

Trois nouvelles années d'application de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques

par Lorenz Meyer, docteur en droit, Berne, secrétaire de la Commission arbitrale CDB

La Commission arbitrale CDB (Convention relative à l'obligation de diligence des banques lors de l'acceptation de fonds et à l'usage du secret bancaire) est tenue de renseigner périodiquement les banques sur sa jurisprudence en respectant le secret bancaire et le secret des affaires¹. Trois ans se sont écoulés depuis la dernière publication des décisions de la Commission arbitrale CDB², de sorte qu'il se justifie d'exposer l'évolution des bases juridiques et de la jurisprudence depuis cette époque. La première Convention, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1977 (CDB de 1977), avait été conclue pour une durée fixe de cinq ans. Elle a été remplacée par la Convention du 1^{er} juillet 1982 (CDB de 1982). A cette occasion, les obligations de diligence des banques ont été précisées à plusieurs égards et la procédure sanctionnant les violations a été partiellement refondue. Tandis que les nouvelles prescriptions de procédure ont été appliquées immédiatement aux procédures ouvertes depuis le 1^{er} octobre 1982, en raison des améliorations apportées au point de vue des principes juridiques, l'ancien droit matériel est demeuré applicable, en raison du principe de la non-rétroactivité, aux faits qui s'étaient produits pendant la validité de la CDB de 1977. Du 1^{er} juillet 1977 au 31 décembre 1983, la Commission arbitrale CDB a tenu 17 séances et a traité 37 cas. Dans 21 cas, la procédure a été suspendue, soit que les faits examinés s'étaient produits avant l'entrée en vigueur de la Convention, soit qu'une violation du contrat n'a pas été établie. Dans 16 cas, une décision d'ouverture a été rendue. Dans 13 de ces cas, une peine conventionnelle a été prononcée. Trois cas sont encore pendants devant la Commission arbitrale. Les peines prononcées se situent entre fr. 500'000.-- (à deux reprises) et fr. 2'000.--. En outre, les banques condamnées ont dû supporter les frais de procédure. Jusqu'ici, toutes les amendes ont été payées et versées au Comité international de la Croix Rouge.

¹Chiffre 69 du commentaire du 9 décembre 1977; chiffre 63 des dispositions d'exécution du 1^{er} juillet 1982

²Klauser, Drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken, WuR 1980, p. 285 ss.

Dans ses décisions, la Commission arbitrale est toujours partie de l'idée que la Convention de diligence est un contrat de droit privé. De même, la peine conventionnelle prévue à l'article 14 al. 3 doit être considérée comme une prétention ayant sa source dans le droit privé.¹ Les tribunaux officiels se sont ralliés à cette manière de voir.² Mentionnons enfin que les dispositions de la CDB concernant l'identification de l'ayant droit ont servi de modèle au Conseil de l'Europe, en 1980, pour une recommandation aux gouvernements des Etats-membres (recommandation relative aux mesures contre le transfert et la mise à l'abri des capitaux d'origine criminelle, du 27 juin 1980).

Dans les pages suivantes seront commentées quelques questions de procédure qui se sont posées, notamment en relation avec la modification de la Convention en 1982. La deuxième partie résume plusieurs décisions de fond.

¹Cf. Aubert, Kernen, Schönle, Le secret bancaire suisse, Berne 1982 p. 181 s.; Klauser, Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken - Grundzüge und Handhabung, Banque nationale suisse, Bulletin trimestriel No 5 1983, p. 49 ss.; Merz, Notenbankpolitik mit Vereinbarungen, thèse St. Gall, p. 256 ss.; Nobel, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979 p. 63; Nobel, Bemerkungen zur Ordnung der revidierten VSB, Société Anonyme Suisse 1982/54 p. 130 s.; Schmid-Lenz, Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken, RSJ 1978/79, p. 118; Cf. aussi Guldener, Die Gerichtsbarkeit der Wirtschaftsverbände ZSR 71 p. 121 a N. 10 46 213 a N. 13

²Décision de la Cour suprême du canton de Zurich du 16 avril 1982 dans SAG 1982/56 p. 130; Arrêt du tribunal fédéral du 3 juin 1983 dans Praxis 1982 p. 2 ss.

A. Questions de procédure

1. Droit applicable

Le 1^{er} octobre 1982 est entrée en vigueur la nouvelle Convention du 1^{er} juillet 1982 qui règle les principes de procédure en son article 13. Sur la base de l'article 13 al. 4 CDB, la Commission arbitrale s'est donné un règlement de procédure du 19 janvier 1983.¹ Les nouvelles prescriptions de procédure sont applicables à toutes les procédures ouvertes après le 1^{er} octobre 1982, ainsi qu'aux procédures pendantes à ce moment-là, lorsque la banque défenderesse n'y fait pas d'objections (art. 1 al. 2 du règlement de procédure). Les autres procédures sont menées à chef selon les principes de la CDB de 1977. La procédure d'arbitrage devant la Commission arbitrale est ouverte par le mémoire de demande du chargé d'enquête, c'est-à-dire par sa proposition d'ouvrir la procédure et de prononcer une peine conventionnelle. Selon l'article 2 du règlement de procédure, sont applicables à côté des dispositions du règlement:

- a) les dispositions impératives du concordat sur l'arbitrage,
- b) l'article 13 CDB du 1^{er} juillet 1982.

En outre, sont applicables par analogie:

- a) les articles 22 à 26 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire concernant la récusation ainsi que
- b) la loi fédérale sur la procédure civile fédérale, pour autant qu'aucune disposition ne s'y oppose.

2. Principes de l'ancienne procédure

Sur la base des décisions de la Commission du 28 septembre 1978 et du 4 juillet 1979, la procédure selon l'ancien droit se déroulait comme suit: Le secrétaire de la Commission arbitrale, avec siège à Zurich, effectuait les recherches préliminaires contre la banque visée. Il présentait à la Commission une proposition d'ouvrir la procédure ou de suspendre les recherches préliminaires. Ensuite intervenait la décision d'ouverture de la procédure ou de suspension, rendue par la Commission et rédigée par le secrétaire, puis notifiée à la banque visée en lui fixant un délai pour prendre position. La proposition de jugement était élaborée par le président, présentée au secrétaire pour s'exprimer sur les constatations de fait et ensuite discutée et jugée par la Commission arbitrale,

¹On peut l'obtenir auprès du secrétaire de la Commission arbitrale CDB,
Dr Lorenz Meyer, Münstergasse 2, 3011 Berne

hors de la présence du secrétaire. La Cour suprême du canton de Zurich a considéré dans sa décision de liquidation du 16 avril 1982 que la Commission arbitrale ne statuait pas en procédure contradictoire sur les prétentions litigieuses invoquées, notamment du fait qu'aucune partie demanderesse ne comparaisait. Dès lors, la Commission arbitrale ne pouvait pas être reconnue comme tribunal arbitral avec une procédure règlementée en conséquence (SAS 1982/56 p. 127 avec la critique de Nobel).

