

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 113 (1994)

Artikel: La diligence des banques : les règles de conduite vis-à-vis des clients ; aspects de droit public

Autor: Hertig, Gérard

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896065>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 05.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

La diligence des banques: Les règles de conduite vis-à-vis des clients, Aspects de droit public

Rapport présenté par GÉRARD HERTIG

Professeur à l'Université de Genève

Je tiens à remercier très chaleureusement mes collègues et amis Alain HIRSCH, Blaise KNAPP et Luc THÉVENOZ de leurs nombreuses remarques et suggestions. Je suis également reconnaissant aux membres des groupes genevois de travail "Activités bancaires" et "Gestion de fortune" de m'avoir fait bénéficier depuis de nombreuses années de leur expérience pratique.

Table des matières

Table des abréviations	253
I. L'origine des controverses	257
II. Les objectifs poursuivis	260
A. Aspects juridiques	260
B. Aspects économiques	264
C. Aspects politiques	268
D. Appréciation et dimension internationale	270
III. Intervention de l'autorité de surveillance: base légale et densité normative	276
A. La légalité	276
1. Hypothèses critiques	279
2. Identification et examen de l'arrière-plan des transactions	283
B. La sécurité juridique	285
1. L'adoption de normes d'exécution	286
2. La prévisibilité de la pratique de la CFB	290
3. L'insécurité juridique est souhaitable	292
a. Les fraudes	293
b. Le risque d'arbitraire	293
c. Compétitivité de la place financière	295
d. Gestion de l'insécurité juridique	298
IV. Les exigences en matière de diligence et le principe de la proportionnalité	305
A. Considérations générales	305
1. Compétitivité internationale	305
2. Le coût	309
a. Les désavantages des exigences en matière de diligence	312
b. Les avantages des exigences en matière de diligence	313
c. Appréciation	314
3. Nécessité et praticabilité de l'intervention administrative	314
B. Analyse spécifique	319
1. Organisation	319
a. Aspects structurels et systémiques	320
b. Aspects ressources humaines: les personnes gérant la banque	324

c. Aspects ressources humaines: les autres personnes agissant pour la banque	330
2. Dispositions d'intérêt général	332
a. Identification du client	332
b. Les opérations du client	337
aa. L'acceptabilité du client	338
bb. Le contrôle et l'acceptabilité des opérations	339
3. Dispositions dans l'intérêt du client	345
a. Les émissions publiques	345
b. Gestion de fortune	348
V. Conclusions – Thèses	353
Bibliographie	357

Table des abréviations

Abs.	Absatz, Absätze
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds, vom 1. Juli 1966 (SR 951.31)
al.	alinéa(s)
Art.	Artikel
art.	article(s)
ASB	Association suisse des banquiers, Bâle
ATF	Arrêt(s) du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel, Lausanne
BCCI	Bank of Commerce and Credit International
B.O.C.E.	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, Berne
BRI	Banque des Règlements Internationaux, Bâle
c/	contre
CCH	Commerce Clearing House
cf.	confer
CFB	Commission fédérale des banques
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse, du 30 mars 1911 (Code des obligations) (RS 220)
COB	Commission des opérations de bourse (France)
cp.	comparer
CPS	Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
EC	European Communities
Ed.(s)	éditeur(s)
éd.	édition
EG	Europäische Gemeinschaften
ég.	également
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale de la Confédération suisse
GAFI	Groupe d'Action Financière
id.	idem
IOSCO	International organization of securities commissions
J.O.C.E.	Journal officiel des Communautés européennes, Luxembourg
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (RS 291)

LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement, du 1er juillet 1966 (RS 951.31)
LIC	Loi fédérale sur l'information des consommatrices et consommateurs (RS 944.0)
lit.	littera
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LSA	Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurances privées (RS 961.01)
N°	numéro(s)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zurich
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
p.	page(s)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires, Zurich
s(s).	et suivant(e)(s)
SEC	Securities and Exchange Commission (USA)
SJ	La semaine judiciaire, Genève
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zurich
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch, vom 21 Dezember 1937 (SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zurich (RSDA)
WuR	Wirtschaft und Recht, Zurich
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Berne
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zurich

La diligence des banques est une question qui a longtemps été examinée sous l'angle du droit privé avant tout.¹ Toutefois, dès la fin des années 70, le développement de la pratique de la Commission fédérale des banques (CFB)² relative au comportement du "banquier irréprochable" n'a plus permis d'ignorer que les exigences en matière de diligence ne dérivent pas seulement du droit privé³ – un rappel confirmé si besoin était par l'adoption de l'article 305^{ter} CPS, qui vise l'intermédiaire financier qui manquerait de faire preuve d'une vigilance appropriée lors de l'identification de son client.⁴

Cette évolution a inévitablement provoqué des réactions relatives à l'acceptabilité de cette "ingérence" accrue du droit dans la conduite des affaires bancaires. Elle a aussi été source d'incertitudes quant à la portée des obligations nouvellement créées ou précisées et à la manière de les mettre en oeuvre d'un point de vue pratique.

