

Rapport d'activité de la Commission de surveillance
de la Convention de diligence des banques
pour les années 1990 à 1992

A. INTRODUCTION

1. Activité durant la période sous revue et affaires pendantes

Conformément à la Convention relative à l'obligation de diligence des banques, dans ses versions du 1er juillet 1987 (CDB 1987) et du 1er juillet 1992 (CDB 1992), la Commission de surveillance informe périodiquement les banques de sa jurisprudence en respectant le secret bancaire et le secret des affaires. Le dernier rapport d'activité est paru en 1990 ¹.

Durant la période s'étendant du 1er janvier 1990 au 30 septembre 1992, soit en plus de deux ans et demi, la Commission de surveillance a tranché 28 cas. 14 de ces cas étaient semblables, concernant tous des opérations de fin d'année ².

Dans 9 des 28 cas, la Commission de surveillance a suspendu la procédure pour des raisons formelles ou a considéré que la Convention de diligence n'avait pas été violée. 7 cas parmi les 9 précités concernaient des questions liées aux opéra-

¹ Friedli, Die Sorgfaltspflichtvereinbarung vom 1. Juli 1987, Wirtschaft und Recht, Jg. 42, 1990, p. 122 ss. avec références aux rapports d'activité publiés précédemment.

² Cf. chap. B ci-dessous.

tions de fin d'année. 19 cas ont abouti au prononcé d'une amende conventionnelle.

Au 30 octobre 1992, 10 affaires étaient pendantes devant la Commission de surveillance et 14 l'étaient auprès des Chargés d'enquête.

2. Genre de cas soumis à la Commission de surveillance

La plupart des cas soumis à la Commission de surveillance durant la période sous revue sont des cas dans lesquels la banque avait rempli les formules d'ouverture de compte d'une manière incomplète ou contradictoire. Dans des cas isolés, il n'avait pas été procédé à l'examen de l'identité des personnes concernées. Souvent, les documents nécessaires pour des comptes ouverts au nom de sociétés de domicile faisaient défaut ou étaient incomplets. Un cas d'assistance active à la fuite de capitaux a également été tranché par la Commission de surveillance. Plusieurs décisions de la Commission concernent des cas dans lesquels la banque s'était vue reprochée d'avoir fourni à ses clients une aide dans des manoeuvres visant à tromper les autorités, particulièrement les autorités fiscales, au moyen d'attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière.

Enfin, la Commission de surveillance a dû une nouvelle fois se pencher sur des affaires dans lesquelles la banque avait émis des extraits de comptes ou de dépôts incomplets, à la demande d'un client ³.

3. La fixation des amendes conventionnelles

Les amendes conventionnelles prononcées à l'encontre des banques ont été du même ordre que celles prononcées

³ Cf. Friedli, op. cit., page 133, chiffre 33, lit. a.

précédemment ⁴. Dans un cas particulier concernant une banque qui avait fusionné avec une autre, la Commission de surveillance a décidé que la situation financière à considérer dans le cadre de la fixation de l'amende devait être celle de la banque qui avait violé la Convention avant la fusion et non pas celle de la banque après la fusion ⁵.

Dans un cas, la Commission de surveillance a dû mettre en oeuvre la procédure arbitrale selon l'art. 13 CDB 1987. Le Tribunal arbitral, à l'image de la Commission de surveillance, conclut que la banque avait bel et bien violé plusieurs dispositions de la CDB 1982. L'amende fixée à l'origine par la Commission de surveillance à Fr. 250'000.- a été réduite à Fr. 200'000.-. La banque s'est ensuite acquittée de l'amende conventionnelle.

Il revient à l'Association suisse des banquiers d'attribuer les montants des amendes à un but d'utilité publique choisi par elle ⁶. En l'état, l'attributaire des montants des amendes conventionnelles a toujours été le Comité International de la Croix Rouge. La Commission de surveillance a considéré qu'elle était incompétente pour donner suite au souhait manifesté par une banque de faire bénéficier une autre institution de bienfaisance du montant de l'amende conventionnelle. Elle a donc rejeté la demande de la banque. Il convient de souligner que les frais de procédure fixés par la Commission de surveillance sont loin de couvrir le coût des enquêtes et de la procédure devant la Commission de surveillance.

⁴ Cf. Friedli, op. cit. page 127 s.

⁵ En ce qui concerne la fixation de l'amende conventionnelle, cf. aussi ci-dessous chap. B2.

⁶ Cf. art. 11, al. 1, "in fine" CDB 1987 et CDB 1992.

La Commission de surveillance a tenu compte des véritables auto-dénonciations des banques dans la fixation du montant de l'amende conventionnelle et des frais de procédure ⁷.

