

RAPPORT D'ACTIVITE DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE DE LA
CONVENTION DE DILIGENCE DES BANQUES POUR LES ANNEES 1992 - 1994

par Georg Friedli, avocat, M.C.L., Berne

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

A. INTRODUCTION

En adhérant à la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), les banques se sont engagées envers l'Association suisse des banquiers à vérifier l'identité de leurs cocontractants et à ne prêter aucune assistance active à la fuite de capitaux ou à la fraude fiscale. La première version de ces règles déontologiques date du 1er juillet 1977. A trois reprises depuis lors, chaque fois après des périodes de cinq années, la CDB a été révisée. La version actuelle (CDB 1992) est entrée en vigueur en date du 1er octobre 1992, et restera applicable au moins jusqu'au 30 septembre 1997.

Le respect de la CDB est assuré par une Commission instituée par l'Association suisse des banquiers, qui est composée de cinq personnalités indépendantes. Cette Commission se prononce sur la base des requêtes qui lui sont soumises par les chargés d'enquêtes désignés par l'Association suisse des banquiers.

Conformément au ch. 51 des Dispositions d'exécution CDB 1992, la Commission de surveillance informe périodiquement les banques de sa jurisprudence, tout en respectant le secret bancaire et le secret des affaires. La publication du dernier rapport remonte à 1993¹. Le présent rapport vise la période s'étendant du 1er janvier 1993 au 31 décembre 1994. Il prend en considération les décisions de la Commission de surveillance qui soulèvent des questions de droit auxquelles le texte même de la CDB ne fournit pas de réponse immédiate. Les cas ne posant pas de problèmes spécifiques ne font quant à eux pas l'objet de longs développements.

Conformément à la réglementation transitoire contenue dans la formule d'adhésion à la CDB 1992 signée par les banques, les violations de la CDB 1982 ne sont plus poursuivies, à moins que l'enquête n'ait été ouverte avant le 30 septembre 1992. Actuellement, trois cas tombant dans cette catégorie sont encore pendants. Le présent rapport ne fera ainsi allusion que d'une manière sporadique à la CDB 1982. Quant aux violations de la CDB 1977, elles ne sont plus réprimées déjà depuis l'entrée en vigueur de la CDB 1987, soit dès le 1er octobre 1987².

¹ Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1990 - 1991, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1993, pp. 90 ss. avec des références supplémentaires aux rapports d'activité publiés précédemment

² Friedli, op. cit. p. 92

B. APERCU DE L'ACTIVITE DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE

1. Activité durant la période sous revue et cas pendants

La Commission de surveillance a rendu 36 décisions durant la période sous revue. Ainsi donc, le nombre de cas traités a augmenté d'un quart³ par rapport à la période précédente. Dans 21 des 36 cas tranchés, une violation de la CDB a été constatée, alors que dans les 15 autres cas la procédure a été suspendue. En outre, à une reprise, le dossier a été renvoyé au chargé d'enquête pour complément d'instruction. Enfin, deux décisions concernent des demandes de reconsidération, lesquelles ont été rejetées. Durant la période sous revue, il n'a pas été fait application de la procédure arbitrale prévue à l'art. 13 CDB 1992.

Au 31 décembre 1994, 6 cas étaient pendants auprès de la Commission de surveillance et 10 affaires étaient au stade de l'instruction auprès des chargés d'enquêtes.

2. Les questions centrales

Comme précédemment, la Commission de surveillance a, durant la période sous revue, principalement eu à trancher des cas dans lesquels la vérification de l'identité du cocontractant ou l'identification de l'ayant droit économique n'avait pas été opérée de manière conforme à la CDB⁴. Une grande partie des dossiers traités dans ce

³ Cf. Friedli, *op. cit.* p. 90

⁴ Cf. lit. C ch. 1 et 2 ci-dessous

contexte concernait des sociétés de domicile au sein desquelles les rapports de dépendance doivent être systématiquement déterminés⁵. Dans plus de la moitié des 21 cas dans lesquels une violation de la CDB a été constatée, la banque n'avait pas respecté la procédure prévue en matière de relations d'affaires avec des sociétés de domicile, étant précisé que cette violation est intervenue parfois en concurrence avec d'autres violations⁶.

A huit reprises, une violation des dispositions en matière de fraude fiscale et actes analogues a été constatée, les banques concernées ayant fourni une aide à leurs clients dans des manoeuvres visant à tromper les autorités suisses et étrangères⁷. La plupart de ces cas concernait, comme dans les années précédentes, des opérations dites "de fin d'année"⁸.

D'autres situations visées par la CDB n'ont fait qu'occasionnellement l'objet d'une procédure. En particulier, aucun cas d'assistance active à la fuite de capitaux au sens de la CDB n'a été retenu⁹.

3. Fixation de l'amende conventionnelle

La Commission de surveillance est compétente pour prononcer, en cas de violation de la CDB, une amende allant jusqu'à CHF 10 millions.

⁵ Cf. art. 4 CDB 1992, art. 4 CDB 1987 et art. 5 CDB 1982

⁶ Cf. lit. C ch. 4 ci-dessous

⁷ art. 8 CDB 1992, art. 7 CDB 1987, art. 9 CDB 1982

⁸ Cf. à ce sujet lit. c ch. 5 ci-dessous

⁹ art. 7 CDB 1992, art. 6 CDB 1987, art. 8 CDB 1982

A cet égard, aucun cas n'a amené la Commission de surveillance à prononcer des amendes de cet ordre. L'amende la plus élevée prononcée durant la période sous revue s'est montée à CHF. 500'000.-.

Conformément à l'art. 11 al. 1er in fine, l'Association suisse des banquiers a attribué le montant des amendes conventionnelles à un but d'utilité publique choisi par elle, en l'occurrence la Comité International de la Croix-Rouge.

