les reconnaître s'il avait appliqué la diligence dont il devait faire preuve et qu'on était légitimement en droit d'attendre de sa part. La négligence peut aussi consister dans le fait que le collaborateur reconnaît les points critiques, mais qu'il ne réagit pas du tout ou qu'il réagit de manière non appropriée. La diligence demandée au collaborateur doit être élevée puisqu'il a été formé spécialement pour les tâches en question (art. 8 de la Loi fédérale sur le blanchiment d'argent, LBA; art. 11 de l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques relative à la LBA) et qu'il doit par conséquent disposer des connaissances techniques requises. On retient une négligence grave chez un collaborateur s'il ne prête pas attention à des circonstances que tout autre collaborateur dans une situation semblable et dans les mêmes circonstances (ce qui veut aussi dire avec le même niveau de formation), aurait dû remarquer. L'art. 11 al. 3 CDB 2003 ne change rien au fait que la banque répond du dommage causé par son collaborateur (art. 101 CO, cf. Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995 – 1997, RSDA 1998, p. 107 s)<sup>104</sup>. Mais avec une simple et seule imputation de la faute du collaborateur à la banque, l'on ne saurait suffisamment tenir compte de l'art. 11 al. 3 CDB, car il existe des cas où le collaborateur en charge ne commet pas de faute (pour des raisons subjectives), mais où la banque est tout de même exposée à un reproche. Il faut penser à des constellations où des violations des règles de diligence auraient pu être évitées par une meilleure organisation et que la banque doit répondre d'une sorte de faute d'organisation comme par exemple lorsque la banque ne rend pas suffisamment (ou même pas du tout) attentifs les collaborateurs à la CDB et ne les exhorte pas au respect de cette dernière. Le sens et le but de la CDB imposent que la banque ne puisse pas se décharger dans ces cas en argumentant que le collaborateur responsable de la violation des règles de diligence n'avait pas agi d'une manière gravement négligente (parce qu'il n'a par exemple jamais été instruit au sujet des règles de diligence de la CDB). Un tel reproche à l'égard de la banque repose notamment sur une application analogue de la nouvelle disposition de

---

<sup>104</sup>

Cf. note 34; version française p. 31

*l'art. 100 quater al. 2 CP qui régit la punissabilité de l'entreprise. Conformément à cette règle, qui cible des états de fait particuliers, une personne morale se rend pénalement coupable, si elle n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction».*

Les considérants qui précèdent ont amené la Commission de surveillance à définir la négligence grave au sens de l'art. 11 al. 3 CDB 2003 de la manière suivante :

*«Une violation de l'art. 6 al. 1 et 2 CDB doit être considérée comme grave lorsque soit le collaborateur responsable de la violation de la règle a (au moins) agi d'une façon gravement négligente et/ou lorsqu'on peut reprocher à la banque, de n'avoir manifestement pas respecté son devoir de mettre en place l'organisation nécessaire et conforme à ce qui est habituel dans la branche pour prévenir la violation des règles de diligence».*

4.20 Une banque qui omet de répéter la procédure selon l'art. 4 al. 2 let b CDB 1998 lorsqu'une signature individuelle est accordée à une personne qui n'avait jusqu'à présent que le pouvoir de signer collectivement à deux, agit de manière gravement négligente. Est déterminant pour cette qualification (négligence grave) la circonstance que le ch. 41 des dispositions d'exécution de l'art. 4 CDB 1998 n'offre pas de marge d'appréciation. Une simple lecture de la CDB 1998 aurait suffi pour faire comprendre que la modification du droit de signature doit entraîner une répétition de la procédure selon l'art. 4 al. 2 let b CDB 1998.

4.21 La règle de l'art. 11 al. CDB 2003, aux termes de laquelle une violation de l'art. 6 al. 1 et 2 CDB n'entraîne une peine conventionnelle ou un blâme qu'en présence d'une négligence grave n'est pas applicable à l'art. 6 al. 3 CDB 2003 en raison de sa teneur sans équivoque. La Commission de surveillance n'a vu aucune raison de s'écarter d'une interprétation littérale.