4. La nouvelle CDB du 1er juillet 1992 et les dispositions d'exécution ⁸

En date du 1er octobre 1992, la CDB du 1er juillet 1992 (CDB 1992), est entrée en vigueur, pour une durée minimale de 5 ans, expirant le 30 septembre 1997. Dans ce contexte, la Commission de surveillance a édicté un nouveau Règlement de procédure, en remplacement de celui daté du 26 août 1987. Ce Règlement règle la procédure devant la Commission de surveillance ⁹. Il correspond matériellement pour l'essentiel au règlement précédent qui a fait ses preuves. La seule modification au niveau du champ d'application concerne les titulaires de comptes globaux ou de dépôts globaux, qui sont traités comme les banques, en vertu de l'art. 11 al. 4 et du ch. 25 CDB 1992.

A l'art. 12 al. 5 CDB 1992, la compétence de la Commission de surveillance pour statuer sur le paiement des frais a été expressément mentionnée. Lorsque la banque est condamnée à payer une amende conventionnelle, elle supporte généralement aussi les frais de procédure ¹⁰. Dans la mesure où l'enquête n'est pas apparue comme étant injustifiée d'entrée de cause, ou que la banque a provoqué des frais d'enquête par son comportement, la Commission de surveillance peut également

⁷ Cf. Friedli, op. cit., p. 128.

⁸ Chapuis, *der Banken, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, ZbJV, 128/1992, p. 148 ss.

⁹ Friedli, op. cit. p. 125 ss.

¹⁰ Article 12 al. 3 lit. d du Règlement de procédure

condamner la banque au paiement total ou partiel des frais d'enquête, même en cas de suspension de la procédure.

La procédure d'enquête, le rôle des Chargés d'enquête et la position de la banque concernée par l'instruction font l'objet d'un règlement particulier (Règlement d'enquête) qui est de la compétence de l'Association suisse des banquiers ¹¹.

La Commission de surveillance a également édicté, en date du 31 août 1992, un "Medienreglement". Celui-ci correspond matériellement à celui édicté en date du 14 mars 1989 ¹².

5. Importance et effet dissuasif de la Convention de diligence

Depuis la publication du dernier rapport d'activité, l'art. 305 ter du Code pénal suisse est entré en vigueur, en date du 1er août 1990. En vertu de cette nouvelle disposition, celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende.

En relation avec l'art. 305 bis et l'art. 305 ter du Code pénal suisse, l'art. 3 al. 2 et l'art. 23 bis al. 1 de la Loi sur les banques, ainsi que l'art. 9 al. 3 de l'Ordonnance d'exécution, la Commission fédérale des banques a émis des directives relatives à la prévention et la lutte contre le blanchiment de capitaux, entrées en vigueur le 1er mai 1992. Les Directives mentionnent expressément que les banques doivent identifier leur cocontractant et, au besoin, l'ayant

¹¹ Cf. art. 12 al. 2 CDB 1992

¹² Friedli, op. cit., p. 127

droit économique, s'ils ne sont pas identiques, en conformité avec l'art. 305 ter du Code pénal et les règles déontologiques. La Convention relative à l'obligation de diligence des banques est déterminante pour l'interprétation des dispositions pénales de l'art. 305 bis et de l'art. 305 ter du Code pénal suisse, ainsi que pour l'évaluation des garanties d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 de la Loi sur les banques. Ainsi, le fait que la Convention de diligence soit juridiquement un accord de droit privé - contrairement aux directives étatiques - ne joue qu'un rôle mineur ¹³. Les règles déontologiques ont conservé une fonction de modèle, tant sur le plan national que sur le plan international ¹⁴.

6. Dispositions transitoires de la Convention du 1er juillet 1992.

En signant la formule d'adhésion à la Convention du 1er juillet 1992 (entrée en vigueur le 1er octobre 1992) établie par l'Association suisse des banquiers, les banques reconnaissent que les dispositions de la Convention lui sont applicables. En particulier, elles acceptent le système de sanctions instauré par la Convention.

Lorsque la CDB du 1er juillet 1987 est arrivée à échéance, l'ensemble des cas n'avaient pas encore été liquidés, que ce soit au stade des Chargés d'enquête ou à celui de la Commission de surveillance. Dans leur déclaration d'adhésion, les banques déclarent accepter que soient aussi tranchées

¹³ Cf. à propos de la question de l'auto-réglementation volontaire par rapport aux directives étatiques, en particulier Zuberbühler, Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?; Pour le point de vue d'un banquier: Mark Pieth; Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?, 1992, p. 41 ss; Friedli, Die gebotene Sorgfalt nach Artikel 305 ter Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, in: Mark Pieth, Bekämpfung der Geldwäscherei: Modellfall Schweiz?, p. 128 s.