3. Principes de la nouvelle procédure

Les parties contractantes et la Commission arbitrale ont tenu compte des considérations de la Cour suprême du canton de Zurich et ont révisé la procédure à l'occasion de la conclusion de la CDB de 1982. Un chargé d'enquête a été institué comme demandeur (art. 13 al. 2 CDB de 1982) et le secrétariat n'est plus auprès de la Banque nationale (cf. art. 13 al. 1 CDB). En outre, le siège de la Commission arbitrale a été déplacé à Berne. Si le chargé d'enquête désigné en commun par la Banque nationale et l'Association suisse des banquiers a connaissance d'une violation possible de la CDB, il prend les mesures d'instruction nécessaires. Dès qu'il considère son instruction comme terminée, il en informe la banque en cause. En même temps, il propose à la Commission arbitrale d'ouvrir la procédure prévue à l'article 13 CDB et de prononcer une peine conventionnelle d'un certain montant (mémoire de demande) ou de suspendre l'enquête. Si la Commission arbitrale ne constate aucune violation, elle suspend la procédure. Elle peut procéder de la même façon lorsqu'il n'y a qu'une violation légère de la convention (de minimis non curat praetor). Si une violation de la convention n'est pas d'emblée exclue, la Commission arbitrale décide l'ouverture de la procédure et désigne les arbitres. La Commission arbitrale a pouvoir de décision lorsqu'elle est composée des personnes suivantes qui ont accepté le mandat d'arbitre:

- a) du président (un juge fédéral) ou son suppléant
- b) de deux membres de la Commission arbitrale en qualité de représentants de la Banque nationale suisse (membres de la Direction générale ou leurs suppléants)
- c) de deux membres de la Commission arbitrale en qualité de représentants de l'Association suisse des banquiers (membres du Conseil d'administration ou de la Direction)

ainsi que du secrétaire de la Commission arbitrale.

La demande est notifiée avec la décision d'ouverture de la procédure à la partie défenderesse. Celle-ci produit ensuite sa réponse. Il intervient en général un simple échange de mémoires. La Commission arbitrale peut cependant, d'office ou sur proposition d'une partie, faire recueillir d'autres preuves par une délégation. Enfin, la Commission arbitrale rend son jugement dans le cadre des conclusions prises par les parties, après délibération à huis-clos et sous la garantie du secret. Le jugement est communiqué aux parties et au secrétariat de la Commission fédérale des banques. Il peut être attaqué par un pourvoi en nullité devant la Cour d'appel du canton de Berne.

4. Qualité pour agir et pour défendre

L'article 13 al. 2 CDB autorise le chargé d'enquête à entreprendre des recherches préliminaires, à éclaircir des motifs de soupçons et à en communiquer les résultats à la Commission arbitrale, le cas échéant avec la proposition d'ouvrir une procédure arbitrale et de prononcer une peine conventionnelle. En revanche, la Commission arbitrale ne peut pas ouvrir d'elle-même une procédure, mais elle statue sur la base et dans le cadre des propositions du chargé d'enquête. Celui-ci est dès lors demandeur (cf. aussi RSJ 1959 p. 344 ss.). La défenderesse est la banque à laquelle est reprochée une violation de la convention dans le mémoire de demande.

5. Validité de la clause compromissoire

Selon l'article 13 al.1 CDB, il existe une commission arbitrale, dont le siège est à Berne, qui est chargée d'établir et de réprimer les violations des dispositions de la convention. Plusieurs banques signataires de la convention de 1977 et de celle de 1982, ont contesté, comme défenderesses dans une procédure, la validité de cette clause compromissoire. La Commission arbitrale a toujours rejeté les exceptions d'incompétence. Sous l'empire du nouveau droit, aucune de ses décisions n'a jusqu'à présent été attaquée. En résumé, elle les motive toujours comme suit:

Selon la doctrine et la jurisprudence, seul un tribunal ou un tribunal arbitral compétent peut juger un litige. La compétence fait partie des conditions de recevabilité et doit être examinée d'office. Si la validité ou le contenu et la portée de la clause compromissoire sont contestés devant le tribunal arbitral, celui-ci statue sur sa propre compétence par décision interlocutoire ou définitive.

Aucune banque défenderesse n'a jamais contesté avoir signé la déclaration d'adhésion CDB ni avoir en particulier déclaré:

"La banque soussignée reconnaît en particulier aussi l'article 13 de la présente convention qui institue une Commission arbitrale, et se soumet aux décisions de la commission."

