

3 **Décision en constatation d'infraction grave au droit de la surveillance**

DÉCISION de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA du 24 août 2009

Décision en constatation (art. 32 LFINMA); infraction grave au droit de la surveillance; organisation; garantie d'une activité irréprochable; blanchiment d'argent.

1. S'il y a infraction grave au droit de la surveillance, la FINMA a la possibilité de rendre une décision en constatation ou de prendre d'autres mesures (Cm 53).
2. Les éléments appréciés par la FINMA, à savoir les événements concernant la banque A. _____ SA et les carences concernant sa succursale de X. _____, remplissent les conditions permettant de constater une infraction grave au droit de la surveillance (Cm 64 ss).
3. Compte tenu des irrégularités constatées, la FINMA aurait dans tous les cas pu prendre des mesures plus sévères, allant jusqu'au retrait de l'autorisation et à l'interdiction de continuer à exercer une activité à X. _____. Au vu des circonstances, la décision en constatation est le moyen approprié (Cm 77).

Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG); schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen; Organisation; Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; Geldwäscherei.

1. Die FINMA kann bei Vorliegen einer schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen eine Feststellungsverfügung erlassen oder andere Massnahmen treffen (Rz. 53).
2. Die von der FINMA beurteilten Vorkommnisse um die Bank A. _____ SA resp. die Mängel bei deren Zweigniederlassung in X. _____ erfüllen die Voraussetzungen für die Feststellung einer schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (Rz. 64 ff.).
3. Aufgrund der bestehenden Missstände hätte die FINMA jedenfalls strengere Massnahmen, bis hin zum Bewilligungsentzug und einem Verbot, weiterhin in X. _____ einer Geschäftstätigkeit nachzugehen, treffen können. Aufgrund der vorliegenden Umstände ist die Feststellungsverfügung das angemessene Mittel (Rz. 77).

Decisione di accertamento (art. 32 LFINMA); grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza; organizzazione; garanzia di un'attività irreprensibile; riciclaggio di denaro.

1. Di fronte a una grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza, la FINMA può avvalersi di diversi strumenti tra cui l'emana-zione di una decisione di accertamento o adottare altre misure (m. 53).
2. Gli eventi giudicati dalla FINMA circa la banca A._____ SA, rispet-tivamente le irregolarità relative alla sua succursale a X._____, sod-disfano i presupposti per l'accertamento di una grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza (m. 64 segg.).
3. A causa delle irregolarità esistenti, la FINMA avrebbe eventualmente potuto prendere misure più severe, come la revoca dell'autorizzazione o il divieto di esercizio di un'attività a X._____. La decisione di procedere a un accertamento è adeguata alle circostanze (m. 77).

Résumé des faits

La banque A. _____ SA, qui fait aujourd'hui partie du groupe B. _____, a diverses succursales dont une se trouvant à X. _____. L'activité de la succursale de X. _____ a été suspendue dès avant le prononcé de la présente décision, cette succursale ayant été liquidée à fin septembre 2009. S. _____ était directeur adjoint de la succursale de X. _____ avant d'être suspendu de ses fonctions puis licencié avec effet immédiat à fin 2008. L'activité de la banque A. _____ SA s'exerce dans une très large mesure auprès de particuliers fortunés étrangers, notamment dans le domaine de la gestion de fortune.

La FINMA a constaté pour l'essentiel de graves carences organisationnelles ainsi que des manquements à la législation sur le blanchiment d'argent. L'enquête a montré en particulier que le service Compliance de Y. _____, compétent pour la succursale de X. _____, avait enfreint presque toutes ses obligations. Il est apparu par ailleurs que la communication entre la succursale de X. _____, la direction, dont le siège est à Z. _____, et le service Compliance ne fonctionnait qu'avec des retards considérables – lorsqu'elle fonctionnait. Enfin, la question s'est posée de savoir si certaines personnes présentaient toutes les garanties d'une activité irréprochable.