¹⁴ Zuberbühler, op. cit. p. 36 s, ainsi que p. 46 s.

selon la nouvelles procédure (art. 11, 12 et 13 de la CDB 1992):

- les violations de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques, du 1er juillet 1987, et
- les violations de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques lors de l'acceptation de fonds et à l'usage du secret bancaire, du 1er juillet 1982, pour autant que l'enquête ait été ouverte le 30 septembre 1992 au plus tard.

Grâce à cette disposition transitoire, les Chargés d'enquête et la Commission de surveillance seront en mesure d'instruire et trancher les cas pendants au 30 septembre 1992, qui ont pour objet une violation de la Convention du 1er juillet 1982 ou de celle du 1er juillet 1987.

- Les violations à la CDB du 4 juin 1977 ne sont plus poursuivies depuis l'entrée en vigueur de la CDB 1987, soit depuis le 1er octobre 1987 ¹⁵. Il convient de se référer à ce propos à la disposition transitoire figurant dans la déclaration d'adhésion des banques à la CDB du 1er juillet 1987. La nouveauté réside dans le fait que les violations à la Convention du 1er juillet 1982 ne sont plus poursuivies pour autant qu'au 30 septembre 1992, une enquête n'ait pas déjà été ouverte ou que la procédure ne soit pas pendante devant la Commission de surveillance. Au demeurant, il convient de relever que les violations de la Convention de diligence qui remontent à plus de 5 ans ne sont plus poursuivies ¹⁶.

¹⁵ Friedli, op. cit., page 128 s. A plusieurs reprises durant la période 1990-1992, la Commission de surveillance a décidé de ne pas entrer en matière au sujet d'états de fait qui étaient entièrement antérieurs au 1er juillet 1982.

¹⁶ Art. 11 al. 3 CDB 1992

B. QUELQUES DECISIONS DE LA COMMISSION DE SURVEILLANCE

Il sera donné ci-après un compte-rendu de quelques décisions particulièrement significatives de la Commission de surveillance. Comme il a déjà été relevé, la plupart des décisions ont trait à des violations des prescriptions relatives à l'identification.

1. Opérations de fin d'année

Suite à un examen approfondi effectué auprès de plusieurs banques, la Commission de surveillance a eu à trancher une douzaine de cas dans lesquels elle a examiné si les banques concernées avaient aidé certains de leurs clients à tromper les autorités fiscales dans le cadre d'opérations bancaires effectuées fin 1990 / début 1991. En bref, des fonds prétendument retirés par des clients en fin d'année avaient en fait été crédités sur un compte "opérations diverses" de la banque, sans que les fonds correspondants aient été effectivement versés et qu'aucun décompte ait été établi à l'intention des clients. Au début de l'année 1991, les montants concernés étaient recredités sur les comptes des clients. Parfois, on a également constaté, en fin d'année, un relèvement à court terme de la charge hypothécaire ou d'autres engagements des clients, sans que de telles opérations aient été réellement effectuées.

Il sera donné ci-dessous un extrait des considérations juridiques faites par la Commission de surveillance à propos d'opérations de fin d'année du genre de celles indiquées plus haut (traduction):

"a) *L'article 7 CDB 1987 prescrit que les banques ne doivent pas fournir une aide à leurs clients dans des manoeuvres visant à tromper les autorités, en particulier les autorités fiscales.*

Le chiffre 50 des dispositions d'exécution CDB 1987 stipule qu'il est interdit de délivrer aux clients des attestations incomplètes ou de nature à induire en erreur d'une autre manière. Les pièces justificatives établies régulièrement ne doivent pas être modifiées par la banque dans le but de tromper (cf. chiffre 51 des dispositions d'exécution CDB 1987). Le chiffre 52 des dispositions d'exécution CDB 1987 prévoit que les attestations sont incomplètes lorsque la banque supprime, à la demande du client, une ou plusieurs positions dans une attestation particulière ou dans un extrait de compte ou de dépôt. Les attestations sont de nature à induire en erreur lorsque des faits sont présentés de manière contraire à la vérité (chiffre 53 des dispositions d'exécution CDB 1987).