C'est dire l'actualité et l'importance pratique du thème retenu par la Société suisse des juristes pour son congrès de 1994. Ce choix d'un thème prêtant à controverses implique cependant que l'on procède d'entrée de cause à certaines clarifications.

1. Il est difficile d'élaborer, du moins en droit public, une définition praticable du devoir de diligence du "banquier". Toute définition est inévitablement soit trop générale pour être utile (le banquier diligent est celui qui agit de manière irréprochable), soit trop précise pour être transposable dans tous les domaines de l'activité bancaire. Certes, on retient généralement que le devoir de diligence régit avant tout le comportement des banques vis-à-vis de leurs relations d'affaires ou sur les marchés financiers; en d'autres termes, la diligence des banques devrait avant tout se mesurer à l'aune de *règles de conduite*.⁵ Toutefois, il convient de

¹ Voir ainsi Emilio ALBISETTI et al., Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4^e éd., Thoun 1987, p. 600: sous la rubrique "Sorgfaltspflicht", seuls les aspects de droit privé sont pris en compte.

² Voir déjà la décision de la CFB du 23 juin 1980, Bulletin CFB N° 7 (1980) pp. 35 ss.

³ Voir déjà Charles-André JUNOD, Les principales règles sur la gestion des banques, in: Colloque international, L'avant-projet de loi fédérale sur les banques, Genève 1983, pp. 101, 103-104; Peter NOBEL, Die Sorgfaltspflicht des Bankiers, in: Jubiläumsschrift, 50 ans de surveillance fédérale des banques, Zurich 1985, pp. 205, 218-221.

⁴ "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."

⁵ Il est presque universellement admis que les "règles de conduite" sont celles qui régissent les relations des intermédiaires financiers avec leurs clients ou leurs activités sur les marchés financiers: voir ainsi les International Conduct of Business Principles élaborés par l'International Organization of Securities Commissions (IOSCO) et reproduits en français dans le Bulletin mensuel de la Commission des opérations de Bourse (COB) N° 244 (Février 1991), Supplément "Etudes" N° 45.

souligner que le devoir de diligence implique également la prise de mesures en matière d'organisation ou de fonds propres.

D'une part, le respect de règles de conduite ne peut être garanti que par le choix d'une organisation appropriée et leur violation peut nécessiter la constitution de réserves. D'autre part, et surtout, l'auto-limitation de l'analyse aux règles de conduite reflète, consciemment ou inconsciemment, une définition influencée par la portée donnée en droit privé à la "Sorgfaltspflicht". Or, en droit public, il n'est pas possible d'assimiler le devoir de diligence au respect de règles de conduite si l'on estime que l'aune à laquelle on évalue le banquier diligent est celle du "bon banquier": la prise de mesures allant au-delà de celles résultant du simple respect de règles de conduite, à savoir l'adoption de mesures visant spécifiquement à garantir la solidité financière doit alors être prise en considération.

2. Dans le présent rapport, nous définirons le banquier diligent comme celui qui s'organise et se comporte de manière à respecter les règles de conduite dans les relations avec ses clients. Une telle approche nous semble judicieuse pour trois raisons.

En premier lieu, elle correspond à l'approche adoptée par la doctrine suisse dans le domaine du droit bancaire⁶ et elle permet une meilleure symétrie avec l'analyse de droit privé. Cette "harmonisation" n'est pas seulement souhaitable parce que les aspects de droit privé font également l'objet de la discussion lors du congrès de la Société suisse des juristes; elle permet aussi de tenir compte d'une nécessité pratique, à savoir celle du recours à un concept uniforme dans les différents domaines du droit.⁷ En effet, les devoirs d'un banquier dans le cadre d'une opération déterminée ne devraient pas être notablement différents simplement parce que les procédures pouvant être initiées sont de types distincts. Bien entendu, cette "harmonisation" connaît des limites. Ainsi, en droit privé, les règles de conduite concernent avant tout les relations des banques avec leurs co-contractants et seulement dans une mesure moindre les relations avec les tiers; en revanche, en droit public, les règles de conduite pourront tout autant être conçues dans l'intérêt général que pour protéger les personnes en relation directe avec les banques.

Le deuxième motif, justifiant une définition de la diligence excluant l'aspect solidité financière, est que les exigences en la matière sont de nature très particulière⁸ et à caractère souvent technique; en conséquence, leur analyse devrait faire l'objet d'un rapport spécifique. En d'autres

⁶ Voir *supra* note 3.