Extrait des considérants

1. Dispositions légales applicables
 - 1.1 Compétence de la FINMA, droit applicable et procédures
- (52) Au 1^{er} janvier 2009, avec l'entrée en vigueur de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (loi sur la

surveillance des marchés financiers, LFINMA; RS 956.1), l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a remplacé la CFB. Dès cette date, la FINMA reprend les procédures en cours devant la CFB et la LFINMA leur est applicable (art. 58 al. 3 LFINMA). Les faits à l'origine de la présente décision se sont déroulés avant l'entrée en vigueur de la LFINMA. Par conséquent, c'est l'ancienne ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent dans le domaine bancaire qui s'applique, soit l'ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB), et non pas l'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme dans le domaine des banques, des négociants en valeurs mobilières et des placements collectifs (OBA-FINMA 1), qui reprend ladite ordonnance au 1^{er} janvier 2009 (OBA-CFB jusqu'au 31 décembre 2008; OBA-FINMA 1 dès le 1^{er} janvier 2009; RS 955.022). De même, lorsque, pour les besoins de la présente procédure, la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; 952.0) dans sa teneur avant le 1^{er} janvier 2009 doit être citée, l'abréviation « aLB » (pour ancienne LB) sera utilisée ci-après. Lorsqu'il n'est pas nécessaire de faire référence à la LB dans sa teneur avant le 1^{er} janvier 2009 puisque la disposition concernée n'a pas été modifiée par l'introduction de la LFINMA, l'abréviation LB sera conservée. Les autres articles de lois cités ont conservé la même teneur avant et après l'entrée en vigueur de la LFINMA.

(53) La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers, notamment à la loi sur les banques, à l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (OB; 952.02), à la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA; RS 955.0) et à l'ordonnance sur le blanchiment d'argent applicable dans le domaine bancaire. Elle prend les décisions nécessaires à l'application de la loi et veille au respect des prescriptions légales (art. 6 al. 1 LFINMA). Lorsqu'un assujetti enfreint la LFINMA ou une autre loi sur les marchés financiers ou si d'autres

irrégularités sont constatées, la FINMA veille au rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA), usant pour ce faire des moyens de surveillance à sa disposition. Ces instruments sont énoncés au chapitre 3 de la LFINMA, où sont entre autres énumérés l'audit (section 1, art. 24 ss LFINMA) et les autres moyens de surveillance (section 2, art. 29 ss LFINMA), tels la décision en constatation (art. 32 LFINMA), l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA), la publication de la décision (art. 34 LFINMA), la confiscation (art. 35 LFINMA), la nomination de chargé d'enquête (art. 36 LFINMA) et le retrait d'autorisation d'exercer (art. 37 LFINMA). Dans le cadre de ces mesures, la FINMA jouit d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 2A.65/2002 du 22 mai 2002, consid. 3.2 in fine et ATF 126 II 111, consid. 3b).

(54) La présente décision traite notamment du défaut de contrôle d'une succursale par sa maison-mère et de violations de règles de la législation sur le blanchiment d'argent telles que le devoir de prodiguer une formation suivie au personnel dans ce domaine, du devoir de transmettre les documents requis par les autorités pénales dans un délai raisonnable, ou encore du devoir de publier les directives internes dans ce domaine.

(55) L'exploitation d'une banque nécessite une autorisation préalable de la FINMA, conformément à l'art. 3 LB. L'art. 3 al. 2 LB fixe les conditions de cette autorisation, conditions qui doivent être respectées en permanence.

1.2 Garantie d'une activité irréprochable

(56) Aux termes de l'art. 3 al. 2 lit. c LB, les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque doivent jouir d'une bonne réputation et présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Ces personnes doivent non seulement être professionnellement compétentes, mais encore se comporter de manière adéquate dans les affaires (cf. Bulletin CFB

23, p. 25). Par comportement adéquat, il faut comprendre en premier lieu le respect de l'ordre juridique, c'est-à-dire des lois et des ordonnances, des directives et de la pratique de l'autorité de surveillance ainsi que des usages de la profession et des directives internes. Cela implique de s'assurer de la véracité de ses déclarations, de sorte à ne pas mettre en péril la crédibilité de l'établissement. Ce qui est valable pour les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque s'applique aussi à cette dernière. En sa qualité d'entreprise, elle doit également respecter la condition de la garantie d'une activité irréprochable (cf. Bulletin CFB 41, p. 20).