- b) L'enregistrement de retraits fictifs à la fin décembre 1990 et le fait de recrediter les montants correspondants au début de l'année suivante démontrent que l'intention était de tromper les autorités fiscales. Les clients ont ainsi pu, au 31 décembre 1990 / 1er janvier 1991 faire état d'avoirs bancaires qui ne correspondaient pas à la réalité. Les responsables de la banque n'ont pas pu donner une explication plausible à de telles opérations. Le fait que celles-ci ont été effectuées à cheval sur les années 1990/1991 et les circonstances dans lesquelles elles ont été effectuées, indiquent clairement que ce procédé avait été mis en place en vue de tromper les autorités fiscales. La banque a émis des confirmations de solde de fin d'année comportant des données fausses, puisque ne correspondant pas à la réalité. Ni la banque, ni les clients n'ont prétendu que le montant total de Fr. 88'000.- aurait été déclaré aux autorités fiscales au titre de fortune."

A la suggestion de la Commission de surveillance, l'Association suisse des banquiers, a rendu ses membres attentifs au

fait que de tels agissements contreviennent à l'interdiction de l'assistance active en matière de fraude fiscale ¹⁷.

2. Article 9 CDB 1982 / article 7 CDB 1987: fraude fiscale et actes analogues (au moyen d'attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière)

En 1986, l'employé d'une banque a émis une facture à l'intention d'une cliente, en relation avec une collection de monnaies byzantines. La banque ne conteste pas qu'elle n'a jamais été en possession de ladite collection. Une vente de telles monnaies n'a en fait jamais eu lieu.

En 1987, un autre employé de la banque a adressé une lettre à un client. Par la lettre précitée, il confirmait que des monnaies antiques avaient été remises au client pour examen et nettoyage. La banque ne conteste pas, dans ce cas non plus, n'avoir jamais été en possession des monnaies précitées. Par ailleurs, la banque ne nie pas que deux de ses collaborateurs ont écrit deux lettres sur le papier de la banque, dont le contenu était faux. Il n'est pas non plus contesté que les clients concernés ont essayé d'utiliser ces lettres en vue de tromper des autorités étrangères. Les collaborateurs de la banque qui étaient concernés ont admis avoir été conscients du fait que les deux confirmations étaient destinées aux autorités fiscales étrangères. En relation avec cette affaire, la banque a également dû donner des renseignements dans une procédure ouverte pour recel.

Sur le plan juridique, la Commission de surveillance a considéré les deux lettres comme des attestations pouvant induire en erreur, au sens de l'art. 9 CDB 1982.

¹⁷ Circulaire de l'Association suisse des banquiers
N° 1030 D, du 7 juillet 1992

Pour la fixation de l'amende conventionnelle, la Commission de surveillance a notamment tenu compte des éléments suivants:

- les attestations avaient été émises par deux employés ayant une position de cadre de la banque;
- les faits ont été dénoncés par l'inspectorat interne et le service juridique de la banque à la Commission fédérale des banques, ce qui n'équivaut pas à une auto-dénonciation;

- La banque a effectué une enquête intensive, d'une manière spontanée, et s'est montrée coopérante durant l'enquête, ce qui doit être considéré comme une considération atténuante.

3. Prescription

Dans une décision du 31 août 1992, la Commission de surveillance s'est prononcée sur la question de la prescription. Une banque avait fait valoir que les violations à la CDB 1982 et 1987 qui lui étaient reprochées seraient prescrites.

Ni la CDB 1982, ni la CDB 1987 ne contiennent des dispositions expresses au sujet de la prescription ¹⁸.

Il est incontesté dans la jurisprudence et la doctrine que les Conventions de diligence des 1er juillet 1982 et 1er juillet 1987 doivent être considérées comme étant de droit privé ¹⁹. Dès lors, contrairement à l'opinion de la banque, les délais de prescription prévus par le droit pénal administratif ne sont pas pertinents. Les amendes convention-

¹⁸ Cf. actuellement l'art. 11 al. 3 de la CDB du 1er juillet 1992, Cf. également ci-dessus Chap. A ch. 6.

¹⁹ ATF 109 Ib 146; Friedli/Meyer, Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken in den Jahre 1984 bis 1987, Wirtschaft und Recht, 1988, p.164 s. avec les références indiquées.

nelles de la Convention de diligence du 1er juillet 1987 doivent être considérées comme des peines conventionnelles au sens de l'art. 160 du Code des obligations. Ainsi, le délai de prescription de 10 ans prévu par l'art. 127 du Code des obligations est applicable. En raison du fait qu'aucun des faits reprochés à la banque n'est survenu avant le 1er septembre 1982, ou ne s'est terminé avant cette date, la banque fait erreur en invoquant la prescription.