⁷ Voir récemment dans ce sens Peter NOBEL, Überblick über die neuere bankrechtliche Rechtsprechung im Zivilrecht, in: Peter NOBEL Ed., Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 2 (1993), Berne 1994, pp. 154, 160.

⁸ En ce qui concerne les différentes conceptions réglementaires, voir par exemple récemment Elroy DIMSON/Paul MARSCH, The Debate on International Capital Requirements, Londres 1994.

termes, nous n'aborderons pas la problématique de l'adéquation des fonds propres ou celle des mesures de nature organisationnelle ou autre requises par la gestion des risques, notamment dans le domaine du crédit et des instruments dérivés.

Enfin, l'exclusion de l'analyse des règles de conduite régissant l'activité des banques sur les marchés financiers reflète des considérations similaires. D'une part, elle permet une meilleure "harmonisation" avec l'analyse de droit privé. D'autre part, l'ampleur et la complexité croissante des règles régissant l'activité des banques sur les marchés financiers font que leur examen devrait faire l'objet d'un rapport spécifique.

3. Par ailleurs, sera considéré comme "banquier" l'intermédiaire financier assujéti à la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB).⁹ Bien entendu, cela ne nous empêchera pas de prendre en compte la situation d'autres intermédiaires financiers. En effet, les réactions relatives aux exigences en matière de diligence reflètent notamment la crainte de voir les banquiers traités de manière discriminatoire ou injuste par rapport à leurs concurrents non soumis à la LB.

4. Cette crainte a, par effet réflexe, un impact sur la manière dont on définit les objectifs poursuivis par la LB et sur la manière dont on conçoit les compétences de la CFB. En effet, on comprend très bien que si l'on estime qu'il convient de limiter la portée des exigences de droit public en matière de diligence des banques, il faut commencer par se montrer restrictif au niveau de la détermination des objectifs du législateur et des compétences de l'autorité de surveillance.

Dès lors, il nous paraît indispensable de consacrer la première partie de notre rapport à "l'arrière-plan" et aux fondements de la discussion en matière de diligence. Nous traiterons ainsi des motifs à la base des controverses (chapitre I), des objectifs poursuivis par la législation bancaire (chapitre II) et de la légalité de l'intervention de l'autorité de surveillance (chapitre III). Cela fait, nous serons en mesure d'examiner, dans une deuxième partie, la proportionnalité des exigences en matière de diligence, notamment au regard de diverses applications pratiques (chapitre IV).

I. L'origine des controverses

A notre avis, les réactions provoquées par les exigences de la CFB en matière de diligence résultent du fait que l'évolution en la matière pose le problème de la portée de l'intervention étatique et celui de la concurrence entre intermédiaires financiers.

⁹ RS 952.0.

1. En effet, dès le moment où l'autorité de surveillance s'intéresse de plus près à la diligence des banques, le risque existe de voir des fonctionnaires substituer leur jugement *ex post* à celui opéré *ex ante* au sein de l'entreprise bancaire. Or, d'une manière générale, on a tendance à se montrer trop sévère lorsqu'il s'agit d'apprécier une situation *a posteriori* et sans la pression des réalités commerciales et pratiques; par ailleurs, la supériorité ou tout simplement le caractère économiquement adéquat du jugement de représentants d'une autorité ne sont pas des évidences. En matière de diligence, ce risque de substitution et ses inconvénients potentiels sont d'autant plus à prendre au sérieux qu'il s'agit d'un domaine dans lequel il n'est pas facile de délimiter les interventions étatiques justifiées de celles qui reviennent à trancher des questions de pure opportunité commerciale et qui ne sont dès lors pas du ressort de l'autorité de surveillance.¹⁰

2. Les controverses relatives aux exigences en matière de diligence ne reflètent pas seulement des appréciations différentes concernant la portée de l'intervention étatique en matière bancaire. Elles traduisent également des préoccupations relatives à la concurrence entre intermédiaires financiers, tant sur le plan interne que sur le plan international.

Dans une perspective purement *helvétique*, il convient de se demander si le banquier est désavantagé par rapport à d'autres intermédiaires financiers établis en Suisse en raison d'exigences en matière de diligence découlant du droit administratif bancaire. Un tel désavantage compétitif¹¹ semble relativement circonscrit, dans la mesure où la plupart des intermédiaires financiers établis en Suisse sont ou devraient être prochainement soumis à des exigences équivalentes. En effet, d'une part, les fonds de placement sont assujettis à la Loi fédérale sur les fonds de placement (LFP);¹² d'autre part, les négociants en valeurs mobilières¹³ vont prochai-

¹⁰ Bernhard MÜLLER, La pratique de la Commission fédérale des banques, Zurich 1987, notamment p. 23.