1.3 Organisation

(57) Aux termes de l'art. 3 al. 2 lit. a LB, la banque doit également disposer d'une organisation appropriée à son activité. Selon l'art. 9 al. 2 OB, la banque doit notamment mettre en place une organisation interne idoine permettant de déterminer, limiter et contrôler ses risques, y compris les risques juridiques et les risques susceptibles de ternir sa réputation. Les buts visés par cette norme sont de plusieurs ordres : il s'agit naturellement de protéger les créanciers, de se prémunir contre la réalisation de risques systémiques, mais également d'éviter la survenance d'événements propres à mettre en danger la réputation de l'établissement financier concerné ainsi que celle de la place financière suisse.

(58) Une bonne organisation implique que les employés de la banque soient régulièrement informés et aient une connaissance pointue de leurs propres obligations contractuelles, des processus internes et des responsabilités des différents postes de la hiérarchie. Les employés doivent notamment être en mesure de reconnaître toute situation qui pourrait ternir la réputation de la banque. Ils veillent à informer leurs supérieurs hiérarchiques de même que leur Compliance de manière complète et honnête sur tout événement représentant un risque juridique ou réputationnel pour la banque.

1.4 Devoir de communication des directives internes en matière de lutte contre le blanchiment, de former le personnel et d'effectuer des contrôles réguliers

(59) Selon l'art. 8 LBA, les intermédiaires financiers prennent dans leur domaine les mesures nécessaires pour empêcher le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ils veillent notamment à ce que leur personnel reçoive une formation suffisante et à ce que des contrôles soient effectués. Cet article est mis en œuvre dans l'ordonnance précisant l'application de la LBA par les art. 10 et 11 OBA-CFB, aux termes desquels l'intermédiaire financier émet des directives internes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et les communique aux conseillers à la clientèle ainsi qu'à tous les collaborateurs concernés. D'autre part, ce dernier veille à ce que le conseiller à la clientèle ainsi que tous les autres collaborateurs concernés reçoivent une formation régulière qui couvre les aspects essentiels pour eux de la lutte contre le blanchiment d'argent.

1.5 Devoir de production des documents sur demande des autorités

(60) Selon l'art. 7 LBA, repris en partie par l'art. 23 OBA-CFB, l'intermédiaire financier doit conserver les documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la présente loi de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénales.

1.6 Devoirs de clarification au sens de la législation sur le blanchiment d'argent

(61) Selon l'art. 6 LBA, l'intermédiaire financier est tenu d'identifier l'objet et le but de la relation d'affaires souhaitée par le cocontractant. L'étendue des informations à collecter est fonction du risque que représente le cocon-

tractant. L'intermédiaire financier doit clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires notamment lorsque la transaction ou la relation d'affaires paraissent inhabituelles, sauf si leur légalité est manifeste.

1.7 Renouvellement des vérifications de l'identité des titulaires ou ayants droit économiques des relations bancaires

(62) Conformément à l'art. 5 LBA, lorsque, au cours de la relation d'affaires, des doutes surviennent quant à l'identité du cocontractant ou de l'ayant droit économique, la vérification d'identité ou l'identification prévue aux art. 3 et 4 LBA doivent être renouvelées.

1.8 Respect de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques

(63) Reconnue par la Circ.-CFB 04/2 Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux (cf. cm 1 en relation avec annexe, I.14), la Convention relative à l'obligation de diligence des banques de l'Association suisse des banquiers (CDB 03) en vigueur au moment des faits litigieux devait être respectée par les banques. Selon l'art. 6 CDB 03, la banque doit répéter les procédures prévues aux articles 2, ch. 9-24, et articles 3 et 4, ch. 25-45 CDB, relatives notamment à la vérification de l'identité du cocontractant et à l'identification de l'ayant droit économique, lorsque, dans le courant des relations d'affaires, un doute survient au sujet de l'exactitude des indications données sur l'identité du cocontractant.