4. Dispositions transitoires de la CDB du 1er juillet 1987

- a) La déclaration d'adhésion des banques à la CDB du 1er juillet 1987 contient des dispositions transitoires. La version allemande de la déclaration d'adhésion prévoit notamment que:

"Die unterzeichnende Bank ... erklärt sich ausserdem damit einverstanden, dass Verletzungen der Vereinbarung ... vom 1. Juli 1982 im Verfahren nach Art. 11, 12 und 13 der Vereinbarung vom 1. Juli 1987 beurteilt werden, sofern der Sachverhalt sich vor dem 1. Oktober 1987 verwirklicht hat und nicht Gegenstand einer bis zum 30. September 1987 bei der Schiedskommission ... eingereichten Klage bildete ...".

En revanche, le texte français a la teneur suivante:

"La Banque ... soussignée déclare en outre accepter que les violations de la Convention ... du 1er juillet 1982 au sujet desquels la procédure est pendante, seront tranchés conformément aux articles 11, 12 et 13 de la Convention du 1er juillet 1987, pour autant que les faits se soient produits avant le 1er octobre 1987 et qu'ils ne fassent pas l'objet

d'une plainte portée devant la Commission arbitrale ... jusqu'au 30 septembre 1987 ...".

- b) La Commission de surveillance a constaté que l'expression "au sujet desquels la procédure est pendante" apparaissant dans le texte français ne figure pas dans le texte allemand. Conformément à la version allemande, les violations à la CDB 1982 doivent être tranchées selon la procédure de la CDB 1987, indépendamment de l'ouverture ou de la non-ouverture d'une procédure avant le 1er octobre 1987. Seules les procédures qui au 30 septembre 1987 avaient déjà fait l'objet d'une plainte restent de la compétence de la Commission arbitrale instituée par la CDB 1982. La Commission de surveillance décida que la divergence figurant dans le texte français n'était qu'une erreur rédactionnelle et que, au vu du sens et du but de la disposition transitoire, la version allemande devait prévaloir ²⁰.

5. Formulaire A remplis d'une manière erronée

La Commission de surveillance a dû à plusieurs reprises trancher des cas dans lesquels une banque avait rempli le formulaire A d'une manière incomplète ou contradictoire (toutes les variantes étaient marquées d'une croix; la déclaration contenait des indications lacunaires, etc..). Souvent, le formulaire A était signé non pas par le cocontractant de la banque, mais par l'ayant droit économique.

Une banque fit valoir que le formulaire A était soumis aux clients d'une manière systématique, sur la base d'une instruction interne. La banque avait également procédé de la sorte dans des cas dans lesquels il n'y avait aucun doute que le cocontractant était aussi l'ayant droit économique.

²⁰ Cf. également la nouvelle disposition transitoire de la CDB 1992, mentionnée au chap. A 6 ci-dessus.

La Commission de surveillance a dû examiner sous l'angle juridique si l'art. 3 CDB 1987 avait été violé. Cette disposition prescrit que le client doit remplir une déclaration sur le formulaire A lorsqu'au moment de l'ouverture du compte, il y a doute sur le point de savoir si le cocontractant est lui-même l'ayant droit économique. Le Chargé d'enquête avait considéré qu'il existait toujours un cas de doute au sens de l'art. 3 CDB lorsque la banque présentait à son client un formulaire A. En particulier, il était d'avis que l'application de l'art. 3 CDB 1987 serait notablement simplifiée, si chaque formulaire A rempli d'une manière incomplète ou erronée était considéré sans autre comme une violation de l'art. 3 CDB 1987. La banque devrait être tenue à veiller que lorsqu'un formulaire A est utilisé, il soit correctement et complètement rempli.

La Commission de surveillance considère en revanche que le texte de l'art. 3 CDB 1987 ne permet pas d'aboutir à une telle interprétation. La banque n'a le devoir de déterminer l'ayant droit économique au moyen du formulaire A que lorsqu'il existe un doute au sens du ch. 18 des dispositions d'exécution CDB 1987. Or, en l'espèce, il ne ressortait d'aucun élément du dossier, que l'on se soit trouvé en présence d'un cas de doute. Le Chargé d'enquête ne l'a d'ailleurs pas prétendu. La Commission de surveillance décréta que si, malgré l'absence de doute, la banque exige - sans nécessité - un formulaire A, la banque ne viole pas les règles déontologiques si le formulaire a été rempli d'une manière incomplète ou contradictoire. La banque ne doit pas être moins bien traitée dans un tel cas que lorsqu'elle n'a, à juste titre, pas exigé de formulaire A.

6. Compte-joint

Lorsque plusieurs titulaires ont le droit de disposition sur les avoirs d'un compte, chaque bénéficiaire doit être identifié conformément à la Convention. En cas de compte-

./..

joint, il ne suffit pas d'identifier seulement l'un des ayants droit.