¹¹ Le fait d'être assujéti à des règles alors que des concurrents ne le sont pas ou font l'objet de règles différentes peut défavoriser un intermédiaire financier par rapport à des concurrents (désavantage compétitif) de plusieurs manières. Ainsi, le fait qu'une activité (par exemple le crédit), un produit (par exemple certains instruments financiers) ou un certain comportement (par exemple la publicité) lui sont interdits peut non seulement réduire sa capacité de réaliser des profits dans ces domaines, mais encore affaiblir sa situation par rapport aux intermédiaires financiers qui ne connaissent pas une telle prohibition. En effet, ces derniers peuvent ainsi être "favorisés" en matière d'expansion (si les activités interdites sont les plus profitables) ou peuvent tirer parti d'un tel "avantage" pour offrir aux clients intéressés d'autres services financiers, jusqu'ici prodigués par les intermédiaires financiers "désavantagés" ("cross-selling").

¹² RS 951.31.

¹³ L'article 2 lit. c du projet de LBVM (FF 1993 I 1269, 1345) définit le négociant en valeurs mobilières de la manière suivante: toute personne physique ou morale ou société de personnes qui, pour son compte en vue d'une revente à court terme, ou pour le compte de tiers, achète et vend à titre professionnel des valeurs mobilières sur le marché

nement faire l'objet d'une surveillance administrative dans le cadre de la future Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM).¹⁴ Or, l'autorité de surveillance bancaire, la CFB est, respectivement sera, chargée de la mise en oeuvre de l'une et l'autre lois; en conséquence, dans la mesure où les intermédiaires financiers assujettis à ces trois lois ont des activités fonctionnellement similaires, il nous paraît inévitable qu'ils seront astreints par l'autorité de surveillance à des exigences similaires en matière de diligence – ce qui devrait d'ailleurs influencer la manière dont ces exigences sont conçues dans le cadre de la LB.¹⁵

Il ne faut cependant pas sous-estimer le fait que deux catégories de concurrents potentiels sont en train de prendre de l'importance, à savoir les conseillers financiers (gérants de fortune, fiduciaires, etc.) et les investisseurs institutionnels (assurances, caisses de pension, grandes entreprises, etc.). Or, quand bien même des règles de conduite (vis-à-vis des clients ou par rapport au marché) sont également susceptibles d'être applicables à ces opérateurs, ces derniers ne font pas l'objet d'une surveillance nécessairement comparable,¹⁶ respectivement ne font pas (encore?)¹⁷ l'objet d'une surveillance.

Il convient dès lors de prendre l'argument du désavantage compétitif¹⁸ au sérieux. On s'en préoccupera d'autant plus que, dans une perspective *internationale*, la portée et (surtout) la mise en oeuvre des dispositions administratives relatives à la diligence des intermédiaires financiers peuvent varier sensiblement de pays à pays. Certes, les divergences ne sont pas inévitablement considérables, notamment en raison de la tendance à une certaine harmonisation;¹⁹ toutefois, des variations sensibles sont à envisager.²⁰

secondaire, qui les offre au public sur le marché primaire ou qui crée elle-même et offre au public des dérivés.

¹⁴ Voir FF 1993 I 1269, 1345 ss.

¹⁵ Voir à ce propos *infra* II et IV.

¹⁶ Voir notamment la Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurances privées (LSA), RS 961.01, et la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP), RS 831.40.

¹⁷ S'agissant des travaux relatifs à un avant-projet de Loi fédérale sur les services financiers, qui pourrait notamment assujettir à surveillance les gérants de fortune et autres conseillers financiers, voir Peter NOBEL, *Temi scelti di diritto privato bancario*, in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi Ed., *Aspetti civilistici del diritto bancario*, Lugano 1993, pp. 3, 15; Christine HIRSZOWICZ, *Schweizerische Bankpolitik*, 3^e éd., Berne 1993, pp. 202-204.

¹⁸ Pour la notion de désavantage compétitif, voir *supra* note 11.

¹⁹ Voir *infra* II/D.

²⁰ Variations qui motivent les appels à la prise en compte des aspects fonctionnels et non pas seulement institutionnels dans le cadre de la réglementation des activités financières; voir notamment à ce propos E. Gérald CORRIGAN, *Financial Market Structure: A Longer View*, New York 1987, p. 33.

3. En résumé, il est évident que la diligence du banquier, à savoir de l'intermédiaire financier assujéti à la LB, doit s'apprécier en tenant compte de la portée commerciale des exigences en la matière et en tenant compte des dispositions applicables à ses concurrents.

Dès lors, la dimension économique des exigences légales et la comparaison avec des normes de même nature, en Suisse ou sur le plan international, s'avèrent être des éléments qui doivent faire partie de l'analyse.