On n'a non plus jamais posé la question de savoir si la Commission avait été composée conformément aux dispositions de la convention et si la procédure avait été menée conformément à la convention. A plusieurs reprises, il s'est même agi, parmi les défenderesses, de banques qui avaient collaboré activement à l'élaboration des conventions de 1977 et de 1982, et qui n'avaient jamais invoqué un vice du consentement. Elles n'ont pas davantage résilié la convention bien que la possibilité de le faire ait existé. Dans ces conditions, l'exception d'incompétence est apparue comme déloyale à la Commission arbitrale et - au cas où l'exception aurait été fondée - comme un abus de droit manifeste ne méritant aucune protection. Par ailleurs, la Commission arbitrale a considéré ce grief comme infondé. La CDB fixe avec force obligatoire les règles d'une pratique bancaire conforme aux bonnes moeurs et réprime leurs violations par des peines conventionnelles (voir ch. 3 du Commentaire). La Commission arbitrale est dès lors dans un certain sens un tribunal professionnel qui statue en dernière instance sur les violations des devoirs professionnels. Le Tribunal fédéral déclare dans l'ATF 85 II 501, que chacun peut en principe renoncer à son juge naturel. Une telle renonciation ne peut cependant pas être exécutée, lorsqu'elle a été réalisée sous la menace d'un boycott, et, en outre, lorsque le but recherché ou les moyens utilisés sont contraires au droit ou aux moeurs. En outre, une telle mesure de coercition doit être couverte par un intérêt prépondérant par rapport à l'intérêt pour le juge naturel. De l'avis du Tribunal fédéral, une exclusion du juge naturel n'est dès lors jamais admissible lorsque l'impartialité du tribunal arbitral est douteuse, par exemple parce qu'il n'est pas composé de manière paritaire. En l'espèce, l'adhésion des banques à la CDB a eu lieu sans menace de boycott. Bien plus, il était parfaitement possible de ne pas ou de ne plus adhérer à la nouvelle convention ou de dénoncer celle-ci à l'expiration de la durée du contrat (Art. 15 al. 3 CDB de 1977; art. 14 al. 3 CDB de 1982). En outre l'objectif qui est visé par la Commission arbitrale ne peut être qualifié de contraire au droit, ni de contraire aux moeurs. La convention veut garantir que les banques s'assurent de manière consciencieuse de l'identité de leurs clients et empêcher que des actes inadmissibles puissent être rendus possibles ou être facilités par une utilisation abusive du secret bancaire (cf. art. 1 et 2 CDB). Le Conseil fédéral

lui-même a déclaré dans son message concernant l'initiative "contre l'abus du secret bancaire et la puissance des banques" du 18 août 1982 qu'il était désirable que les banques s'imposent elles-mêmes un contrôle et une retenue accrue précisément en ce qui concerne l'acceptation de fonds en provenance de pays en voie de développement. Un pas important dans ce sens a été fait avec la conclusion de la CDB (FF 1281 II p. 1258 ss.). Enfin, on ne peut pas dire non plus que la Commission arbitrale a été désignée de manière unilatérale, car elle se compose d'un juge fédéral en qualité de président, de deux représentants de l'Association suisse des banquiers, de deux représentants de la Banque nationale ainsi que d'un secrétaire qui n'appartient à aucune des parties. Les arbitres doivent naturellement conserver leur indépendance et leur impartialité dans chaque cas particulier et se récuser lorsqu'il existe des faits de nature à lui donner l'apparence de prévention en faveur d'une partie. En pratique, cela arrive lorsqu'un représentant de l'Association suisse des banquiers dans la Commission arbitrale a des relations avec une banque qui est impliquée dans une procédure.

B. De quelques dispositions matérielles

On trouvera dans les pages suivantes le résumé de quelques décisions qui ont été rendues par la Commission arbitrale entre le 1^{er} octobre 1980 et fin décembre 1983 sur des questions de fond. Dans ces cas, il s'est agi de juger exclusivement des faits qui se sont produits avant le 1^{er} octobre 1982, en sorte que la CDB de 1977 était applicable.

I. Art. 5 : Secret professionnels

Etat de fait (résumé)

Le vice-président du conseil d'administration de la banque A est en même temps organe avec signature individuelle de plusieurs sociétés de domicile qui ont ouvert des comptes auprès de la banque A. Il a refusé de donner aux organes de révision des indications sur les véritables ayants droit économiques de certains comptes en se retranchant derrière le secret professionnel au sens de l'article 5 CDB et en alléguant qu'il était seulement tenu de produire une déclaration écrite selon laquelle l'ayant droit lui était connu et qu'il n'y avait pas d'opérations défendues au sens de la convention.

Sentence

La Commission arbitrale a condamné la banque A à une amende conventionnelle de fr. 2'000.-- dont le versement a été attribué au Comité international de la Croix Rouge.

Extrait des motifs (résumé)

1. Il n'est pas contesté que les renseignements exigés des sociétés de domicile aux articles 3 et 7 CDB n'ont pas été fournis. Cela n'est admissible que lorsque les conditions définies à l'article 5 CDB sont remplies. Si le client de la banque agit par l'intermédiaire d'une personne qui est soumise à un secret professionnel protégé par la loi, ou par un fiduciaire¹, la banque doit seulement exiger de cette personne une déclaration écrite selon laquelle l'ayant droit lui est connu et qu'il n'existe pas d'opérations défendues au sens de la convention. En Suisse, les avocats et les notaires, notamment, sont soumis à un secret professionnel protégé par la loi (Ch. 33 du Commentaire commun du 9 décembre 1977). Sont assimilés à ceux-ci les fiduciaires et les gérants de fortunes qui exercent cette

¹La CDB de 1982 limite le privilège aux membres d'un groupement affilié à la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables (art. 6)

activité à titre professionnel (ch. 34 du Commentaire commun). Comme l'a déclaré la Commission arbitrale dans une précédente décision, la personne tenue au secret professionnel peut se prévaloir du privilège, indépendamment du fait qu'elle agit comme mandataire ou comme organe d'une personne morale ou d'une société. Cette règle établie par la jurisprudence a été reprise au chiffre 46 al. 1 des dispositions d'exécution du 1^{er} juillet 1982.

2. En l'espèce, le vice-président du conseil d'administration de la banque A a cependant ouvert lui-même les comptes pour les sociétés de domicile dont il est l'administrateur et gère ces comptes au sein de la banque. Il n'a dès lors pas seulement exercé la fonction d'un administrateur, mais il s'est aussi chargé de tâches d'exécution. La question se pose dès lors de savoir si celui qui agit au sein d'une banque en qualité d'employé ou de membre d'un organe dirigeant, peut aussi se prévaloir du secret professionnel. Tel n'est pas le cas. Selon l'article 3 CDB, les banques sont tenues de s'assurer par leurs employés et leurs organes, avec le soin approprié aux circonstances, de l'identité du véritable ayant droit. En outre, la banque doit assurer que les contrôles internes et l'organe de révision prévu par la loi sur les banques, puissent contrôler si cette identification a bien été faite (ch. 27 du Commentaire commun). Le personnel de la banque ne peut pas se soustraire à ces devoirs en déclarant qu'il connaît les clients et les véritables ayants droit. Dans le cas contraire, l'examen de l'identité de l'ayant droit ne pourrait plus être contrôlé si l'employé de la banque qui se prévaut du secret professionnel quitte la banque. Cela signifie que la même personne ne peut représenter à la fois le client et la banque. Effectivement, la double représentation est exclue en droit suisse. Lorsque le détenteur du secret professionnel est employé ou membre d'un organe dirigeant d'une banque, il ne peut se prévaloir, à l'égard de cette banque, du privilège de l'article 5 CDB. Ce principe a été admis au chiffre 46 al. 2 des dispositions d'exécution du 1^{er} juillet 1982.