## 5. Soustraction fiscale et actes analogues <sup>105</sup>

A trois reprises, la Commission de surveillance a eu à s'occuper d'états de fait relatifs à la soustraction fiscale et à des actes analogues. Dans les trois cas, la Commission de surveillance a été amenée à prononcer une sanction<sup>106</sup> (par rapport à huit condamnations pour la période précédente). Aucune des condamnations ne concernait une «opération de fin d'année»<sup>107</sup>. A l'avenir il faut s'attendre à une nouvelle baisse des condamnations, car depuis l'entrée en force de la CDB 1998, les violations de l'art. 8 CDB ne sont appréhendées que si elles ont été commises intentionnellement<sup>108</sup>. La version 2003<sup>109</sup> de la CDB utilise l'expression «violation intentionnelle», ce qui correspond à la jurisprudence que la Commission de surveillance avait établie en la matière<sup>110</sup>.

5.1 Dans une décision plus ancienne, la Commission de surveillance a retenu qu'un retrait au comptant suivi d'un reversement au comptant peut être attesté, seulement s'il y a effectivement eu un retrait d'espèces<sup>111</sup>.

La Commission de surveillance a décidé qu'il y a bel et bien une violation des règles de diligence lorsqu'une banque atteste un retrait au comptant qui n'a jamais eu lieu effectivement. Dans le cas concret, le client de la banque n'a jamais prélevé en espèces le montant de CHF 250'000.- contrairement à ce que l'attestation établie par la banque laisse suggérer.

5.2 Il a déjà été fait référence à la jurisprudence<sup>112</sup> selon laquelle il n'y a pas violation de la CDB, lorsqu'une banque atteste des retraits et versements au comptant qui ont été réellement

<sup>105</sup> Art. 8 CDB 1998 ainsi que l'art. 8 CDB 1992

<sup>106</sup> Cf. supra A/1

<sup>107</sup> On parle d'une affaire de fin d'année, lorsque des valeurs patrimoniales d'un client sont transférées sur un compte interne à la banque, dénommé « divers » peu avant la fin de l'année et qu'au début de l'année suivante le virement inverse est effectué. En règle générale de pareilles transactions ont pour but de faire paraître moins importante la fortune du client sur les attestations établies en fin d'année

<sup>108</sup> Art. 11 al. 3 CDB 1998

<sup>109</sup> Art. 11 al. 3 CDB 2003

<sup>110</sup> Cf. infra 5.5

<sup>111</sup> Friedli, op. cit., p. 182 (cf. note 5); version française p. 34

effectués. Durant la période sous revue, la Commission de surveillance a constaté qu'il n'en va pas différemment pour un transfert du compte d'un client sur le compte d'un autre client. En général, la banque ne peut pas empêcher que ses clients transfèrent des montants reçus après seulement quelques jours.

5.3 La banque a accordé à un client un crédit de USD 42'158.22 en utilisant le compte «divers» de la banque. Ce crédit a été remboursé plus tard au moyen de coupons d'obligations que le client présentait régulièrement à la banque pour créditer les montants respectifs sur le compte «divers». Les attestations y relatives que la banque avaient établies pour le client («bonification coupon») indiquaient le pseudonyme. Ce n'est que plus tard que le client a ouvert un compte sous ce pseudonyme auprès de la banque.

La Commission de surveillance a considéré que les attestations «bonification coupon» adressées à un pseudonyme sont des attestations au sens de l'art. 8 CDB 1998. D'après la teneur du ch. 52 let a des dispositions d'exécution de l'art. 8 CDB 1998<sup>113</sup>, de telles attestations visent à tromper lorsqu'elles ne mentionnent pas le bénéficiaire effectif. Un bénéficiaire fictif ne saurait être considéré comme le bénéficiaire effectif. Par ailleurs, la condition subjective était également remplie. En effet, la banque devait savoir que le nom mentionné sur son attestation n'était qu'un pseudonyme. La banque a également au moins accepté la possibilité que son attestation puisse être utilisée en vue de tromper les autorités (en particulier fiscales).

5.4 Une banque a établi une attestation de consignation à l'attention du Registre du commerce et des fondateurs d'une société anonyme selon laquelle un montant correspondant au capital-actions de CHF 10'000'000.- avait été versé. Peu de temps après la constitution de la société déjà, le montant a été retiré du compte. On a reproché à la banque qu'il s'agissait d'une constitution factice et que, partant, son attestation de consignation visait à tromper.