II. Les objectifs poursuivis

En droit suisse, les exigences de droit public relatives à la diligence des banques résultent avant tout de la LB. Toutefois, le projet de LBVM contenant d'importantes règles en la matière, l'analyse des objectifs poursuivis par la législation bancaire doit également prendre en compte ce projet. En effet, ce dernier ne saurait manquer d'avoir une influence directe (dans la mesure où les banques sont assujetties à la LBVM) ou indirecte (dans la mesure où son interprétation ne saurait demeurer sans impact sur celle de la LB) dans le domaine de la diligence.

Il découle par ailleurs des considérations qui précèdent que l'analyse ne doit pas seulement s'opérer du point de vue juridique (A), mais également dans une optique économique (B), voire politique (C).

A. Aspects juridiques

Il a toujours été reconnu que les dispositions de la LB, considérées dans leur ensemble, visent un objectif de protection des créanciers, à savoir notamment des déposants.²¹ Toutefois, d'autres objectifs doivent être pris en compte.²²

En premier lieu, on doit constater l'existence d'un objectif de politique économique extérieure. En effet, l'octroi d'une autorisation à une banque "étrangère" étant subordonné à la garantie de la réciprocité par l'Etat étranger concerné²³ et cette exigence devant être conçue de manière à faciliter les activités à l'étranger des banques suisses, il en résulte que l'on ne saurait prétendre que la LB est une simple législation de police économique.²⁴ En second lieu, la LB vise à garantir le bon fonctionnement du système bancaire ("Funktionsschutz").

²¹ Voir déjà le Message du Conseil fédéral du 2 février 1934, FF 1934 I 172, 176.

²² *Idem*, p. 177: "La loi doit donc tenir compte sagement de deux exigences opposées: sécurité des déposants d'une part, et prospérité bancaire, besoins de crédits, développement de l'économie d'autre part."

²³ Art. 3^{bis} al. 1 lit. a LB.

²⁴ Voir à ce propos Alain HIRSCH, Les objectifs de la loi sur les banques, in: Jubiläumsschrift, 50 ans de surveillance fédérale des banques, Zurich 1985, pp. 269, 273.

Certes, la question de la constitutionnalité, voire de la légalité des mesures prises par la CFB dans un objectif fonctionnel a fait l'objet de vives controverses. Leur admissibilité de principe est aujourd'hui reconnue par la majorité de la doctrine,²⁵ ainsi que par la jurisprudence.²⁶ Toutefois, une partie de la doctrine continue à formuler des réserves quant à l'acceptabilité de la prise en compte de l'objectif fonctionnel. Certaines de ces réticences ne sont pas de nature spécifique, mais reflètent des convictions de portée globale: elles proviennent de ceux qui, d'une manière générale, ont une conception restrictive des compétences de politique économique, et qui, logiquement, reconnaissent que le résultat de leur analyse serait différent dans le cadre d'une lecture moins "libérale" de la Constitution économique.²⁷ Cependant, les objections à la prise en compte de l'objectif fonctionnel sont également le fait de ceux qui craignent de voir les banques subir de ce fait des désavantages compétitifs²⁸ ou des contraintes n'ayant plus rien à voir avec la "wirtschaftliche Risikolage".²⁹

Même si ces réticences et objections émanent d'une doctrine maintenant minoritaire, elles méritent ici une attention particulière. En effet, elles reflètent avant tout une réaction aux exigences accrues de la CFB dans le domaine de la diligence des banques: on s'oppose tout particulièrement à ce que les banques aient à se préoccuper de l'arrière-plan économique des opérations entreprises par leurs clients.³⁰ Il convient dès lors de se poser deux questions:

- 1) Convient-il de partager les thèses de la doctrine minoritaire?
- 2) Ces thèses ont-elles des chances de s'imposer dans un proche avenir?

1. Les préoccupations de la doctrine minoritaire sont légitimes. Nous estimons cependant qu'elles ne sauraient justifier ne serait-ce qu'un rejet

²⁵ Voir récemment Paul RICHLI/Klaus A. VALLENDER, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht der Schweiz*, in: Rolf STÖBER Ed., *Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa*, Cologne 1993, paragraphe 27; Marcel L. AELLEN, *Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes*, Berne 1990, pp. 85-98 et les références citées.

²⁶ Voir ATF X. Bank c/ CFB, 111 Ib 126, 127 (1985); cp. toutefois ATF Z. c/ Confédération suisse, 116 Ib 193, 197 (1990): "Bei der Auswahl der Massnahme ist stets vom Hauptzweck der Bankengesetzgebung, dem Gläubigerschutz, auszugehen."

²⁷ Voir Charles-André JUNOD, *La garantie d'une activité irréprochable, De la surveillance à la tutelle des banques?*, in: Rudolf VON GRAFFENRIED Ed., *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, Berne 1987, pp. 91 ss, 118.