C. QUELQUES DECISIONS DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE

1. Vérification de l'identité du cocontractant¹⁰

Dans 9 cas soumis à la Commission de surveillance, la banque n'avait pas procédé à la vérification de l'identité du cocontractant ou y avait procédé seulement d'une manière incomplète. A plusieurs reprises, la banque n'avait pas été en mesure de produire le moyen utilisé pour vérifier l'identité du cocontractant¹¹ ou n'avait pas pris les dispositions nécessaires garantissant que l'organe de révision interne et l'institution de révision prévue par la loi sur les banques puissent contrôler que les

¹⁰ art. 2 CDB 1982, art. 2 1987, art. 2 CDB 1992

¹¹ Cf. ch. 16 Dispositions d'exécution CDB 1992, ch. 17 Dispositions d'exécution CDB 1987, ch. 26 Disposition d'exécution CDB 1982

vérifications prescrites avaient bien été effectuées¹². Il sera brièvement fait état ci-dessous de quelques questions juridiques que la Commission de surveillance a eu à trancher dans ce contexte.

a) En ce qui concerne la vérification de l'identité du cocontractant, les ch. 7 et ss. Dispositions d'exécution CDB 1987 distinguent les cas dans lesquels les pourparlers ont été engagés par le client en personne et les cas où les relations d'affaires ont été nouées par correspondance¹³. La Commission de surveillance a précisé sur ce point que les prescriptions concernant les pourparlers effectués par le client en personne ne s'appliquent que lorsque le client se présente lui-même au guichet de la banque. Une ouverture de compte opérée téléphoniquement en revanche ne saurait être assimilée à des pourparlers engagés par l'intéressé en personne avec la banque au sens du ch. 7 Dispositions d'exécution CDB 1987.

b) Le ch. 15 des Dispositions d'exécution CDB 1987 prévoit des situations dans lesquelles il n'est pas nécessaire de vérifier formellement l'identité du cocontractant, lorsque celui-ci a son domicile ou son siège en Suisse¹⁴. La Commission de surveillance a déterminé que l'énumération des exceptions au devoir de vérifier formellement l'identité, contenue au ch. 15, avait un caractère exhaustif.

¹² Ch. 17 Dispositions d'exécution CDB 1992, ch. 16, Dispositions d'exécution CDB 1987, ch. 25, Dispositions d'exécution CDB 1982

¹³ Cf. ch. 8 et ss. Dispositions d'exécution CDB 1992 ainsi que ch. 10 et ss. Dispositions d'exécution CDB 1982

¹⁴ Cf. aussi ch. 15 Dispositions d'exécution CDB 1992 et ch. 18 Dispositions d'exécution CDB 1982

c) Dans le cadre d'une demande abstraite (c'est-à-dire sans qu'un cas concret ne soit survenu), la Commission de surveillance a précisé la relation entre le ch. 15 et le ch. 19 des Dispositions d'exécution CDB 1992¹⁵. Il en est résulté que le ch. 15 prévaut sur le ch. 19. Cela signifie qu'aucune déclaration sur formulaire A ne doit être obtenue lorsque les relations d'affaires visées au ch. 15 CDB 1992 sont nouées par correspondance.

d) Conformément au ch. 7 des Dispositions d'exécution CDB 1987, les personnes domiciliées en Suisse que la banque connaît personnellement n'ont pas à présenter de pièce de légitimation. Il en découle a contrario qu'une personne non domiciliée en Suisse doit présenter une pièce de légitimation, cela même si la banque la connaît personnellement. Dans la CDB 1992, cette différenciation a été abandonnée¹⁶.

e) Un client avait ouvert un compte en son nom auprès d'une banque, tout en donnant un droit de disposition également à plusieurs tiers. En application du ch. 18 des Dispositions d'exécution CDB 1987¹⁷, la banque avait obtenu une déclaration sur formulaire A aux termes de laquelle le client indiqua être lui-même l'ayant droit économique des valeurs déposées. La banque s'était satisfaite d'une telle déclaration.

¹⁵ Les CDB 1982 et 1987 ne contiennent pas de dispositions correspondant au ch. 19 Dispositions d'exécution CDB 1992

¹⁶ Cf. aussi ch. 10 Dispositions d'exécution 1982; le ch. 8 CDB 1992 n'exige plus que la personne concernée soit domiciliée en Suisse

¹⁷ Cf. aussi ch. 18 CDB 1992 ainsi que ch. 29 Dispositions d'exécution CDB 1982

Ce faisant, la banque a violé son obligation de diligence. Lorsque des doutes sérieux persistent quant à l'exactitude de la déclaration du client sur formulaire A, la banque doit refuser l'ouverture du compte¹⁸. La Commission de surveillance estima dans le cas d'espèce que la banque aurait dû considérer que le doute n'avait pu être valablement levé par le contenu du formulaire A. En effet, le cocontractant a allégué être l'ayant droit économique des valeurs déposées, tout en aménageant un droit de disposition sur le compte au profit de personnes qui n'étaient pas en relation suffisamment étroite avec lui. La simple déclaration du client selon laquelle il est l'ayant droit économique des fonds déposés ne saurait dans un tel cas lever le doute existant. Bien plus, la banque a l'obligation d'éclaircir toute contradiction entre le pouvoir de disposition d'une part et, d'autre part les allégations relatives à l'ayant droit économique. Lorsqu'une telle clarification ne peut être opérée, la banque doit refuser l'ouverture de la relation.

f) Conformément au ch. 16 Dispositions d'exécution CDB 1987 ainsi que du ch. 27 Dispositions d'exécution CDB 1992¹⁹, la banque doit s'assurer 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 bien été effectuées. Dans plusieurs cas soumis précédemment à la Commission de surveillance, la banque n'avait obtenu les documents nécessaires qu'au stade de la procédure devant la Commission de surveillance. Conformément à sa jurisprudence constante, la Commission de surveillance considère que la banque n'agit pas conformément au ch. 27 CDB 1992, respectivement ch. 16 CDB 1987, lorsque ce n'est qu'au moment de la procédure devant la Commission de surveillance, qu'elle est à même de remettre

¹⁸ Ch. 20 Dispositions d'exécution CDB 1987; cf également ch. 21 Dispositions d'exécution CDB 1992 ainsi que ch. 30 Dispositions d'exécution CDB 1982

¹⁹ Cf aussi ch. 25 Dispositions d'exécution CDB 1982

les renseignements demandés et de présenter les documents nécessaires. La banque doit être en mesure de pouvoir présenter de telles données à l'organe de révision interne et à l'institution de révision bancaire²⁰.