Remarque: Dans un autre cas, de nombreux comptes de clients ont été transférés au nom de trois sociétés fiduciaires formellement indépendantes de la banque, et dont les personnes autorisées à signer étaient en même temps collaboratrices de la banque. La banque n'a procédé à aucun examen d'identité pour tous ces comptes, mais s'est bornée à la déclaration prévue à l'article 6 CDB. Pour les mêmes motifs, la Commission arbitrale a condamné cette banque à une amende de fr. 30'000.--.

II. Art. 6 CDB: Doute sur l'identité de l'ayant droit économique

Etat de fait (résumé)

Un ancien administrateur de la banque B informa par téléphone l'administrateur actuel de la visite d'un nouveau client X, désireux d'ouvrir un compte destiné à recevoir des montants importants qui devraient par la suite être répartis sur différents comptes ouverts en Suisse. Quelques jours plus tard, X, de nationalité étrangère, s'est présenté accompagné de Y, de nationalité étrangère, tous deux inconnus de la banque. Ce dernier déclara vouloir ouvrir un compte. En même temps, il informa la banque que deux versements, l'un de 22 millions de dollars et l'autre de 8 millions de dollars seraient effectués prochainement; il devait donner à la banque des instructions relatives à l'affectation de ces fonds. A l'occasion de cette visite, X présenta une carte de visite indiquant qu'il était président d'honneur d'une société étrangère inconnue. De son côté, Y présenta son passeport ainsi qu'une carte de visite le désignant en qualité de directeur d'une firme étrangère inconnue et indiquant son adresse professionnelle ainsi que le numéro de téléphone de son bureau. Par la suite, le compte a été ouvert. Toutefois, la banque omit de faire signer une déclaration écrite selon l'article 6 CDB. Le lendemain, la banque B reçut une lettre signée de Y, lui donnant l'ordre de virer le montant total de 30 millions de dollars sur trois comptes différents dans des banques suisses. La banque B exécuta ces ordres de virement. Par la suite, Y déclara qu'il n'avait jamais donné de telles instructions. La banque s'est vue obligée de porter plainte pénale pour escroquerie.

Sentence

La Commission arbitrale a condamné la banque B à une peine conventionnelle de fr. 25'000.-- dont le versement a été attribué au Comité international de la Croix Rouge.

Extrait des motifs (résumé)

1. Selon l'article 3 CDB, les banques s'engagent à n'ouvrir des comptes que lorsqu'elles ont vérifié, avec le soin approprié aux circonstances, l'identité du véritable ayant droit des fonds à bonifier ou à placer. Selon l'article 6 CDB, les banques exigent, en cas de doute lors de l'ouverture d'un compte, une déclaration écrite par laquelle le client confirme qu'il agit pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers et, le cas échéant, nomme celui pour lequel il agit. Il s'agit en premier lieu de constater le nom, le prénom, la nationalité et l'adresse, c'est-à-dire l'identité de la personne qui désire ouvrir un compte à son nom. En l'es-

pèce, la direction de la banque B n'a pas établi l'identité de Y avec le soin exigé en raison du montant élevé des versement opérés. En particulier, elle a omis de constater l'adresse privée de Y et s'est contentée de son adresse professionnelle qui était mentionnée sur sa carte de visite. Le domicile du titulaire du compte constitue pourtant un élément important de son identité.

2. La banque B a, en outre, omis d'exiger de Y une déclaration écrite confirmant qu'il agissait pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers, et le cas échéant, de nommer celui pour qui il agissait. La banque fait valoir qu'il ne s'est pas agi d'un cas douteux qui aurait rendu la déclaration en question nécessaire. Or, tel n'est pas le cas. En général il y a doute sur l'identité de l'ayant droit économique lorsque l'ouverture d'un compte est demandée par une personne domiciliée à l'étranger qui n'est pas introduite auprès de la banque, alors que l'entretien avec le client au moment de l'ouverture du compte permet de faire des constatations insolites (ch. 43 lit. e du Commentaire du 9 décembre 1977). En l'espèce, le directeur aurait dû se rendre compte du caractère insolite de l'affaire. Il n'est en effet pas usuel qu'un simple particulier, se disant directeur d'une société étrangère inconnue, puisse personnellement disposer d'un montant de 30 millions de dollars et vienne demander l'ouverture d'un compte personnel dans une petite banque qu'il ne connaît pas, à l'étranger, pour répartir, ainsi qu'il l'a annoncé, ces montants considérables de ce nouveau compte sur différents comptes en Suisse. Ces circonstances inhabituelles auraient dû éveiller chez tout employé de banque des doutes sérieux sur l'identité de l'ayant droit économique. La banque était dès lors tenue d'exiger de Y la déclaration écrite confirmant qu'il est lui-même l'ayant droit économique et qu'il dispose de ces fonds considérables.
3. Pour fixer la peine conventionnelle il y a lieu de tenir compte de la gravité de la violation de la convention, du degré de culpabilité et de la situation financière de la banque fautive. En revanche, le fait pour la banque d'avoir subi un dommage à cause de la violation de la convention ou en relation avec cette violation, n'est pas une raison suffisante pour renoncer à une sanction. Les infractions à l'obligation de vérifier l'identité de l'ayant droit sont des violations de la convention de nature plutôt formelle, qui peuvent cependant avoir des conséquences particulièrement dommageables pour le bon renom des banques suisses. Pour apprécier la culpabilité, le fait que la faute n'a pas été commise par un employé subalterne de la banque, mais par un de ses directeurs, revêt aussi de l'importance.