2. Manquements de la banque A. _____ SA

(64) Dans le cadre de la présente affaire, S. _____ a gravement violé de nombreuses dispositions du droit prudentiel. La banque s'évertue toute-

fois à marteler qu'elle n'est qu'une victime du comportement frauduleux de son responsable de X._____. Elle tente ainsi de rejeter sa responsabilité sur S._____. S'il est vrai que l'animus delinquendi d'un individu qui est décidé à passer à l'acte est difficile à déjouer, la banque n'en conserve pas moins une responsabilité du point de vue de la surveillance. Elle doit assumer, en tant qu'institut, les actes de ses employés en cas de défaut de surveillance. Elle dispose en effet d'une autorisation octroyée par la CFB, devenue FINMA, qu'elle doit respecter. Pour ce faire, elle doit mener une surveillance adéquate de l'ensemble de ses établissements et collaborateurs en Suisse.

2.1 Comportement inadéquat de la banque et déficiences dans l'organisation

(65) Le comportement de S._____ eu égard à la longue durée des faits en cause (de 2002 à 2008), à la violation grave de dispositions essentielles concernant la bonne tenue et la gestion des comptes et au traitement des transactions de caisse est inadmissible. Celui-ci a fait preuve d'une véritable structure dans sa volonté d'agir délictueusement. Compte tenu de la longue durée et de la gravité des faits, la banque doit se laisser imputer les faits en question.

(66) T._____, quant à lui, a gravement violé ses devoirs de management et de diligence. Compte tenu de ces éléments, il est d'ailleurs difficilement compréhensible qu'il soit toujours suspendu par la banque. Plus saisissant encore constitue le fait qu'il continue à effectuer des missions pour le compte de la banque.

(67) Etant donnée la longue durée des activités et la complicité des collaborateurs de X._____ et du Chief Compliance Officer, il est d'autant plus critiquable que la banque ait failli à ce point à surveiller de manière adéquate la succursale, et ce d'autant plus que l'audit interne a pointé des problèmes à X._____ à plusieurs reprises.

(68) Cette affaire illustre un véritable problème de culture au sein de la banque. En effet, tant les collaborateurs de la succursale de X._____, que le Chief Compliance Officer qui connaissait l'existence des coffres-forts dont des individus visés par les ordres de perquisition du Procureur étaient titulaires, ont souligné, en se taisant, une absence de communication éloquentes au sein de la banque. Le fait même que la Direction n'ait pas été informée de la procédure pénale en cours par les employés de la succursale de X._____ mais par la police de X._____, et ce fin novembre 2008 alors que celle-ci avait été entamée début septembre 2008, ne constitue pas un argument en faveur de la banque, mais souligne plutôt le manque de communication récurrent au sein de la banque. De plus, bien que les collaborateurs de la succursale de X._____ aient été informés tant de la procédure pénale en cours à l'encontre de leur responsable S._____ que du fait que le service de Compliance n'en avait pas connaissance, ceux-ci n'ont toutefois pas fait part de ces informations au Compliance ou à un autre service de la banque, démontrant par là également le problème de culture au sein de la banque.

2.2 Violations des obligations découlant de la législation sur le blanchiment d'argent et de la CDB 03

(69) En premier lieu, la banque a transmis la documentation exigée par le Procureur de X._____ avec retard, près de deux mois s'étant écoulés entre la prise de connaissance de l'ordre de perquisition du 8 octobre 2008 et la transmission des derniers documents ayant trait à cet ordre début décembre 2008. D'autre part, la documentation était lacunaire dans la mesure où elle faisait l'impasse sur l'existence de coffres-forts ouverts pour le compte d'individus visés par les ordres de perquisition.

(70) Par ailleurs, la formation du personnel, lorsqu'elle existait, a été qualifiée tant de mauvaise qualité que lacunaire, ce à plusieurs reprises. En outre, la succursale de X._____ a souffert d'une absence totale

de contrôle du Compliance Y._____ durant de nombreuses années. D'autre part, contrairement aux exigences légales, la banque a failli à publier une directive importante sur les opérations de caisse, qui n'apparaissait ainsi nulle part dans la documentation interne de la banque, comme l'atteste U._____ dans ses déclarations au Procureur de X._____. Quant aux clarifications légalement requises, celles-ci se sont révélées de piètre qualité, lorsqu'elles ne faisaient pas défaut.