²⁸ Voir René A. RHINOW/Manfred BAYERDÖRFER, *Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommision im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit*, Bâle 1990, pp. 46-47.

²⁹ Voir Beat KLEINER, *Kommentar ad Art. 3-3^{ter}*, in: Beat KLEINER/Benno LUTZ, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Zurich 1993, N° 18b ad art. 3-3^{ter} LB; Jean-Paul CHAPUIS, *Sorgfaltspflichten der Banken*, ZBJV 128 (1992), pp. 148, 164.

³⁰ Voir KLEINER, *supra* note 29, N° 18b ad Art. 3-3^{ter} LB; CHAPUIS, *supra* note 29, p. 163-164; RHINOW/BAYERDÖRFER, *supra* note 28, pp. 26 ss.

partiel de l'objectif fonctionnel, à savoir dans la mesure où il imposerait des mesures allant au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la solidité financière des banques. En effet, les motifs mêmes qui sont à la base des réticences de la doctrine minoritaire permettent de formuler deux arguments en faveur d'une "Funktionsschutz" ne se limitant pas à la protection contre le risque systémique.³¹ En premier lieu, au vu du caractère toujours plus global, complexe et intégré des activités bancaires, l'autorité de surveillance ne saurait aujourd'hui se limiter à prendre en compte le seul élément de l'offre dans son appréciation du marché des services financiers; elle doit également s'intéresser à la demande de services financiers, et par là même au comportement et aux motivations des contreparties des banques.

En second lieu, le principe même d'une intervention aussi limitée que possible de l'autorité de surveillance implique *a contrario* que cette dernière a le devoir de prendre des mesures là où le marché est chroniquement défaillant. Or les forces du marché ne sont pas, à elles seules, à même de préserver la réputation d'une place financière déterminée. Ainsi, l'intermédiaire financier qui agirait de manière à porter atteinte à la réputation de la place financière suisse cause à cette dernière un dommage potentiellement considérable. En effet, la réputation est un élément fondamental dans le domaine des services financiers, la confiance y jouant un rôle essentiel. Cependant, cet intermédiaire financier n'a pas la motivation nécessaire à la prise d'un degré de précaution adéquat pour la place financière suisse considérée dans son ensemble: les conséquences néfastes de ses actes sont en partie supportées par d'autres intermédiaires financiers. Or ces derniers, bien qu'ils soient nécessairement les victimes du comportement d'un concurrent, ne sont pas en mesure de compenser l'inadéquation du degré de précaution: ils ne peuvent maîtriser à eux seuls cette atteinte à l'élément réputation.

Il est vrai que la réputation d'une place financière n'est pas seulement fonction du comportement des intermédiaires financiers qui y opèrent. D'autres facteurs jouent un rôle important, tels la situation économique et monétaire ou la stabilité politique. Cependant, vu l'importance de l'élément réputation et la concurrence toujours plus vive dans le domaine de la prestation de services financiers, il convient d'admettre le principe d'une intervention étatique visant à minimiser les conséquences néfastes d'actes portant atteinte à la réputation de la place financière.

³¹ Par risque systémique on entend le risque de voir les difficultés financières d'un établissement financier se propager, par un "effet dominos" à l'ensemble du système financier – par exemple en raison des nombreux engagements croisés existant entre établissements financiers ou parce que cet événement serait l'étincelle provoquant une panique chez l'ensemble des déposants, dont les retraits massifs auprès de leur établissement financier provoqueraient des difficultés financières en chaîne. Pour une bonne description, voir la récente contribution du Gouverneur de la Bank of England, The Pursuit of Financial Stability, 34 Bank of England Quarterly Bulletin 60 (Février 1994).

Nous sommes dès lors d'avis que, d'un point de vue de principe, l'objectif fonctionnel permet à l'autorité de surveillance d'exiger des assujettis à la LB le respect de règles de conduite. Bien entendu, cela ne signifie pas que l'autorité de surveillance soit de ce fait libérée de toutes contraintes juridiques, notamment celles résultant du principe de la légalité. De même, cela ne veut pas dire que les aspects concurrentiels peuvent être ignorés. Ainsi, il faut tenir compte du fait que les forces du marché sont en mesure d'assurer seules une certaine réputation de la place financière suisse; par exemple, pour autant qu'elle ne constitue pas un écran pour des pratiques cartellaires, l'auto-régulation peut justifier non seulement une renonciation à l'adoption de normes nouvelles, mais encore une abrogation de normes existantes. Il faut également tenir compte du fait qu'il existe, du point de vue international, un marché des réputations des diverses places financières et que l'on ne saurait fixer unilatéralement le degré de réputation adéquat pour une place financière déterminée. En d'autres termes, la prise en considération de l'élément réputation ne doit pas nécessairement impliquer une surveillance renforcée visant à éviter des accidents, mais peut également exiger une déréglementation dans l'objectif d'éliminer des désavantages compétitifs.