III. Art. 3 et 6 CDB: Contrôle insuffisant de l'identité

Art. 8 CDB: Assistance active en matière de fuite des capitaux

Art. 11 CDB: Omission du contrôle des comptes et dépôts existants

Etat de fait (résumé)

En décembre 1981, la direction de la banque C eut connaissance d'irrégularités commises par X un de ses membres. La banque chargea par la suite une société fiduciaire de vérifier les comptes gérés jusqu'alors par X. Le contrôle effectué par sondages révéla qu'aucun dossier n'avait été constitué à l'occasion de l'ouverture des comptes et que l'identité des clients n'avait pas été établie par écrit. Par la suite, X fut contraint par la direction de quitter la société. La société fiduciaire vérifia aussi les autres comptes par sondages et constata également certaines irrégularités, en ce sens que la vérification de l'identité faisait défaut dans les dossiers de six comptes existants supérieurs à un million de francs et dans douze nouveaux comptes. La société fiduciaire constata en outre que des opérations de compensation avaient été effectuées de la manière suivante. Lors de sa visite dans un pays dont la législation limite les placements de fonds à l'étranger, X prenait contact avec un homme de confiance Y qui y montait des opérations de compensation. Par la suite X collabora à l'exécution des opérations de compensation et mettait les comptes à jour à son retour en Suisse. L'administration des preuves n'établit aucun élément permettant d'admettre que d'autres employés ou membres de la direction de la banque C avaient pris une part active à ces opérations de compensation.

Sentence

La Commission arbitrale a condamné la banque C à une amende conventionnelle de fr. 60'000.-- dont le versement a été attribué au Comité international de la Croix Rouge.

Extrait de motifs (résumé)

1. Il n'est pas contesté que X a violé de manière réitérée et systématiquement les articles 3, 6 et 11. Le fait que la banque C ait provoqué elle-même l'enquête contre X et sa sortie de la firme ne change rien aux violations continues de la CDB par la banque C qui doit répondre du comportement de ses collaborateurs. Les circonstances doivent toutefois être prises en considération sous l'angle de la culpabilité et de la mesure de la peine.

2. L'administration des preuves a en outre établi que la banque ne disposait pas d'un dossier suffisant renseignant sur l'identité de l'ayant droit, en ce qui concerne quelques comptes gérés par d'autres collaborateurs. A ce sujet, la banque fait valoir que l'identité des clients en question est bien connue de ses différents collaborateurs. Il n'y a pas lieu de douter de ces déclarations. Cependant la banque doit prendre des dispositions garantissant que le contrôle interne et l'organe de révision prévu par la loi sur les banques puissent contrôler en tout temps les mesures prises pour les identifications prescrites (art. 27 du Commentaire). Dès lors, la banque doit non seulement établir l'identité des clients, ainsi que les moyens par lesquels l'identité a été examinée, mais aussi les conserver de manière appropriée. Les documents demandés, le cas échéant, aux personnes morales doivent être conservés (ch. 28 du Commentaire). Cela est applicable lors de l'examen des comptes existants conformément à l'article 11 CDB.

3. La Commission arbitrale a déjà constaté à plusieurs reprises que les articles 2 lit. c et 8 CDB déclarent contraire à la Convention l'assistance en matière de fuite de capitaux lorsque trois conditions sont remplies. La banque doit prêter une assistance active, la législation du pays dans lequel le bénéficiaire de cette assistance est domicilié doit restreindre le placement de fonds à l'étranger, et enfin il doit y avoir un transfert de capitaux en provenance de ce pays. La Commission arbitrale a qualifié à plusieurs reprises comme étant contraires à la Convention l'organisation et l'exécution d'opérations dites de compensation. Au cas particulier, il n'a pas été possible de déterminer le montant total des fonds transférés: on peut estimer qu'il se situe à 10 à 20 millions de francs pour la période s'étendant du 1^{er} juillet 1977 (entrée en vigueur de la CDB) jusqu'à la clôture de l'enquête. Cependant, pour la Commission arbitrale, le montant exact des opérations de compensation n'est pas d'une importance déterminante. Ce qui est bien plus décisif c'est qu'un responsable de la banque ait organisé et effectué régulièrement des opérations de compensation. L'audition de X établit que celui-ci était tout à fait conscient de l'incompatibilité de son activité avec la Convention.

Remarque: Dans un autre cas, la Commission arbitrale avait aussi à juger des violations réitérées et continues de l'article 8 CDB à raison d'opérations de compensation. La banque a été condamnée à une amende de fr. 500'000.--. D'autres amendes conventionnelles pour une seule violation de l'article 8 CDB ont été fixées à fr. 50'000.-- et fr. 40'000.--.

IV. Art. 3 et 11 CDB: Importance du Commentaire, contrôle des comptes existants

Art. 4 CDB: Vérification quant à l'origine des fonds

Art. 7 CDB: Notion de sociétés de domicile

Art. 12 CDB: Cessation des relations

Etat de fait (résumé)

X et Y avaient incité de manière frauduleuse un grand nombre d'investisseurs à souscrire d'importantes participations à des sociétés spécialisées dans les opérations d'amortissement. L'objet des affaires comportant des opérations d'amortissement devait être ensuite la location (resp. le leasing) de marchandises au Proche-Orient. En réalité toutefois, des contrats fictifs étaient présentés et un important trafic de paiements était organisé avec des pièces falsifiées. Cette affaire fictive occasionna un dommage important. Comme le trafic de paiements passait pour une part essentielle par la banque D, cette banque a fait l'objet d'un contrôle sous l'angle de la violation de la CDB.

Sentence

La Commission arbitrale a condamné la banque D à une amende conventionnelle de fr. 120'000.-- dont le versement a été attribué au Comité international de la Croix Rouge.

Extrait des motifs (résumé)

1. Selon l'article 4 CDB, les banques s'engagent à n'effectuer aucune opération lorsqu'elles savent ou lorsqu'elles devraient savoir, en exerçant la diligence appropriée aux circonstances, que les fonds leur sont confiés dans un but contraire à la convention. La banque ne doit donc effectuer aucune opération avec des fonds dont elle sait ou devrait savoir, sur la base d'indices concrets, qu'ils ont été acquis par des actes qui, selon le droit suisse, sont punissables ou donneraient lieu à une extradition (chiffre 30 du Commentaire). Il n'est pas contesté que les agissements de X et de Y, en relation avec les affaires en question, sont punissables. Seule se pose la question de savoir si les collaborateurs de la banque D étaient au courant de ces actes ou s'ils auraient dû savoir sur la base d'indices concrets que les opérations traitées avaient un arrière-plan criminel. A cet effet, la Commission arbitrale demanda à la banque de produire les rapports d'enquêtes internes et chargea l'organe de révision prévu par la loi

fédérale sur les banques d'autres enquêtes étendues. Les documents obtenus n'ont pas corroboré le soupçon selon lequel des collaborateurs de la banque D auraient dû observer des éléments qui auraient indiqué un arrière-plan criminel des affaires. La Commission arbitrale parvint dès lors à la conclusion que le reproche principal de violation de l'article 4 CDB élevé contre la banque sous ce rapport ne pouvait pas être maintenu.