(71) A plusieurs reprises, la banque n'a eu aucune réaction en présence de doutes quant à l'exactitude du formulaire A relatif aux ayants droit économiques, manquant ainsi à son obligation de renouveler les vérifications imposées par la législation sur le blanchiment d'argent. Ce comportement pourrait en outre contrevenir à l'art. 6 CDB 03, point qu'il appartient à la Commission de surveillance de la CDB de trancher.

3. Conclusions

(72) Les différentes irrégularités décrites ci-dessus démontrent que la banque ne disposait à l'évidence pas d'une organisation suffisante pour lui permettre de découvrir les événements qui se sont déroulés à X._____, de même que pour lui permettre de retrouver et transmettre rapidement les documents requis par le Procureur de X._____. Par les nombreuses violations décrites ci-dessus, la banque a manqué à son devoir selon l'art. 3 al. 2 lit. a LB et 9 al. 2 OB de mettre en place une organisation adéquate permettant de déterminer et contrôler ses risques, y compris les risques juridiques et ceux susceptibles de ternir sa réputation. Elle a en outre violé des obligations de diligence résultant des art. 5 à 8 LBA, de même que des art. 10, 11 et 23 OBA-CFB, soit ses obligations de renouveler les vérifications des identités du titulaire d'une relation bancaire, respectivement de son ayant droit économique, de clarification en cas de soupçon, son devoir de publication des directives internes en matière de blanchiment d'argent, de former

son personnel à cet égard et d'effectuer des contrôles réguliers, et enfin son devoir de produire les documents requis par les autorités sans retard.

(73) Ces irrégularités ne sont pas compatibles avec le comportement adéquat attendu d'une banque et des personnes chargées de l'administrer et de la gérer au sens de l'art. 3 al. 2 lit. c LB. Outre la violation de l'ordre juridique qui en découle, de telles irrégularités ne permettent pas à la banque de s'assurer de la véracité de ses déclarations, de sorte à ne pas mettre en péril sa crédibilité.

4. Mesures

(74) Depuis le début de la présente procédure, des changements importants sont intervenus au sein de A. _____ SA, eu égard au changement d'actionnariat et à l'intégration de A. _____ SA au sein du groupe B. _____. Eu égard à ces changements notables qui vont mener à une structure de management différente au sein de la banque, il serait disproportionné d'ordonner le retrait de l'autorisation bancaire au siège principal de la banque.

(75) Toutefois, dans la mesure où le groupe B. _____, ayant une réputation sérieuse, s'apprête à fusionner avec A. _____ SA, la FINMA a décidé de faire preuve de clémence à l'égard de A. _____ SA, dans la certitude que la fonction Compliance de la banque en ressortira plus renforcée.

(76) En vertu de l'art. 32 LFINMA, si la procédure révèle que l'assujetti a gravement enfreint le droit de la surveillance et qu'aucune mesure de rétablissement de l'ordre légal ne doit être prise, la FINMA peut rendre une décision en constatation.

(77) En l'espèce, les faits sont d'une telle gravité qu'ils nécessitent impérativement la prise d'une décision. La FINMA ne peut en aucun cas suspendre la procédure eu égard à la gravité des violations en cause. Dans la mesure où la banque procédera d'elle-même à la liquidation de la succursale de X._____, la FINMA ne doit pas se déterminer sur les mesures qu'elle aurait prises dans d'autres circonstances et qui auraient pu aller jusqu'au retrait d'autorisation et à l'interdiction faite à la banque de continuer à exercer des activités à X._____. D'autre part, la banque s'est pliée d'elle-même ou va bientôt se calquer sur les recommandations effectuées par la société C._____, de sorte que les violations et mauvaises applications de la législation en matière de blanchiment d'argent ont été réparées, ou à tout le moins vont l'être.

(78) Dans la mesure où les faits évoqués dans la présente procédure sont en outre constitutifs de violations à la CDB 03, la FINMA les dénoncera à la Commission de surveillance relative à l'obligation de diligence des banques. (...)

Dispositif