Il ne nous échappe pas que les réflexions qui précèdent ne signifient pas que la pratique de l'autorité de surveillance sera nécessairement judiciaire: des abus peuvent tout autant se manifester du côté des régulateurs que du côté des participants au marché. Toutefois, la question est alors celle du choix de surveillants qualifiés et du respect des principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement,³² non de la détermination des objectifs poursuivis.

2. Dans son Message du 24 février 1993 concernant la LBVM,³³ le Conseil fédéral a relevé que les buts de protection des investisseurs et de garantie de fonctionnement des marchés³⁴ n'avaient pas été contestés durant la procédure de consultation, mais que certains milieux avaient estimé que l'imprécision de ces buts était un facteur d'insécurité juridique. C'est très certainement pour donner suite à de telles préoccupations que le Conseil des Etats a quelque peu reformulé l'article premier du projet de LBVM, précisant que l'on visait à garantir aux investisseurs la transparence et l'égalité de traitement. Le bon fonctionnement des marchés demeure cependant l'un des buts de la loi, la LBVM devant créer les conditions propres à assurer ce résultat.³⁵

³² Voir notamment ATF Z. c/ Confédération suisse, 116 Ib 193, 197 (1990); ATF X.-Bank c/ CFB, 108 Ib 270, 275-276 (1982).

³³ FF 1993 I 1269, 1278.

³⁴ Article 1 projet de LBVM, FF 1993 I 1269, 1345: "La présente loi a pour but de protéger les investisseurs et de garantir le fonctionnement des marchés de valeurs mobilières."

³⁵ Voir B.O.C.E. 1993 V 1000-1001.

Il en résulte que les critiques énoncées à l'encontre de l'objectif fonctionnel n'ont pas été de nature à faire écarter ce but de ceux poursuivis par la LBVM; on a au contraire ressenti le besoin de le mentionner expressément. Il faut donc en conclure que les oppositions à la prise en compte de l'objectif fonctionnel n'ont pas amené le législateur à l'écarter des normes en cours d'adoption.

Cette évolution législative est de nature à renforcer la portée fonctionnelle de la LB. En effet, les négociants en valeurs mobilières qui seront régis par la LBVM sont pour la plupart déjà des banques.³⁶ On conçoit dès lors mal comment l'on pourra continuer à combattre l'admissibilité de l'objectif fonctionnel dans le cadre de la LB au moment où une législation régissant pratiquement les mêmes personnes et des activités similaires reconnaît la validité de ce but.³⁷ Plus concrètement, l'article 11 du projet de LBVM comprend d'importantes règles de conduite, relatives aux activités en bourse et hors bourse des négociants. En conséquence, il deviendra pratiquement impossible de s'opposer à ce que la CFB impose le respect de telles règles aux assujettis à la LB.

B. Aspects économiques

Les controverses juridiques ayant comme arrière-plan la question de la compétitivité de la place financière, il s'avère judicieux de procéder à un examen des objectifs à poursuivre du point de vue de l'économiste.

Les intermédiaires financiers contribuent à l'allocation des ressources financières, notamment en facilitant l'accès aux marchés financiers (tant pour les entreprises à la recherche de capitaux que pour les investisseurs concernés) et en participant à la gestion des risques. Savoir si et dans quelle mesure, au vu de leurs fonctions économiques,³⁸ les intermédiaires financiers doivent faire l'objet d'une surveillance étatique peut s'apprécier soit dans une perspective macro-économique, soit au regard de considérations micro-économiques.

1. Du point de vue *macro-économique*, on pourrait justifier une surveillance pour des raisons de politique monétaire. Ainsi, l'activité des intermédiaires financiers n'est pas sans impact sur des variables (masse

³⁶ Voir le Message du Conseil fédéral, FF 1993 I 1319; pour la définition du négociant, voir *supra* note 11.

³⁷ On notera d'ailleurs que l'on n'a pas tiré parti de l'adaptation de la LB dans le cadre du programme Swisslex (voir FF 1992 V 673 ss) pour introduire une disposition relative au but de la LB, ce que l'on n'aurait pas manqué de faire si l'on avait absolument voulu écarter l'objectif fonctionnel.

³⁸ Pour une discussion plus détaillée des fonctions économiques des intermédiaires financiers, voir Mathias DEWATRIPONT/Jean TIROLE, La réglementation prudentielle des banques, Lausanne 1993, notamment pp. 1 ss; James TOBIN, Financial Intermediaries, in: The New Palgrave, The World of Economics, Londres 1991, pp. 261 ss.

monétaire, niveau des prix, etc.) qui sont essentielles du point de vue d'une banque centrale. Par ailleurs, les mesures d'ordre monétaire nécessitées par des fluctuations économiques sont susceptibles de se traduire par une instabilité financière accrue en raison de leur impact direct sur les intermédiaires financiers.