2. L'épouse de X qui était connue de la banque depuis des années et qui y avait un compte déjà avant 1977, ouvrit un autre compte après le 1^{er} juillet 1977 (entrée en vigueur de la CDB). Le dossier de ce compte constate certes correctement l'identité de l'ayant droit mais non le moyen par lequel cette identité a été vérifiée.

a) Selon l'article 3 CDB, les banques s'engagent à n'ouvrir des comptes que lorsqu'elles ont vérifié avec le soin approprié aux circonstances, l'identité véritable de l'ayant droit. Selon le chiffre 27 du Commentaire, la banque doit prendre des dispositions garantissant que le contrôle interne et l'organe de révision prévu par la loi sur les banques puissent contrôler que les identifications prescrites ont été faites. Il y a lieu de conserver de manière appropriée, selon le chiffre 28 du Commentaire, le nom, le prénom, le lieu et le pays de résidence du contractant, ainsi que les moyens utilisés pour établir son identité. Les documents demandés le cas échéant, aux personnes morales, doivent être conservés.

b) Ainsi que la Commission arbitrale l'a décidé selon une jurisprudence constante, le Commentaire commun ne constitue sans doute pas des prescriptions impératives indépendantes des dispositions de la CDB auxquelles elles se rapportent; le Commentaire fixe cependant le contenu des obligations de diligence convenues; il lie aussi bien les banques que la Commission arbitrale, en tant qu'elles se tiennent dans le cadre de la convention. Si, toutefois, une banque critique le contenu d'une disposition du Commentaire en alléguant qu'elle ne repose plus sur la Convention selon les règles d'interprétation reconnues, ce reproche doit être examiné.

La banque D fait valoir que le chiffre 28 du Commentaire ne repose plus clairement sur l'article 3 CDB en tant qu'il fonde l'obligation de conserver les moyens utilisés pour contrôler l'identité du contractant. Ce reproche n'est pas fondé. Certes, on peut concéder à la Banque D que l'article 3 contient seulement l'ob-

ligation de vérifier l'identité de l'ayant droit. La banque est cependant responsable de l'observation de cette obligation et elle est tenue de le démontrer devant l'organe de révision ou la Commission arbitrale. Autrement, l'institution d'une Commission arbitrale chargée de vérifier par la suite l'observation de cette obligation n'aurait aucun sens. On doit dès lors exiger de la banque qu'elle conserve les moyens utilisés pour l'identification de ses clients.

c) En revanche, la procédure pour violation de l'article 3 CDB doit être suspendue pour une autre raison. L'épouse de X possédait un compte auprès de la banque D déjà avant 1977, et elle lui était connue depuis des années. Or, le contrôle de l'identité selon l'article 3 CDB n'est nécessaire que lors de l'ouverture d'un compte pour de nouveaux clients. En revanche, il n'est pas nécessaire et ne peut être exigé de la banque lors de l'ouverture de comptes pour des clients qui en possédaient déjà un avant le 1^{er} juillet 1977 et sont connus de la banque. Cela ressort de l'article 11 CDB qui prescrit lors du contrôle des comptes existants supérieurs à un certain montant, seulement la procédure prévue aux articles 6 et 7, non pas un contrôle d'identité selon l'article 3 CDB. Il doit en aller de même de l'ouverture de nouveaux comptes, au sujet desquels cependant la vérification prescrite aux articles 6 et 7 CDB ne dépend pas de l'importance du montant versé. En conséquence, lors de l'ouverture d'un compte pour un client existant et connu, il n'y a lieu d'exiger une déclaration écrite que s'il apparaît douteux qu'il agisse pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers. Un contrôle d'identité n'est indispensable que pour les sociétés de domicile (art. 7 CDB). Comme l'épouse de X disposait déjà d'un compte auprès de la banque D avant le 1^{er} juillet 1977 et qu'elle était connue de celle-ci, il était possible de renoncer à une identification selon l'article 3 CDB à l'occasion de l'ouverture d'un nouveau compte. Au surplus, on n'était pas en présence d'un cas douteux au sens de l'article 6 CDB, en sorte que la déclaration écrite prévue dans cette disposition n'avait pas non plus à être exigée.

3. En relation avec le contrôle de l'activité commerciale de X et Y, on a aussi examiné le compte de la firme étrangère Z dont l'état était en partie au-dessus et en partie au-dessous d'un million de francs durant l'année 1977. La question se pose de savoir s'il s'agissait d'un compte existant au sens de l'article 11 CDB, pour lequel la procédure prévue aux articles 6 et 7 devait être appliquée.

a) Selon l'article 11 CDB la procédure prévue aux articles 6 et 7 doit être appliquée pour les clients ayant des comptes ou des dépôts supérieurs à un mil-

lion de francs, qui faisaient déjà partie de la clientèle de la banque avant l'entrée en vigueur de la convention. L'article 15 CDB dispose que la convention entre en vigueur le 1^{er} juillet 1977. La date déterminante pour fixer l'état du compte est dès lors le 1^{er} juillet 1977. Toutefois le chiffre 62 du Commentaire permet le contrôle des comptes ou dépôts existants sur la base de l'état existant au 31 décembre 1976 ou au 31 décembre 1977. Cela ne signifie toutefois pas que la banque puisse utiliser ces trois dates et qu'elle puisse prendre chaque fois l'état le plus bas du compte comme base du contrôle. Elle doit plutôt se décider pour une date qui sera valable pour tous les comptes. La banque D s'est décidée pour la date du 1^{er} juillet 1977: comme à cette date le compte présentait un solde d'un peu plus de 1,5 millions de francs, un contrôle selon les articles 6 et 7 s'avérait nécessaire.