---

<sup>112</sup> Cf. supra 5.1

<sup>113</sup> Ch. 56 let a des dispositions d'exécution de l'art. 8 CDB 2003



La Commission de surveillance n'a pas retenu une violation des règles de diligence. Elle a considéré que l'attestation de consignation avait été émise avant la constitution de la société. Cependant avant la constitution, il n'y avait pas encore d'éléments objectifs permettant de détecter un constitution factice. Le retrait des fonds, qui aurait pu fonder un soupçon dans ce sens, est seulement survenu plus tard. En outre on ne pouvait pas reprocher, sous l'angle de l'art. 8 CDB 1998, à la banque d'avoir autorisé le retrait de USD 10'000'000.- à partir du compte de sa cliente. D'une manière tout à fait générale, la banque a simplement l'obligation de documenter les transactions mêmes insolites, de la manière dont elles se sont déroulées effectivement.

5.5 En cas de violation des art. 7 et 8 CDB 1998, une amende conventionnelle ou un blâme peut être prononcé, lorsque la violation a été commise intentionnellement (art. 11 al. 3 CDB 1998)<sup>114</sup>.

La Commission de surveillance a décidé que dans ce contexte, le dol éventuel était suffisant. La question de savoir si les éléments constitutifs objectifs et subjectifs sont réalisés fait l'objet d'un examen distinct de la part de la Commission de surveillance. Dans un premier temps, elle établit si les éléments objectifs sont réalisés. Dans un second temps, elle examine si la violation a été commise d'une manière intentionnelle.

## 6. Droit transitoire

La CDB 2003 prévoit – comme l'avait déjà fait la CDB 1998 – le principe de la *lex mitior* en son art. 15 al. 3.

6.1 Sous l'empire de la CDB 1998, une banque a noué une relation d'affaires par correspondance avec une cliente étrangère. Conformément au ch. 10 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998, la banque aurait dû vérifier l'identité du cocontractant en obtenant, par un échange de correspondance ou par tout autre moyen adéquat, confirmation du domicile indiqué. La

---

<sup>114</sup> Art. 11 al. 3 CDB 2003 utilise le terme "violation intentionnelle"

banque a omis de procéder de la sorte. En outre la banque n'a pas requis une attestation d'authenticité de la signature de la cocontractante, ainsi que le prescrit le ch. 11 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 1998 qui traite de la relation d'affaires nouée par correspondance avec des personnes sans domicile en Suisse.

Dans la procédure devant la Commission de surveillance, la banque a invoqué l'art. 15 al. 3 CDB 2003 (principe de la *lex mitior*) considérant qu'elle devait bénéficier du fait que la CDB 2003 ne contient plus de règle correspondant au ch. 11 des dispositions d'exécution CDB 1998 (en ce sens qu'aucune attestation d'authenticité de la signature n'est requise lors de l'ouverture d'une relation par correspondance avec une personne physique domiciliée à l'étranger. La Commission de surveillance n'a pas suivi l'argumentation de la banque. Elle a considéré que la banque pouvait se référer au principe de la *lex mitior* de l'art. 15 al. 3 CDB 2003 seulement si elle avait entièrement respecté les prescriptions en matière d'identification selon la CDB 2003. Tel n'était cependant pas le cas. Le ch. 10 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 prescrit en lieu et place de l'attestation d'authenticité de la signature<sup>115</sup> – la certification de la conformité du document d'identification. Une telle certification n'a cependant pas été sollicitée – puisque la CDB 1998 ne prévoyait pas ce mode de faire. En outre, la CDB 2003 impose également que la banque vérifie l'adresse du domicile du cocontractant en cas de relation d'affaires nouée par correspondance, en obtenant par un échange de correspondance ou par tout autre moyen adéquat, une confirmation à cet égard. Cette règle – contenue tant dans la CDB 1998 que dans la CDB 2003 – a été violée dans le cas d'espèce par la banque<sup>116</sup>.

6.2 La banque peut seulement invoquer le principe de la *lex mitior* si elle a vérifié l'identité (ou a identifié l'ayant droit économique) en conformité avec les nouvelles règles, moins contraignantes. Cette condition n'est pas remplie en particulier lorsque la banque ne requiert pas une copie certifiée conforme d'un document d'identification dans l'hypothèse d'une ouverture de compte par correspondance (ce que prévoit le ch. 10 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 mais non pas les versions précédentes de la CDB). La non-conformité avec la nouvelle règle