La Commission de surveillance a été confrontée à un état de fait qui se présentait quelque peu différemment des situations tranchées précédemment en relation avec les ch. 16 CDB 1987 et 27 CDB 1992. Jusqu'ici, les procédures avaient été déclenchées par le fait que l'organe de révision interne ou l'institution de révision prévue par la loi sur les banques n'avaient pas localisé les documents d'ouvertures de comptes nécessaires et avaient, sur cette base, dénoncé le cas à la Commission de surveillance. Dans le cas d'espèce en revanche, la banque avait, à l'occasion d'une enquête ouverte à l'initiative du chargé d'enquête, omis de verser au dossier les documents complets d'ouverture de compte, et ceci malgré une mise en demeure expresse du chargé d'enquête. Ce n'est qu'au moment de sa prise de position destinée à la Commission de surveillance, que la banque a remis ces documents. L'omission de la banque dans le cas d'espèce ne permettait pas de conclure que les documents remis seulement après coup par la banque, n'auraient pas été disponibles pour l'organe de révision interne ou l'institution de révision prévue par la loi sur les banques dans l'hypothèse d'un contrôle. Une violation du ch. 16 Dispositions d'exécution CDB 1987 et du ch. 27 Dispositions d'exécution CDB 1992 en vertu desquelles la banque doit prendre les dispositions garantissant que l'organe de révision interne et l'institution de révision bancaire puissent contrôler que les vérifications prescrites ont bien été effectuées, n'a pas été retenue dans le cas d'espèce. Le comportement de la banque a toutefois été pris en considération en relation avec la question des frais²¹.

²⁰ Friedli, op. cit. p. 95

²¹ Cf ci-dessous ch. 9 lit b

g) La Commission de surveillance a eu à plusieurs reprises l'occasion de confirmer sa pratique selon laquelle la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique doivent être effectuées au moment de l'ouverture du compte²². Dans ce contexte, la Commission de surveillance a précisé que la seule attribution interne au sein de la banque d'un numéro de compte ne saurait être considérée comme valant "ouverture de compte" au sens de la CDB. Est en revanche pertinent le moment à partir duquel le client a la possibilité technique de disposer du compte ou d'exécuter des paiements/des virements.

2. Identification de l'ayant droit économique²³

A onze reprises, la Commission de surveillance a eu à trancher des cas dans lesquels l'identification de l'ayant droit économique n'avait pas été opérée, ou ne l'avait pas été d'une manière correcte. Comme dans les années précédentes, la plupart de ces affaires concernaient des déclarations sur formulaire A remplies d'une manière incomplète ou contradictoire²⁴. La Commission de surveillance a eu l'occasion de préciser sa jurisprudence sur ce point²⁵. Par ailleurs, la Commission a été amenée à se prononcer au sujet de la procédure applicable en matière de société de domicile (identification, détermination des rapports de dépendance) et celles applicables généralement à la vérification de l'identité du cocontractant et à l'identification de l'ayant droit économique²⁶.

²² Friedli, op. cit. p. 95

²³ art. 3 et 4 CDB 1982, art. 3 CDB 1987, art. 3 CDB 1992

²⁴ Cf Friedli, op. cit. p. 94

²⁵ Cf ci-dessous lit. c et d

²⁶ Cf. lit. a également

a) Un établissement de droit liechtensteinois - créé par la banque elle-même et lui appartenant - avait ouvert un compte principal auprès de la banque, lequel était subdivisé en plusieurs sous-comptes. Aux différents sous-comptes correspondaient des ayants droit économiques différents. Le but de l'établissement était d'offrir à des personnes proches de la banque la possibilité d'ouvrir un compte assorti d'une stricte confidentialité.

L'établissement précité était une société de domicile au sens de l'art. 5 CDB 1982 et chaque nouvelle relation de clientèle développée par l'intermédiaire de l'établissement entraînait une modification dans les signatures autorisées de la société de domicile dans ses relations avec la banque. Dès lors, la banque aurait dû, à l'occasion de l'ouverture de chaque nouveau sous-compte pour un nouveau client, obtenir un extrait réactualisé du Registre du commerce relatif à l'établissement, en tous cas si l'on s'en tient à la lettre de la disposition applicable²⁷. Une telle solution aurait manifestement été absurde puisque, dans ce cas particulier, l'établissement appartenait économiquement à la banque, et non pas au fiduciaire. Ainsi, la réactualisation de l'extrait du Registre du commerce n'aurait apporté aucun élément supplémentaire en relation avec la détermination des ayants droit économiques et des différents sous-comptes, dont l'établissement était titulaire.

Au vu de ces circonstances particulières, la Commission de surveillance a appliqué les art. 3 et 4 CDB 1982 (identification de l'ayant droit économique, procédure en cas de doute) en lieu et place de l'art. 5 CDB 1982 (procédure relative aux sociétés de domicile), ceci alors même que l'établissement de droit liechtensteinois était clairement et d'une manière non contestée une société de domicile au sens de l'art. 5 CDB 1982. L'application des art. 3 et 4 CDB 1982 a eu pour conséquence de

²⁷ Cf. ch. 39 Dispositions d'exécution CDB 1982

libérer la banque du devoir de requérir un extrait du Registre du commerce réactualisé lors de chaque nouvelle relation²⁸. En revanche, la banque demeurait obligée, conformément à l'art. 4 CDB 1982, d'exiger une déclaration selon formulaire A chaque fois que l'établissement ouvrait un sous-compte, en son propre nom mais pour le compte d'un nouveau client.

b) Le ch. 18 Dispositions d'exécution CDB 1987 décrit, d'une manière non-exhaustive, des constatations insolites qui doivent amener la banque à exiger une déclaration écrite au moyen du formulaire A afin de déterminer si le client est lui-même l'ayant droit économique des valeurs déposées²⁹.