b) Tandis que l'article 6 CDB règle la procédure à suivre lors de l'ouverture d'un compte ou d'un dépôt en général et exige une déclaration écrite du client seulement lorsqu'il est douteux que la partie contractante agisse pour son propre compte, l'article 7 CDB règle le cas spécial des sociétés de domicile, pour lesquelles les attestations et déclarations nécessaires doivent toujours être exigées. Cela signifie que la Convention elle-même tient toujours les sociétés de domicile pour des cas douteux. La banque D conteste que la firme Z soit une société de domicile parce que celle-ci est effectivement inscrite au registre du commerce de l'Etat de siège et qu'elle y possède des locaux d'affaires. Selon l'article 7 al. 1 dernière phrase CDB, sont réputées sociétés de domicile au sens de la convention toutes les entreprises qui ne font pas du commerce en Suisse et n'y ont pas une fabrique ou n'y exercent pas quelque autre industrie en la forme commerciale. Il est exact que cette notion de société de domicile est conçue de manière très large, et ne correspond pas aux conditions effectives lorsque l'activité commerciale est exercée à l'étranger. Dans ce cas, l'article 7 al. 2 CDB a aussi prévu un certain assouplissement. Cette définition large de la société de domicile s'est avérée nécessaire parce qu'il ne serait souvent guère possible de contrôler si une société possède une entreprise ou une fabrique quelque part dans le monde.

c) Dans ces conditions, la banque D aurait dû pour le moins, selon l'article 7 al. 1 lit. a CDB, exiger un extrait du registre du commerce ou une attestation de même valeur. Par attestation de même valeur, il faut entendre un document officiel. Une confirmation d'une autre banque selon laquelle la firme Z est enregistrée à la Chambre du commerce du siège de la société ne suffit dès lors pas.

4. La banque D n'a pas rompu ses relations d'affaires avec X et Y. Elle allègue à ce sujet que la rupture de ces relations pourrait occasionner, selon les circonstances, des suites préjudiciables pour les autorités d'instruction et les lésés, parce que la saisie, respectivement le séquestre des valeurs existantes, auraient été rendus plus difficile, même impossible. Une telle rupture ne serait pas dans l'intérêt général et pourrait donner lieu à de nouveaux reproches contre la banque.

a) Aux termes de l'article 12 CDB, les banques s'engagent à rompre leurs relations avec un client lorsque les opérations effectuées laissent soupçonner que les indications sur le véritable ayant droit ne sont pas exactes ou que le client effectue, par l'intermédiaire de la banque, des actes contraires à la présente convention. Il n'est pas contesté qu'un soupçon au sens de l'article 12 CDB s'imposait au plus tard lorsque la banque a eu connaissance d'une ordonnance de l'autorité pénale. En présence de cette situation, la banque D devait cesser ses relations avec X et Y, dès qu'elle pouvait le faire sans violer son contrat avec ses clients. Or elle ne l'a pas fait. Elle a dès lors violé l'article 12 CDB.

b) Il peut y avoir des cas exceptionnels dans lesquels la question peut sérieusement se poser pour la banque en cause de savoir si elle doit attendre pendant un certain temps dans l'intérêt des lésés et des autorités pénales avant de rompre ses relations d'affaires, et prendre le risque d'une violation de l'article 12 CDB. Des conflits de devoirs aussi sérieux pourraient être pris en considération de manière appropriée par la Commission arbitrale dans le cadre de l'appréciation de la culpabilité. Il serait même concevable que la Commission arbitrale puisse renoncer à toute amende lorsque la banque n'a pas rompu ses relations malgré l'existence des éléments constitutifs de l'article 12 CDB, mais a bloqué les comptes dans l'intérêt des lésés ou des autorités pénales. En l'espèce, tel n'est cependant pas le cas. D'une part le maintien des relations ne pouvait pas empêcher que la plus grande partie des fonds soient retirés et d'autre part la banque n'a pas rompu ses relations même après l'intervention des autorités d'instruction.

5. Selon l'article 14 al. 2 CDB, il y a lieu de tenir dûment compte, pour fixer l'amende conventionnelle, de la gravité de la violation du contrat, du degré de culpabilité et de la situation financière de la banque. L'infraction prévue

à l'article 11 CDB n'apparaît pas grave tant au point de vue subjectif qu'objectif. Il en va autrement de la violation de l'article 12 CDB. Dès que le soupçon d'actes criminels de la part de X et Y s'est renforcé et que furent aussi connues l'importance du butin et l'étendue du dommage, la banque D aurait immédiatement dû agir clairement en rompant ses relations conformément à l'article 12 CDB. Par son attitude, elle a gravement contrevenu à un des objectifs essentiels de la convention, à savoir le bon renom de la place financière Suisse. Ainsi, elle a donné la fausse impression qu'elle était complice. Face à ce reproche, l'argument de la banque selon lequel elle a dû tenir compte des intérêts des lésés et des organes d'instruction, n'a que peu de poids. Effectivement, la banque ne démontre pas comment elle a concrètement tenu compte des intérêts de tiers par le maintien de ses relations. Cela était pourtant nécessaire pour apprécier de manière positive cette circonstance dans le cadre de la culpabilité.

V. Art. 4 CDB: Vérifications quant à l'origine des fonds

Art. 8 CDB: Assistance active à la fuite des capitaux

Etat de fait (résumé)

En juin 1980, des communiqués de presse ont paru, selon lesquels X aurait commis des escroqueries au moyen de chèques au préjudice de différentes banques. Comme la banque E a été lésée en premier lieu, il s'imposait de procéder à un contrôle de cette banque sous l'angle d'une violation de la CDB. L'administration des preuves révéla que les chèques tirés sur la banque E n'étaient, en partie, pas couverts. Cela s'est produit du fait que la banque tolérait que le client X tire des chèques en nombre très important et les présente à d'autres banques, tout en cherchant au moyen de soi-disant "renseignements préalables" téléphoniques, à se faire une idée des chèques qui allaient lui être présentés, de manière à amener X à fournir la couverture suffisante pour le jour de l'échéance, mais dès le milieu de 1980, elle n'a plus réussi à obtenir cette couverture. Il y a lieu d'admettre que les francs suisses versés par X au guichet sur son compte provenaient d'opérations de change sur la lire, que X effectuait quelque part à titre privé, qu'il exploitait par conséquent un bureau de change et qu'il avait des relations correspondantes en Italie. En outre, on apprit que X participait à la contrebande de cigarettes vers l'Italie et qu'il était impliqué dans un procès dirigé contre lui et d'autres prévenus pour violation de la législation italienne sur les devises. X travaillait apparemment étroitement avec la firme Y S.A. qui s'occupait en grand de contrebande de devises.