7. Application de la Convention aux relations de crédit

Une banque a reconnu n'avoir pas respecté les prescriptions prévues pour l'examen de l'identité du cocontractant. Elle a cependant défendu le point de vue qu'elle n'aurait pas été tenue de procéder à l'identification selon la CDB puisqu'il s'agissait de comptes hypothécaires, respectivement d'autres comptes de crédit.

La position de la banque selon laquelle la CDB ne serait pas applicable en matière de comptes de crédit, ne trouve aucun support dans la CDB 1987. L'art. 2 CDB 1987 prescrit le devoir d'identification du cocontractant dès le moment de l'établissement de relations d'affaires et notamment dès l'ouverture de comptes de tous genres, sans égard à leur qualification (art. 2 al. 2 CDB 1987). A cet égard, le titre du chapitre A et le contenu de l'art. 2 CDB 1987 diffèrent de ceux qui figuraient dans la CDB 1982. Le titre du chapitre A de la CDB 1982 faisait encore expressément état de l'"obligation de diligence lors de l'acceptation de fonds". La Commission de surveillance considéra dès lors que la modification du titre relevé ci-dessus ne correspondait pas à une inadvertance rédactionnelle mais qu'elle avait été opérée sciemment afin d'inclure toutes les relations d'affaires telles qu'elles sont énumérées à l'art. 2 al. 2 CDB 1987.

Par ailleurs, même lorsqu'un compte a été ouvert en vue de l'obtention d'un crédit, il y a également une acceptation de fonds, en particulier en relation avec le paiement des intérêts et des amortissements. En outre, un compte fondamentalement débiteur devient plus tard créiteur, suite aux paiements effectués par le client, sans que des formalités quelconques d'identification soient exigées au moment où le compte devient créiteur. Pour toutes ces raisons, la Commission de surveillance estime ne pas devoir prévoir

./..

d'exceptions en relation avec le devoir d'identification de la banque, pour les comptes ouverts en vue de développer des relations de crédit. Enfin, la banque a évidemment intérêt, en cas de relations de crédit, à identifier le cocontractant en sa qualité d'emprunteur. Avec cette décision de la Commission de surveillance, il a été clairement confirmé que la Convention de diligence trouve également application en matière de comptes hypothécaires ou de crédit.

8. Surveillance (Chiffres 16 et 17 CDB 1987)

Conformément aux chiffres 25 et 26 CDB 1982 et 16 et 17 CDB 1987, la banque doit prendre des dispositions garantissant que l'organe de révision interne et l'institution de révision prévue par la Loi sur les banques puissent contrôler que les vérifications prescrites ont été faites. Il y a lieu de conserver de manière appropriée le nom, le prénom et l'adresse du domicile (la raison sociale et le siège, s'il s'agit d'une personne morale ou d'une société) du cocontractant, ainsi que les moyens utilisés pour vérifier son identité. En particulier, les documents requis pour la vérification de l'identité des personnes morales doivent être conservés.

Dans plusieurs cas, la banque a présenté les informations et documents nécessaires seulement au stade de la procédure devant la Commission de surveillance. La Commission considéra qu'une banque ne prend pas des dispositions suffisantes, au sens du chiffre 25 CDB 1982, respectivement chiffre 16 CDB 1987, lorsque ce n'est qu'au stade de la procédure devant la Commission de surveillance qu'elle est en mesure de donner les renseignements prévus par la Convention de diligence, ainsi que de produire les documents nécessaires. La banque doit faire en sorte que ces informations soient à la disposition de l'organe de révision interne et de l'institution de révision prévus par la Loi sur les banques. En l'occurrence, la banque a été reconnue coupable d'avoir violé les chiffres 25 et 26 des dispositions d'exécution CDB 1982, pour n'avoir

pas respecté l'obligation de conserver les documents d'une manière telle que l'examen de l'identité au moment de l'ouverture du compte puisse être vérifié en tout temps.

9. Moment relevant pour l'identification du cocontractant

La Commission de surveillance a eu à nouveau plusieurs cas à trancher dans lesquels la banque avait procédé à l'identification nécessaire seulement après l'ouverture du compte. En particulier, des documents n'avaient été produits que subséquentement. La Commission de surveillance confirma sa pratique ²¹, selon laquelle la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique doivent intervenir au moment de l'ouverture du compte.

10. Comptes-clients d'avocats

Deux avocats établis en Suisse ont ouvert un compte par correspondance. Ils remplirent un formulaire A en déclarant agir pour leur propre compte. Les deux avocats étaient connus de la banque personnellement déjà depuis des années. La banque savait, au moment de l'ouverture de compte, que d'autres personnes que les deux avocats seraient bénéficiaires des montants qui transiteraient par ce compte.