La Commission de surveillance a décidé qu'il y avait également "constatation insolite" au sens du ch. 18 précité lorsqu'un avocat dispose d'un grand nombre de comptes qui ne sont vraisemblablement pas tous utilisés à titre privé. L'énumération figurant au ch. 18 Dispositions d'exécution CDB 1987 n'étant pas exhaustive, il n'est pas relevant que cette situation de fait ne soit pas mentionnée dans l'énumération précitée.

c) La CDB 1982 n'exige pas expressément que la déclaration écrite au sujet de l'ayant droit économique selon formulaire A ou formulaire B soit datée³⁰. La Commission de surveillance a décidé à cet égard qu'un formulaire B non daté viole

²⁸ L'obligation de requérir un extrait du Registre du commerce réactualisé dans de tels cas n'est d'ailleurs plus prévue par les CDB 1987 et 1992 (ch. 32 Dispositions d'exécution CDB 1987 et ch. 38 Dispositions d'exécution CDB 1992)

²⁹ Cf. également ch. 18 Dispositions d'exécution CDB 1992 et ch. 29 Dispositions d'exécution CDB 1982

³⁰ Ceci vaut également pour les CDB 1987 et 1992

le ch. 25 Dispositions d'exécution CDB 1982³¹. Conformément à cette prescription, la banque doit prendre des dispositions garantissant que le contrôle interne et l'organe de révision prévu par la loi sur les banques puissent vérifier que les identifications prescrites ont bien été faites. Un formulaire non daté ne permet pas à l'organe de révision bancaire de vérifier si l'examen de l'identité a eu lieu au moment de l'établissement de la relation ou seulement subséquentement.

d) Le ch. 19 Dispositions d'exécution CDB 1987 n'exige pas de manière explicite que l'adresse de domicile de l'ayant droit économique figure sur le formulaire A lui-même. Le formulaire A annexé à la CDB 1987 contient cependant une rubrique "adresse". La Commission de surveillance a ainsi décidé qu'il n'était pas suffisant au regard de la CDB pour une banque de conserver l'adresse privée de l'ayant droit économique sur un document séparé, et non pas sur le formulaire A.

Le ch. 20 Dispositions d'exécution CDB 1992, qui prévoit maintenant expressément que l'adresse de l'ayant droit économique doit être indiquée au moyen du formulaire A, ne doit donc pas être compris comme représentant une innovation. Il s'agit seulement d'une précision d'une situation juridique préexistante.

3. Procédure relative aux sociétés de domicile³²

Durant la période sous revue, la Commission de surveillance a eu à sanctionner 12 violations de la CDB qui avaient trait à la procédure relative aux sociétés de domicile.

³¹ Cf aussi ch. 27 Dispositions d'exécution CDB 1992 et ch. 16 Dispositions d'exécution CDB 1987

³² art. 5 CDB 1982, art. 4 CDB 1987, art. 4 CDB 1992

a) Dans une grande majorité des cas qui ont été soumis à la Commission, la question se posait de déterminer dans quelle mesure les documents permettant d'identifier la société de domicile étaient suffisamment à jour (extrait du Registre du commerce, etc.). La Commission de surveillance a confirmé sa jurisprudence, selon laquelle les documents doivent être actuels et propres à permettre à la banque, au moment de l'ouverture du compte, de déterminer d'une manière fiable les rapports de dépendance³³. "Actuel" signifie dans ce contexte que les extraits doivent, selon des conditions cumulatives, ne pas être anciens et refléter correctement la situation juridique³⁴.

Conformément au ch. 33 Dispositions d'exécution CDB 1982, est réputée société de domicile, l'entreprise qui ne possède pas ses propres locaux ou qui n'a pas son propre personnel, ou encore dont le propre personnel n'est occupé qu'à des tâches administratives³⁵. Une banque avait allégué que lorsqu'une entreprise exerce une activité professionnelle, elle ne saurait être considérée comme étant une société de domicile quand bien même elle remplirait l'un des critères alternatifs énumérés au ch. 33 Dispositions d'exécution CDB 1982. Le texte même du ch. 33 Dispositions d'exécution CDB 1982 ne serait donc pas relevant.

La Commission de surveillance n'a pas pu adhérer à ce raisonnement. Elle a considéré en effet, que selon le ch. 33 Dispositions d'exécution CDB 1982, tombent également sous le concept de "société de domicile", les entreprises qui exercent une

³³ Cf. à ce sujet notamment Friedli, op. cit. pp. 96 ss.

³⁴ Peter C. Honegger/Markus A. Frei, *Sorgfaltspflichten und Geldwäscherei*, SJZ 90 (1994), p. 342, FN 12 sont d'avis que l'exigence de l'actualité se borne au contenu du document et ne vise pas la date qu'il porte

³⁵ les ch. 25 Dispositions d'exécution CDB 1987 et ch. 29 Dispositions d'exécution CDB 1992 contiennent une règle analogue

activité dans une mesure modeste (tout en remplissant l'un des critères du ch. 33). Dans ces circonstances, la Commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter de la définition du concept de "société de domicile" telle qu'elle est prévue selon le texte du ch. 33 Dispositions d'exécution CDB 1982. L'avantage de cette définition réside précisément, selon la Commission de surveillance, dans le fait que la banque dispose de critères clairs et faciles à vérifier. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, la définition de la société de domicile a sciemment été conçue sur la base de critères formels et ne s'interprète pas selon la définition de la société de domicile telle que prévue dans d'autres domaines du droit.