---

<sup>115</sup> Cf. 6.2

<sup>116</sup> Cf. également 6.3 infra

(obtention d'une copie certifiée conforme d'un document d'identification) n'aurait pas de conséquence, seulement dans le cas où il n'y aurait pas de relation fonctionnelle avec la règle plus ancienne violée. Or, une telle relation existe entre l'ancienne obligation consistant à obtenir une attestation d'authenticité de la signature du cocontractant et la nouvelle obligation de solliciter une certification de l'authenticité du document d'identification. Tant l'attestation d'authenticité de la signature que celle concernant le document d'identification tendent à assurer que la personne qui se présente comme cocontractante de la banque est effectivement la personne qu'elle prétend être d'après les documents d'identification présentés. La règle contenue à la CDB 2003, selon laquelle la banque doit obtenir une certification du document d'identification dans le cadre de l'ouverture d'une relation d'affaires par correspondance, remplace d'une manière fonctionnelle l'ancienne règle qui exigeait en pareil cas l'attestation d'authenticité de la signature du cocontractant domicilié à l'étranger.

6.3 Comme relevé plus haut<sup>117</sup>, plusieurs banques qui avaient vérifié l'identité de leurs clients seulement postérieurement à l'ouverture du compte ont invoqué le ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003 entré en force en date du 1<sup>er</sup> juillet 2003. Ce ch. 24 prévoit à titre exceptionnel la possibilité d'une vérification de l'identité du cocontractant *a posteriori*, si la banque a mis en place un système de contrôle qui garantit que la documentation manquante lui parvienne dans un délai de 30 jours. La Commission de surveillance a retenu que cette règle est également applicable à des relations bancaires préexistantes en vertu de l'art. 15 al. 2 CDB 2003, si le système de contrôle de la banque était déjà mis en place au moment des faits en question. Il se posait ainsi la question des exigences que devait remplir le système de contrôle.

Une banque a fait valoir qu'elle avait déjà mis en place, sous l'empire de la CDB 1998, un système qui prévoyait la mention «vérification d'identité en cours» pour les clients dont la vérification de l'identité était incomplète. Sur la base d'une liste hebdomadaire, qui énumérait tous les clients concernés par une telle mention, on pouvait assurément partir de l'idée que la vérification de l'identité serait accomplie dans un délai de 14 jours. Ce système de contrôle était également

---

<sup>117</sup> Cf. supra 3.5

expliqué dans les documents d'ouverture de compte (les passages mis en évidence correspondent au texte original):

*«Lorsque le cocontractant domicilié en Suisse n'est pas en mesure de présenter un document d'identité (original) au moment du premier entretien, le compte / dépôt peut néanmoins être ouvert formellement (**compte bloqué crédit / débit**); il n'est pas permis de verser des fonds sur le compte ou d'exécuter d'autres écritures. Le client peut disposer du compte dès la présentation d'un document d'identité officiel et d'une remise d'une photocopie dudit document (photocopie à établir par la banque). Le responsable de clientèle ajoute le code «vérification d'identité en cours» (AGI-PE Code 26) au compte préparé; mais il doit au plus tard 14 jours après l'entretien avec le client compléter le dossier avec un document d'identification en bonne et due forme. **Le responsable clientèle répond de la mise à jour du dossier dans le délai prévu**».*

La directive de travail interne concernant «*la lutte contre le blanchiment d'argent (CP, LBA et OBA-CFB 98/1) ainsi que le respect de la CDB*» du 31 mars 1998 contient entre autres les prescriptions suivantes en matière de vérification de l'identité du cocontractant:

*«Si la vérification de l'identité n'est pas possible, par exemple parce que le client n'a pas de document d'identité sur lui, il faut le rendre attentif au fait que l'ouverture du compte et la possibilité d'en disposer librement ne sont pas possibles avant le fin de la procédure d'identification. La simple annotation d'un code «vérification d'identité en cours» sans mettre en place simultanément des mesures tendant à la vérification de l'identité complète, n'est pas une solution valable d'après l'expérience et par conséquent constitue une violation des règles de la CDB».*

La Commission de surveillance a qualifié le mode de faire de la banque comme étant suffisant au regard du ch. 24 des dispositions d'exécution de l'art. 2 CDB 2003.