Sentence

La Commission arbitrale CDB a suspendu les recherches préliminaires contre la banque X et a renoncé à l'ouverture d'une procédure selon l'article 14 CDB. Elle s'est fondée à ce sujet sur un rapport d'enquête du secrétaire de la Commission arbitrale.

Extrait du rapport d'enquête (résumé)

- 1.a) Selon l'article 4 CDB en relation avec le chiffre 30 du Commentaire commun une banque n'a pas le droit d'effectuer des opérations avec des fonds dont elle sait ou devrait savoir sur la base d'indices concrets qu'ils ont été acquis par des actes qui selon le droit suisse sont punissables ou donneraient lieu à une extradition. Ces indices concrets doivent apparaître "en exerçant la diligence appropriée aux circonstances". L'interdiction ne s'applique pas seulement à l'ouverture d'un compte ou d'un dépôt; elle porte sur toutes les opérations bancaires et

doit être également observée notamment pour les opérations au comptant effectuées au guichet (chiffre 31 du Commentaire).

b) Dans les milieux financiers tessinois, il est connu que la firme Y S.A. s'occupe à titre professionnel de transferts illégaux de capitaux en provenance d'Italie. En raison du fait également notoire que des fonds d'origine criminelle continuent d'affluer en Suisse par ces canaux, la Commission arbitrale s'est vue placée une fois déjà devant la question de savoir si une banque qui s'engage dans des relations d'affaires avec une telle "société d'évasion de capitaux", ne viole pas déjà par là-même l'article 4 CDB. Elle l'a nié une fois déjà parce que de telles opérations de devises ne sont pas punissables selon le droit suisse.

c) En l'espèce, il faut partir du fait que la banque E n'a géré des comptes que pour X personnellement et non pour la firme Y S.A. Toutefois, la direction de la banque savait que X entretenait des relations avec une société financière douteuse ou qu'il était même actif lui-même dans le trafic des capitaux en provenance d'Italie.

d) Le jugement italien en question ne fournit cependant aucun indice que X et la firme Y S.A. auraient collaboré à titre professionnel avec des bandes italiennes commettant des enlèvements. Au contraire, l'acquittement du prévenu suisse intervint apparemment parce que précisément, on n'avait pu établir à son encontre aucune connaissance de la provenance des sommes en lires transférées en Suisse en passant par de nombreux intermédiaires lors du paiement des rançons. Selon l'ensemble du dossier, il apparaît dès lors difficile d'adresser un reproche à la banque E en l'absence d'indices concrets permettant de penser que, parmi les montants en espèces payés par X pour couvrir ses engagements de chèques, se trouvaient aussi des fonds d'origine criminelle. Il faut donc renoncer à ouvrir une procédure pour violation de l'article 4 CDB.

2. a) L'article 8 CDB défend aux banques de prêter une assistance active dans le transfert de capitaux hors des pays dont la législation prévoit des restrictions en matière de placement de fonds à l'étranger. Le chiffre 55 du Commentaire commun énumère quatre formes principales d'assistance active:

- a) l'accueil organisé de clients à l'étranger en vue d'accepter des fonds;
- b) l'engagement d'agents chargés d'organiser la fuite des capitaux;
- c) la promesse de provisions ou d'autres prestations à des personnes apportant une aide ou servant d'intermédiaires en matière de fuite des capitaux;
- d) l'indication de contacts qui organisent la fuite des capitaux ou apportent une aide à cet effet.

b) En examinant les faits à la lumière de l'article 8 CDB, il est tout d'abord significatif que la direction de la banque a eu manifestement connaissance des dessous des "opérations de change" pratiquées par X. Elle s'est néanmoins mise à sa disposition comme véritable bureau de paiement (bureau de passage) et lui a accordé d'importantes facilités de crédit sous la forme d'une "working balance" permanente. Cette attitude doit sans aucun doute être qualifiée d'infraction à "l'esprit de la Convention de diligence", et la Commission fédérale des banques en a fait - à juste titre - la reproche à la direction de la banque.

c) Plus délicate à trancher est la question de savoir si la banque a prêté une assistance active à la fuite de capitaux sous une forme explicitement défendue par la convention. On ne peut notamment tirer du volumineux dossier aucun élément selon lequel la banque aurait demandé les services de X pour sa propre clientèle étrangère. Et les virements effectués sur d'autres banques tessinoises par la banque E pour honorer les chèques tirés par X ne permettent pas de voir sur quel compte le montant a été finalement bonifié auprès des banques en question. Il semble donc que X ne voulait précisément pas procurer ses services d'assistance dans la fuite de capitaux à des clients de la banque E auprès de laquelle il avait concentré la totalité de son trafic de paiements, afin de pouvoir opérer sous le couvert du plus grand anonymat possible. Cela n'exclut naturellement pas que des employés de la banque E aient occasionnellement donné l'adresse de X à des étrangers "ayant des problèmes de transfert". L'état de fait du chiffre 55 lit. d du Commentaire ne peut pas être établi avec certitude parce qu'aucune pièce, comme l'expérience le montre, n'existe sur de telles "indications".

d) Dans ces conditions, seul reste encore à discuter si en mettant ses services comme bureau de paiement et son crédit à disposition d'un "agent de change" de la taille de X, une banque lui promet des "prestations" au sens du chiffre 55 lit. c du Commentaire. Or, cela doit être nié. Les travaux préparatoires et le contexte d'ensemble de l'article 8 CDB ne permettent guère d'interpréter le chiffre 55 lit. c autrement qu'en admettant qu'il faut :

1. des promesses de prestations dans le sens d'avantages financiers directs et
2. que ces promesses aient été faites au cours du placement des fonds transférés auprès de leur auteur.

On reste dès lors au résultat auquel la Commission arbitrale CDB est déjà parvenue dans un autre cas. La banque qui tient les comptes d'entreprises professionnelles de fuite de capitaux et leur sert de "place de passage" ne peut être rendue responsable en vertu de la Convention de diligence de 1977¹.

¹La CDB de 1982 est devenue plus sévère à ce sujet (art. 8 al. 2 lit. c).