4 Personnes tenues à un secret professionnel³⁶

Conformément au ch. 41 Dispositions d'exécution CDB 1987³⁷, si le détenteur du secret professionnel est l'employé ou le membre d'un organe dirigeant d'une banque, il ne peut se prévaloir de la réglementation spéciale de l'art. 5 al. 1 CDB. En raison de l'abrogation des déclarations selon formulaire B intervenue entre-temps, la CDB 1992 ne contient pas une règle analogue. Toutefois, deux décisions dans lesquelles la Commission de surveillance a dû traiter du ch. 41 Dispositions d'exécution CDB 1987 seront brièvement évoquées ci-après.

a) La Commission de surveillance a confirmé que le Président du conseil d'administration d'une banque est toujours soumis au ch. 41 Dispositions d'exécution CDB 1987 et ceci indépendamment de la qualité (organe de la banque ou relation professionnelle) en laquelle il a reçu l'information relative à l'ayant droit économique du compte en question.

³⁶ art. 6 CDB 1982, art. 5 CDB 1987, art. 5 CDB 1992

³⁷ Cf. ch. 46 Dispositions d'exécution CDB 1982

b) Dans un autre cas, la Commission de surveillance a eu à juger si la simple appartenance au Conseil d'administration d'une banque excluait d'entrée de cause l'application de l'art. 6 CDB 1982. La Commission a tranché par la négative, avec le raisonnement suivant :

"Le critère pertinent au sens du ch. 46 Dispositions d'exécution CDB 1982 consiste à déterminer si le détenteur du secret professionnel qui a signé le formulaire était en même temps "l'employé ou le membre d'un organe dirigeant d'une banque". La notion d'"organe dirigeant" n'est pas définie dans la Convention de diligence. En revanche, ce concept doit être défini à la lumière de l'art. 3 al. 2 lit. a de la loi sur les banques. Cette norme prévoit que lorsque son but social ou l'importance de ses affaires l'exige, la banque doit instituer, d'une part des organes de direction et d'autre part, des organes préposés à la haute direction, à la surveillance et au contrôle. La banque, en l'espèce, a effectué une telle délimitation en ce sens que la haute direction, la surveillance et le contrôle reviennent au Conseil d'administration alors que la direction est chargée de la conduite des affaires. Le Conseil d'administration de la banque n'est ainsi pas un "organe dirigeant" au sens du ch. 46 Dispositions d'exécution CDB 1982" (traduction de l'allemand).

En revanche, selon la jurisprudence de la Commission de surveillance, un membre du Comité du Conseil d'administration ne saurait se prévaloir de l'art. 6 CDB 1982, respectivement de l'art. 5 CDB 1987.

5. Fraude fiscale et actes analogues³⁸

La majorité des sept cas dans lesquels la Commission de surveillance a été amenée à constater une violation de l'interdiction de l'assistance active en matière de fraude fiscale et d'actes analogues concernait des opérations dites "de fin d'année"³⁹ (l'importance pratique de ces opérations est également révélée par le fait que les premières procédures d'enquête concernant des opérations de fin d'année 1994/1995 sont d'ores et déjà ouvertes). Quelques autres cas présentant des états de fait différents ont également été soumis à la Commission de surveillance⁴⁰.

a) Selon la jurisprudence constante de la Commission de surveillance, les "opérations de fin d'année" contreviennent à l'art. 7 CDB 1987⁴¹. La caractéristique de telles opérations réside dans le fait que de l'argent retiré par des clients à la fin de l'année est crédité sur le compte "divers" de la banque, de manière à ce que les montants concernés n'apparaissent pas sur les déclarations émises par la banque pour leurs clients (les clients demandent régulièrement de telles attestations pour leur déclaration d'impôt). Au début de l'année suivante, les montants concernés sont crédités à nouveau sur le compte du client⁴².

³⁸ art. 9 CDB 1982, art. 7 CDB 1987, art. 8 CDB 1992

³⁹ Cf. également lit a - d ci-dessous

⁴⁰ Cf. lit. e - g ci-dessous

⁴¹ respectivement art. 8 CDB 1992 et art. 9 CDB 1982

⁴² Cf. aussi Circulaire N° 1030 D du 7 juillet 1992 de l'Association suisse des banquiers

Une banque avait contesté d'une manière générale la jurisprudence de la Commission de surveillance en la matière. Elle alléguait que les extraits émis d'une manière routinière ne représenteraient des attestations au sens de l'art. 7 CDB que lorsqu'elles auraient été modifiées par la banque en vue d'induire en erreur. Or, une telle modification ne pourrait être retenue à la charge de la banque lorsque - comme il est usuel en matière d'opérations de fin d'année - un relevé formellement correct mais économiquement inexact serait émis à propos d'un compte précis.

La Commission de surveillance ne voit pas de raison de modifier sa pratique et d'interpréter l'art. 7 CDB 1987 d'une manière aussi restrictive. La Commission est d'avis qu'une confirmation de solde contenant des indications économiques fausses parce qu'elles prennent en considération une comptabilisation fictive sur un compte "divers", tombe clairement sous le concept d'"attestation pouvant induire en erreur" au sens de l'art. 7 CDB 1987. Le sens de cette disposition ne permet pas d'autre interprétation.

b) Par contre, la Commission de surveillance a précisé sa jurisprudence au sujet de l'art. 7 CDB 1987⁴³ en considérant qu'aucune violation de la Convention de diligence ne devait être retenue lorsque - abstraction faite de motifs fiscaux - il existait une raison plausible pour justifier la comptabilisation sur un compte "divers" peu avant la fin de l'année. Une telle raison réside par exemple dans le fait qu'un client dont le compte est assorti d'une limite mensuelle de retrait sait qu'il devra faire face, dans le courant de l'année à venir, à un gros besoin de liquidités excédant la limite précitée. Lorsque, en vue d'éviter les commissions qui seraient débitées par la banque en cas de dépassement de la limite de retrait, un client retire de son compte-

⁴³ respectivement art. 8 CDB 1992 ainsi qu'art. 9 CDB 1982

épargne, avant la fin de l'année, une partie de la somme nécessaire pour la couverture de ses besoins à venir, et "stocke" en quelque sorte ce montant sur le compte "divers", il n'y a aucune violation de la Convention de diligence.

c) Par ailleurs, aucune violation à l'art. 7 CDB 1987 ne peut être retenue lorsque le virement sur le compte "divers" intervient au profit d'une personne morale exonérée d'impôt.