## 7. Frais

Conformément à l'art. 12 al. 5 CDB 2003, la Commission de surveillance règle la procédure et statue sur le paiement des frais. Selon l'art. 7 al. 3 du règlement de procédure du 29 avril 2003, la Commission de surveillance peut mettre à la charge de la banque tout ou partie des frais de la procédure d'instruction, si l'instruction ne paraissait pas d'emblée dénuée de tout fondement ou si la banque a occasionné des frais d'instruction. L'appréciation en cette matière doit se faire objectivement et il n'y a pas besoin qu'un comportement subjectif répréhensible soit constaté. D'après la jurisprudence, constante de la Commission de surveillance qui a déjà été publiée auparavant, il est décisif de déterminer si la procédure d'instruction n'était pas injustifiée dès le départ<sup>118</sup>.

Il en découle que la banque doit supporter les frais d'une procédure entamée après une auto-dénonciation, indépendamment du résultat de cette procédure.

## 8. Ouverture de la procédure

En principe les chargés d'enquête sont habilités à ouvrir une procédure d'instruction au sujet d'établissements bancaires visés par des publications dans la presse. Une telle manière de faire n'est en particulier pas contraire au règlement d'enquête du 11 septembre 2003.

## 9. Responsabilité pour le prédécesseur

Face à l'augmentation des fusions dans le secteur bancaire, la Commission de surveillance a dû ponctuellement se pencher sur la question des conséquences des fusions sous l'angle de la CDB.

---

<sup>118</sup> Friedli, op. cit., p. 327 (cf. note 26); version française p. 28 - 29

9.1 Dans le cadre d'une fusion, les actifs et les passifs de la banque absorbée sont repris par la banque absorbante en application des règles de droit privé. Parmi les passifs, il faut également compter d'éventuelles obligations découlant de la CDB. Dans cette mesure il est incorrect d'affirmer que les principes pénaux seraient applicables en la matière. La Convention de diligence n'est pas un catalogue de mesures pénales.

9.2 La Convention ne contient pas de disposition qui imposerait à une banque absorbante de vérifier de manière systématique ou même seulement ponctuellement les relations d'affaires de la banque absorbée et, le cas échéant, de rédiger de nouveaux documents d'ouverture de compte<sup>119</sup>.

9.3 Une banque qui avait adhéré à la Convention de diligence a renoncé à son activité bancaire à un moment ultérieur. La Commission de surveillance s'est néanmoins considérée comme étant compétente pour statuer sur un état de fait qui s'était réalisé avant l'abandon de l'activité bancaire. Certes, seules les banques sont visées par la CDB et seules les banques sont soumises à la juridiction de la Commission de surveillance. Toutefois, il n'est pas relevant que l'autorisation d'exercer une activité bancaire ait été retirée avant que la décision de la Commission de surveillance soit rendue. Seul est déterminant le fait qu'une telle autorisation était en vigueur au moment des faits qui ont été l'objet de la procédure. La sanction des violations commises alors que la société était autorisée à fonctionner comme banque peut donc intervenir même si, au moment de la procédure, la société n'a plus son statut bancaire. La clause compromissaire conservera sa validité<sup>120</sup>.

Il en irait autrement si l'activité bancaire était cédée avec tous ses actifs et passifs, ce qui n'était cependant pas le cas en l'espèce.

---

<sup>119</sup> Friedli, op. cit., p. 172 (cf. note 5); version française p. 14 - 15  
<sup>120</sup> Ch. 9.1. supra

## D. PERSPECTIVES

Actuellement, des travaux sont en cours pour adapter le règlement d'enquête du 11 septembre 2003 actuellement en vigueur. La nouvelle version devrait ouvrir la possibilité de traiter les cas «de peu d'importance» dans le cadre d'une procédure plus simple et à moindre frais. La version actuelle que l'Association suisse des banquiers a mise en consultation prévoit que le chargé d'enquête peut mettre un terme à la procédure d'instruction s'il se voit confronté à un cas «de peu d'importance» et qu'une série d'autres conditions sont remplies.

Par ailleurs la CDB 2003 restera au moins en vigueur jusqu'au 30 juin 2008 conformément à l'art. 14 al. 2 CDB 2003. La Convention peut être dénoncée au plus tôt pour ce terme moyennant un préavis de trois mois. De bonnes raisons plaident en faveur du renouvellement de la CDB au-delà de la date du 30 juin 2008. La CDB garde son importance dans le cadre de la législation étatique contre le blanchiment d'argent, ce d'autant plus si l'on considère que la CDB assume la fonction supplémentaire consistant à compléter les directives de la CFB en matière de blanchiment d'argent, conformément à l'art. 16 de la LBA<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Friedli, op. cit., p. 165 s. (cf. note 5); version française p. 2 - 3