Au demeurant, la banque fut informée du fait qu'immédiatement après l'ouverture du compte, les paiements concernaient un client américain. Ce client avait fait par la suite des virements en espèces en faveur du compte ouvert au nom des avocats, à l'occasion de visites personnelles à la banque. En l'espace de 5 mois, 7 paiements en espèces, pour un total de US\$ 2'000'000.-, furent effectués.

La Commission de surveillance considéra que la banque avait violé l'art. 3 al. 1 CDB 1982. La banque savait, de son propre aveu, déjà au moment de l'ouverture du compte, que les

²¹ Friedli, op. cit, p. 132 s.

cocontractants - les deux avocats - ne seraient pas les bénéficiaires des montants payés sur le compte. La banque a reconnu qu'immédiatement après le premier paiement, l'un des avocats avait déclaré que le virement provenait d'un citoyen américain, lequel agissait pour des chiliens. Bien qu'en possession de ces informations, la banque n'a pas identifié le citoyen américain qui est apparu personnellement à la banque au moment des virements précités, ni celle de ses mandants. Elle se contenta de la déclaration clairement fautive des avocats sur le formulaire A, aux termes duquel ceux-ci déclaraient agir pour leur propre compte.

La Commission de surveillance considéra que le comportement de la banque était en flagrante violation de l'art. 3 CDB 1982, et qu'il ne s'agissait pas seulement d'un cas de diligence insuffisante au moment de l'examen de l'identité, mais d'une décision consciente et volontaire de la banque de ne pas respecter son obligation d'identifier l'ayant droit économique, ceci alors même que déjà au moment de l'ouverture du compte, elle avait constaté que les cocontractants n'étaient pas les ayants droit économiques. La Commission de surveillance n'a pas considéré comme étant une circonstance atténuante le fait que la banque aurait accepté un formulaire A rempli d'une manière erronée au motif qu'une réglementation spécifique valable pour les comptes-clients des avocats ferait défaut. La Commission de surveillance considéra en effet que le devoir d'identification de l'ayant droit économique tel que défini à l'art. 3 CDB 1982 ne prévoit aucune restriction dans son champ d'application. En particulier, la CDB 1982 ne prévoit aucune prescription d'exception pour les cas dans lesquels des avocats ouvrent un compte sous la rubrique "clients". La banque doit dès lors également dans ces cas se conformer aux prescriptions de la CDB et vérifier avec le soin approprié aux circonstances l'identité des ayants droit économiques.

La situation s'est modifiée suite à la circulaire de la Commission fédérale des banques, du 25 avril 1991. En vertu

de ladite circulaire, l'emploi des formulaires B par les banques est désormais interdit et les banques sont tenues de remplacer les formulaires B1 et B2 par des déclarations écrites des cocontractants (avocats, notaires ou fiduciaires) établissant l'identité des ayants droit économiques représentés par eux. Conformément à cette circulaire, les banques peuvent renoncer à identifier l'ayant droit économique pour autant que l'avocat ou le notaire libelle explicitement le compte "avoirs de clients - compte passage". Les instructions données par la Commission fédérale des banques en tant qu'autorité de surveillance et les règles déontologiques de la CDB 1987 - dont le formulaire B faisait partie intégrante et qui étaient toujours valables après l'émission de la circulaire précitée - étaient donc en contradiction. De tels conflits et insécurités ne sont pas souhaitables. Avec l'entrée en vigueur de la CDB du 1er juillet 1992, la situation a pu être adaptée ²².

11. Le concept de recommandation au sens du chiffre 8 CDB 1987

Conformément au chiffre 8 CDB 1987, une personne physique sans domicile en Suisse peut exceptionnellement établir son identité par le biais d'une recommandation. Alors que le chiffre 12 CDB 1982 prévoyait que il devait s'agir d'une recommandation écrite, le chiffre 8 CDB 1987 ne mentionne pas que la recommandation doivent être présentée par écrit. La Commission de surveillance considéra néanmoins que l'exigence de la forme écrite demeure, le texte allemand du chiffre 8 CDB 1987 faisant référence à la présentation d'une recommandation ("Vorlage einer Empfehlung").

Le terme "présentation" (Vorlage) implique un document. Dès lors, une recommandation orale n'est pas suffisante.