d) La Commission de surveillance a par ailleurs eu à se demander si la banque violait également la Convention de diligence lorsqu'un de ses clients, peu avant la fin de l'année, payait un montant cash sur le compte "divers" et se faisant repayer ce montant au début de l'année suivante. Cette question a reçu la réponse suivante : *"l'état de fait dans le cas d'espèce ne correspond pas à celui qui se présente typiquement dans les opérations dites de fin d'année. En l'occurrence, il n'y a pas transfert d'un compte individuel du client sur le compte "divers", suivi d'un retransfert en sens inverse. Il s'agit ici d'un simple paiement, respectivement retrait en cash. Dans cet état de fait, la banque n'a pas produit d'attestation pouvant induire en erreur au sujet d'un compte déterminé d'un client (à l'époque, un tel compte n'existait pas du tout). L'acceptation de fonds sur un compte "divers" avant la fin de l'année ne viole pas l'art. 7 CDB à moins qu'au même moment, une réduction sur un autre compte dont le client est titulaire n'intervienne pour le même montant, ce qui permettrait l'émission d'une attestation susceptible d'induire en erreur en relation avec ce dernier compte"* (traduction).

e) Une banque avait organisé pour trois clients un système complexe de comptes par lequel un montant de US\$ 204 millions transita entre 1983 et 1991. Ces fonds étaient tous versés sur un compte déterminé de la banque. Puis, le directeur en

charge - en partie au bénéfice de procurations - faisait transiter les fonds à travers différents comptes de passage, pour finalement les créditer sur trois comptes. Ces trois comptes finaux étaient libellés au nom de trois personnes morales différentes. Les ayants droit économiques des comptes de passage et des comptes finaux étaient les personnes physiques X, Y et Z. Certains des titulaires des comptes de passage (qui pendant des années ont été exclusivement utilisés aux fins de transit) avaient été sélectionnés par le directeur de la banque parmi ses connaissances. Une procédure pénale pour fraude fiscale fut ouverte à l'étranger contre les ayants droit économiques des comptes de passage et des comptes finaux. Les autorités suisses compétentes exigèrent de la banque, au titre de mesures d'entraide judiciaire, les données relatives aux comptes sur lesquels X, Y et Z avaient "directement ou indirectement" un pouvoir de disposition. Par la suite, les autorités compétentes précisèrent leur demande en indiquant que devait être considéré comme "pouvoir de décision indirect" la possibilité d'accéder à un compte par l'intermédiaire d'une société tierce ou d'une personne de confiance auprès de la banque. La banque répondit ceci à la requête des autorités compétentes :

"Nos recherches extensives se sont limitées aux relations de compte énumérées au ch. 1 de votre demande de renseignements. En l'absence de données supplémentaires et détaillées, nous sommes dans l'incapacité de mener à bien des recherches au sujet des relations "indirectes" mentionnées dans votre lettre du ... (traduction).

Dans le contexte précité, la Commission de surveillance a eu à trancher notamment la question de savoir si la lettre de réponse citée ci-dessus représentait une attestation incomplète au sens du ch. 52 Dispositions d'exécution CDB 1987⁴⁴. La Commission de surveillance a répondu par l'affirmative. La déclaration de la banque selon laquelle

⁴⁴

Le contenu de cette disposition est identique à celui du ch. 57 des Dispositions d'exécution CDB 1982 et du ch. 48 des Dispositions d'exécution CDB 1992

sans données détaillées, elle ne serait pas en mesure d'effectuer des recherches ou de transmettre des informations au sujet des relations "indirectes", ne correspondait manifestement pas à la réalité. Dans sa lettre de réponse, la banque avait omis de mentionner des comptes importants et n'avait pas mentionné les destinataires finaux des montants en cause. La réponse ne fournissait des informations qu'au sujet du droit de disposition directe, alors que la banque devait savoir que les autorités recherchaient des renseignements également au sujet du droit de disposition indirecte et qu'elle était en mesure de donner des informations sur ce point. La banque a donc délivré une réponse incomplète au sens du ch. 52 Dispositions d'exécution CDB 1987, en passant sous silence des faits essentiels.

f) L'art. 7 CDB 1987 prévoit que les banques ne doivent pas fournir une aide à leurs clients dans des manoeuvres visant à tromper les autorités. Conformément au ch. 50 Dispositions d'exécution CDB 1987, il est interdit à la banque de délivrer, à la demande du client, à des autorités suisses ou étrangères, des attestations de nature à induire en erreur⁴⁵.

La Commission de surveillance a eu à trancher un cas dans lequel la banque avait rempli une formule destinée aux autorités fiscales, qui était propre à induire en erreur, ceci non pas à la demande du client, mais de sa propre initiative. La banque a fait valoir que les éléments constitutifs du ch. 50 Dispositions d'exécution CDB 1987 n'étaient pas remplis puisqu'elle avait agi "motu proprio". La Commission de surveillance n'a pas pu se rallier à cette argumentation :

"Si l'art. 7 CDB 1987 implique que des attestations mensongères soient établies à la

⁴⁵ La CDB 1982 et la CDB 1992 contiennent des prescriptions identiques

demande du client, il ne faut pas en conclure à l'inverse que la remise d'attestations trompeuses par la banque, sans qu'il n'y ait d'instruction correspondante du client, n'est pas réprouvée. Bien au contraire, l'art. 7 CDB 1987 part seulement du principe que si des banques venaient à établir une attestation trompeuse, ce serait, si cela arrivait, le plus souvent à la demande du client. En aucun cas l'art. 7 CDB 1987 ne permet aux banques de remettre, de leur propre initiative et sans en conférer avec leurs clients, des attestations mensongères".

g) Conformément au ch. 53 Dispositions d'exécution CDB 1987, les attestations sont de nature à induire en erreur au sens de l'art. 7 CDB 1987, lorsque des faits sont présentés de manière contraire à la vérité avec "l'intention de tromper les autorités"⁴⁶.

La Commission de surveillance a décrété dans ce contexte que l'intention au sens du ch. 53 Dispositions d'exécution CDB 1987 ne doit pas être interprétée restrictivement, et que le dol éventuel suffit.

⁴⁶

Cf. aussi ch. 58 Dispositions d'exécution CDB 1982 ainsi que ch. 49 Dispositions d'exécution CDB 1992

6. Violation de la Convention de diligence, sanctions⁴⁷

La question de la prescription n'a fait l'objet d'une réglementation expresse ni dans la CDB 1982 ni dans la CDB 1987. Lorsque les deux versions précitées de la Convention de diligence étaient en vigueur, la Commission de surveillance partait du principe que la question de la prescription devait être tranchée en se référant à l'art. 127 CO, lequel prévoit une prescription décennale. En effet, la Commission de surveillance considérait que l'amende conventionnelle pouvait être assimilée à une clause pénale au sens de l'art. 160 CO⁴⁸.

L'art. 11 al. 3 CDB 1992 répond maintenant expressément à la question de la durée pendant laquelle les violations à la Convention de diligence peuvent être poursuivies. Ainsi, les violations de la Convention qui remontent à plus de 5 ans ne sont plus poursuivies. L'art. 11 al. 3 CDB 1992 prévoit cependant qu'en cas de manquement à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou d'identifier l'ayant droit économique, le délai de 5 ans commence à courir lorsque le manquement a été réparé, respectivement au moment où les relations d'affaires ont pris fin. En revanche, il n'a pas été explicitement déterminé quelle circonstance était susceptible d'interrompre le délai de prescription de 5 ans.

a) La Commission de surveillance, dans sa jurisprudence constante, part du principe que l'ouverture de la procédure d'enquête doit déjà valoir comme interruption de la prescription au sens de l'art. 11 al. 3 CDB 1992. Cette interprétation juridique est fondée tant sur le texte même que sur le but de la disposition de l'art. 11 al. 3 CDB 1992 :

⁴⁷ art. 11 CDB 1992

⁴⁸ Friedli, *op. cit.* p. 93

"En vertu de l'art. 11 al. 3 CDB 1992, une violation à la Convention de diligence n'est plus "poursuivie" si elle remonte à plus de 5 ans. Le critère relevant pour l'interruption de la prescription est donc la poursuite et non pas le jugement de la violation. Or, la poursuite est considérée comme entamée dès l'ouverture de la procédure d'enquête.

Une interprétation téléologique de l'art. 11 al. 3 CDB 1992 conduit au même résultat. Si le jugement de la violation devait intervenir dans un délai de 5 ans conformément à l'art. 11 al. 3 CDB 1992, l'affaire pourrait se prescrire alors même que le chargé d'enquête ou la Commission de surveillance est saisie du dossier. Par ailleurs, tant en droit privé qu'en droit pénal la règle parfaitement fondée est que l'introduction d'une procédure formelle interrompt le délai de prescription (cf. l'art. 72 al. 2 CPS ainsi que l'art. 135 ch. 2 CO). Aucune raison objective ne justifierait un traitement différent dans le cadre de la CDB" (traduction).

b) Conformément à la formule "déclaration d'adhésion" à la Convention relative à l'obligation de diligence des banques 1992, les violations à la CDB 1982 ne sont plus poursuivies lorsque les enquêtes ont été ouvertes postérieurement au 30 septembre 1992. Quant aux violations à la CDB 1977, elles ne sont plus sanctionnées depuis l'entrée en vigueur de la CDB 1987.

L'art. 11 al. 3 CDB 1992 déjà cité ci-dessus prévoit en revanche qu'en cas de manquement à l'obligation de vérifier l'identité du cocontractant ou d'identifier l'ayant droit économique, le délai de 5 ans ne commence à courir qu'à partir du moment où le manquement a été réparé, respectivement du moment où les relations d'affaires ont pris fin.

La Commission de surveillance a eu l'occasion de s'exprimer au sujet de la relation entre les deux dispositions précitées. En l'espèce, il s'agissait d'une violation à la CDB 1977, qui aux termes de la formule "déclaration d'adhésion" ne pouvait plus être poursuivie, mais était susceptible d'être poursuivie en application de l'art. 11 al. 3, CDB 1992. En effet, la relation d'affaires n'avait pas pris fin 5 ans avant l'ouverture de l'enquête et le manquement n'avait pas été réparé à ce moment-là. La Commission de surveillance a estimé que l'art. 11 al. 3 CDB 1992 ne supplantait pas la "déclaration d'adhésion", laquelle a donc valeur prépondérante. Ainsi, les violations à la CDB 1977 et à la CDB 1982 ne peuvent plus être poursuivies, et ceci même si le délai de poursuite conformément à l'art. 11 al. 3 CDB 1992 n'est pas encore échu.

En pratique, les limitations de poursuite contenues à l'art. 11 al. 3 CDB 1992 et dans la déclaration d'adhésion à la CDB 1992 revêtent une grande importance.

7. Reconsidération

En relation avec une décision sur les frais, la Commission de surveillance a eu pour la première fois à régler la question procédurale de savoir si les décisions de la Commission de surveillance peuvent faire l'objet d'une reconsidération. La Commission de surveillance a pris la position suivante à ce sujet :

"Se pose la question de savoir si une demande en reconsidération est admissible. Une telle procédure n'est pas prévue dans la Convention de diligence. L'art. 2 al. 2 du Règlement de procédure prévoit que les règles de la loi fédérale sur la procédure administrative sont applicables par analogie, pour autant que les dispositions de la

Convention ou du présent Règlement n'y dérogent pas. Ni la Convention de diligence, ni le Règlement de procédure n'excluent la possibilité d'admettre une demande en reconsidération. La loi fédérale susmentionnée au sujet de la procédure administrative ne contient aucune règle au sujet de la possibilité et des conditions de telles demandes en reconsidération. Il est toutefois généralement reconnu qu'une personne concernée peut exiger, en procédure fédérale administrative, qu'une décision soit soumise en reconsidération. Comme la loi fédérale sur la procédure administrative fait ici office de droit supplétif, il convient d'admettre qu'une demande en reconsidération peut être formulée. En l'absence, comme c'est le cas en l'espèce, d'une disposition expresse au sujet de l'admissibilité d'une demande en reconsidération, l'autorité saisie est obligée, selon la pratique judiciaire, de traiter une telle demande sur le plan matériel que lorsque les circonstances se sont profondément modifiées depuis la décision ou lorsque le requérant fait valoir des faits ou moyens de preuve importants et nouveaux. En l'occurrence, la banque conteste la légitimité de la décision sur les frais. Dans une telle situation, la Commission de surveillance n'est pas tenue de se saisir d'une telle demande mais en a la faculté. La Commission de surveillance est prête en l'occurrence à entrer en matière au sujet de la demande en reconsidération"
(traduction).