²² Cf. formulaire R de la CDB 1992

12. Vérification de l'identité des sociétés de domicile: concept et actualité des documents requis

Il ressort ce qui suit d'une décision de la Commission de surveillance (traduction): "Lorsque les documents d'une société, nécessaires à la vérification de l'identité au moment de l'ouverture du compte, ne sont présentés qu'au moment de la procédure devant la Commission de surveillance, la banque ne satisfait pas à l'obligation qui lui incombe de garantir 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 faites. Par ailleurs, les documents qui ont finalement été présentés à la Commission de surveillance (extrait du Registre du Commerce, Certificate of Incorporation), n'étaient pas suffisamment récents, puisque concernant tous des données remontant à 7 ou 8 ans avant l'ouverture du compte. Comme la banque le releva elle-même, il s'agissait des documents nécessaires à l'enregistrement des organes de la société auprès des autorités d'enregistrement compétentes. La Convention de diligence exige, pour les personnes morales ayant leur siège à l'étranger et les sociétés de domicile, la production d'un extrait du Registre du commerce ou d'une pièce équivalente. L'extrait du Registre du commerce doit être certifiée conforme par les autorités compétentes. Une déclaration des organes d'une société n'est pas à même de remplacer une telle pièce. Les dispositions édictées en vue de la vérification de l'identité du cocontractant pour les sociétés de domicile suisses et étrangères, telles que prescrites par les art. 3 et 5 CDB 1982, de même que par les art. 2 et 4 CDB 1987 ont donc été violés".

La Convention de diligence ne prévoit pas quelle doit être la date des documents produits en vue de la vérification de l'identité des sociétés de domicile. Ils doivent cependant être très récents, à moins que la banque ne soit en mesure de prouver que depuis leur émission, lesdits documents n'ont pas subi de modifications pour tout ce qui a trait aux informa-

tions relevantes (pouvoir de représentation, bénéficiaire économique, domicile). La Commission de surveillance a eu à trancher des cas dans lesquels une violation des chiffres 15 et suivants CDB 1982, respectivement du chiffre 12 CDB 1987 a été reconnue en raison du fait que les documents corporatifs remontaient, dans un cas, à plusieurs années en arrière et, dans un autre, à une année en arrière ²³.

Même si la CDB 1982 et la CDB 1987 ne contiennent aucune limite de temps quant à la date des documents (extrait du Registre du commerce, etc.) au moment de l'ouverture du compte, il est évident que ceux-ci doivent être actuels et propres à informer la banque d'une manière fiable des rapports de dépendance au moment de l'ouverture du compte.

13. Comptes sans activité

Dans une autre affaire, la Commission de surveillance décida que les formalités relatives à la vérification de l'identité du cocontractant et l'identification de l'ayant droit économique devaient être accomplies au moment de l'ouverture du compte, même si le compte n'avait encore enregistré aucune activité. La Commission de surveillance s'est fondée sur le fait que le titre de la CDB 1987 ainsi que l'art. 1 CDB 1987 ne visent plus seulement l'acceptation de fonds, contrairement à la version du 1er juillet 1982.

14. Assistance active en matière de fuite de capitaux

L'art. 8 CDB 1982, respectivement l'art. 6 CDB 1987 interdisent l'assistance active en matière de fuite de capitaux.

²³ Dans une affaire précédente, la Commission de surveillance avait décidé que des documents antérieurs de plusieurs mois à l'ouverture du compte n'étaient pas suffisants.

Conformément à la pratique de la Commission de surveillance, il y a assistance active en matière de fuite de capitaux, au sens des dispositions précitées, lorsque trois conditions sont remplies: premièrement, la banque qui a adhéré à la Convention doit avoir prêté une assistance active, notamment en organisant l'accueil de clients à l'étranger (en dehors des propres locaux de la banque) dans le but d'accepter des fonds. Deuxièmement, la législation du pays dans lequel le bénéficiaire de cette assistance active à son domicile doit prévoir des restrictions à l'exportation de capitaux hors du pays. Enfin, il doit s'agir d'un transfert effectué à partir de ce pays ²⁴. Le ch. 47 CDB 1987 définit d'une manière exhaustive les formes que peut prendre l'assistance active au sens de la Convention ²⁵.

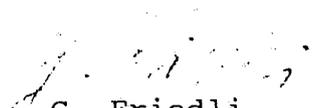
Berne, le 1er décembre 1992

Le Président:



Dr. A. Egli

Le Secrétaire:



G. Friedli,
Avocat

(texte français par Didier de Montmollin, Avocat, Genève, Chargé d'enquête de l'Association suisse des banquiers).

²⁴ Cf. Friedli/Meyer, op. cit., page 177 ss; Klauser, Drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken, Wirtschaft und Recht, 1980, 289.

²⁵ Il convient de noter la nouvelle formulation figurant au chiffre 43, litt. c CDB 1992, aux termes de laquelle l'interdiction de la collaboration active avec des personnes ou sociétés organisant pour des tiers la fuite de capitaux ou apportant une aide à cet effet, en tenant leurs comptes, n'est plus limitée aux personnes et sociétés qui ont leur domicile ou leur siège en Suisse.