8. Concours entre plusieurs normes

La Commission de surveillance CDB a été, à quelques reprises, confrontée à la question de savoir si la répression d'une violation particulière de la Convention de diligence excluait la répression supplémentaire d'une autre violation à ladite Convention.

a) La banque qui identifie l'ayant droit économique de manière tardive et au surplus de façon incorrecte, n'a pas un comportement plus répréhensible qu'une banque qui tout simplement renonce à obtenir un formulaire A requis en vertu de la Convention de diligence. Dans de tels cas, le fait que l'identification n'ait pas été opérée de manière correcte ne doit pas faire l'objet d'une sanction distincte.

b) Aux termes de l'art. 9 CDB 1987, les banques sont tenues de rompre leurs relations avec le client lorsque les opérations effectuées laissent soupçonner que les indications sur l'ayant droit économique des fonds bonifiés ou placés ne sont pas exactes⁴⁹. Les Dispositions transitoires conformément à l'art. 15 CDB 1987⁵⁰ prescrivent que la banque doit inscrire dans ses dossiers l'identité de chacun des ayants droit économiques de comptes, de dépôts ou de rapports fiduciaires qui lui est connue de facto, et ceci jusqu'au 30 septembre 1988.

A l'occasion d'une affaire tranchée par la Commission de surveillance, la banque savait que l'ayant droit économique indiqué par son client ne correspondait pas à l'ayant droit économique effectif. Toutefois, la banque a pas rompu les relations avec ce client. De plus, la banque n'a pas, dans le délai échéant au 30 septembre 1988, indiqué dans ses dossiers l'identité du véritable ayant droit économique. La Commission de surveillance a considéré qu'une peine en application de l'art. 9 CDB 1987 dans ce contexte excluait une peine supplémentaire en vertu de l'art. 15 CDB 1987.

⁴⁹ Cf. aussi art. 6 CDB 1992 et art. 11 CDB 1982

⁵⁰ Cette norme n'a pas son pendant exact dans les autres Conventions de diligence

9. Coûts de procédure

Durant la période sous revue, la principale question débattue en matière de coûts de procédure a été de savoir dans quelle mesure une banque peut être condamnée aux frais alors même qu'aucune violation de la Convention de diligence n'a pu être prouvée.

a) La Commission de surveillance a examiné la question de savoir si une banque pouvait également être condamnée au paiement de frais de procédure lorsqu'une procédure a priori justifiée est suspendue :

"Conformément à l'art. 12 al. 5 de la Convention relative à l'obligation de diligence du 1er juillet 1992 (CDB 1992), la Commission de surveillance règle la procédure et statue sur le paiement des frais. En vertu de l'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure du 31 août 1992, la Commission de surveillance peut mettre à la charge de la banque tout ou partie des frais d'enquête lorsque l'enquête ne paraissait pas d'emblée injustifiée ou lorsque la banque a provoqué elle-même des coûts dans le cadre de la procédure d'enquête. La nature de la Convention de diligence est de droit privé. L'application des principes en matière de suspension de procédure pénale est dès lors exclue. La charge des coûts de procédure conformément à l'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure ne présuppose aucunement un comportement subjectivement répréhensible ou fautif de la part de la banque. Il suffit que l'enquête n'ait pas d'emblée apparu comme étant injustifiée. L'évaluation de cette question doit être effectuée de manière objective et un comportement subjectivement critiquable n'est pas une condition. Pour ces motifs, ni les principes énoncés dans l'arrêt ATF 116 I a 162 et ss. qui sont applicables en matière de suspension d'une procédure pénale, ni les

principes de procédure civile cités par la banque (violation d'obligations juridiques ou d'incombances dans le déroulement de la procédure) ne trouvent application. La seule question pertinente est de savoir si l'ouverture de la procédure n'était pas d'emblée injustifiée. L'art. 7 al. 3 du Règlement de procédure ne présuppose aucune faute de la part de la banque. En outre, la Commission de surveillance jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans l'interprétation des principes légaux généraux contenus à l'art. 7 al. 3" (traduction).

Dans le cas concret, la banque a été condamnée à payer des frais parce qu'elle avait mis à la disposition de son client des comptes structurés d'une manière inhabituelle propre à éveiller les soupçons d'une assistance active en matière de fuite de capitaux de la part de la banque. Même si ce soupçon n'a finalement pas été confirmé, ceci ne pouvait dispenser totalement la banque du devoir de supporter des frais.

b) Une banque qui ne remet la plupart des documents exigés par le chargé d'enquête qu'au stade de la procédure devant la Commission de surveillance crée ainsi des frais d'enquête superflus et doit donc supporter les coûts engendrés par ce comportement, ceci nonobstant l'issue de la procédure.

10. Conclusions

La période sous revue a confirmé l'efficacité de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques et du système de sanctions y afférent pour la place financière suisse. Ces règles représentent un instrument valable et font partie du catalogue de mesures destinées à prévenir et à combattre les comportements incompatibles avec la déontologie, voire de caractère délictueux.

Berne, le 27 juin 1995

Pour la Commission de surveillance

Le Président

Le Secrétaire

Dr. A. Eggli

G. Friedli, av.