Il a toutefois été relevé que le problème est avant tout celui du choix d'une politique monétaire appropriée: du point de vue macro-économique il n'existe pas d'argument déterminant pour ou contre l'institution d'une surveillance des intermédiaires financiers.³⁹ Une majorité d'économistes semble aujourd'hui partager ce point de vue.⁴⁰

2. Plus controversée est la question de savoir si une surveillance se justifie d'un point de vue *micro-économique*. Même s'ils doutent souvent de l'utilité de la surveillance administrative,⁴¹ de nombreux économistes en admettent le principe en matière bancaire pour deux raisons.⁴²

D'une part, une surveillance est jugée nécessaire vu la difficulté qu'éprouvent les clients à apprécier correctement les risques encourus et la qualité des services fournis par les intermédiaires financiers, en raison du coût de la collecte des données (asymétrie dans l'information⁴³); cette

³⁹ Voir Ernst BALTENSPERGER/Jean DERMINE, *Banking Deregulation*, Economic Policy N° 4 (avril 1987), pp. 63 ss, notamment 66-71. Bien entendu, cela ne veut pas dire que les autorités monétaires ne doivent pas s'intéresser à la situation des intermédiaires financiers; à titre d'exemple d'un tel intérêt, voir récemment, pour l'Angleterre, Gouverneur GEORGE, *The pursuit of financial stability*, 34 Bank of England Quarterly Bulletin 60 (février 1994); pour les USA, les réactions ("justifiées" par des motifs monétaires) du Gouverneur GREENSPAN face aux tentatives de Treasury Department visant à diminuer son rôle en matière de surveillance (voir Frank N. NEWMAN, *Consolidating the Federal Bank Regulatory Agencies*, Proposal Requested by the Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, 23 novembre 1993; *Modernizing the Financial System*, U.S. Treasury Department Recommendations for Safer, More Competitive Banks, Chicago 1991); pour le Japon, Gouverneur MIENO, *Roles of Financial and Capital Markets under Current Japanese Monetary and Economic Conditions*, Capital Markets Research Institute Review N°35 (mars 1994), pp. 2 ss.

⁴⁰ Voir notamment E. M. GARDENER, *Banking Supervision*, in: *The New Palgrave Dictionary of Money and Finance*, New York 1992.

⁴¹ Pour une analyse générale des effets positifs de la déréglementation aux USA, voir Clifford WINSTON, *Economic Deregulation: Days of Reckoning for Microeconomists*, 31 *Journal of Economic Literature* 1263 (1993).

⁴² Voir notamment Jean DERMINE, *The Gains from European Banking Integration: A Call for an Active Pro-Competition Policy*, in: Hans GENBERG/Alexander K. SWOBODA Eds, *World Financial Markets after 1992*, Londres 1993, pp. 35 ss, 41-42; Colin MAYER, *The Regulation of Financial Services: Lessons from the United Kingdom for 1992*, in: Jean DERMINE Ed., *European Banking in the 90s*, Londres 1990, pp. 41 ss, 47; Rainier S. MASERA, *Issues in Financial Regulation: Efficiency, Stability, Information*, in: Donald E. FAIR/Christian de BOISSIEU, *Financial Institutions in Europe under New Competitive Conditions*, Dordrecht 1990, pp. 318 ss.

⁴³ L'asymétrie dans l'information, à savoir les différences dans l'information dont bénéficient les différents agents économiques est d'ailleurs souvent mentionnée comme la principale raison d'être des intermédiaires financiers. Voir notamment D. W. DIAMOND,

difficulté se manifeste même si l'on tient compte de la réaction du marché face à des insuffisances dans l'information, à savoir le recours à l'élément réputation. D'autre part, chaque contrepartie se comportant de manière "égoïste", elle ne prêterait pas attention aux intérêts des tiers (autres contreparties, déposants, etc.) en cas de difficultés financières ou autres rencontrées par une ou plusieurs institutions financières: chacun se précipiterait pour sauvegarder sa position ou recouvrer ses avoirs, mettant en danger tant les institutions et les tiers en cause que le système tout entier.

En d'autres termes, des normes de droit administratif s'imposent pour remédier à l'imperfection dans l'information et à l'existence d'externalités.⁴⁴

3. Malheureusement, les opinions divergent nettement quant à la manière de concrétiser la surveillance. Une telle constatation ne doit pas surprendre celui qui s'intéresse aux controverses économiques dont fait l'objet la question générale de la correction des imperfections du marché par le biais du droit administratif. L'analyse de ces divergences permet trois constatations.

En premier lieu, d'éminents auteurs ont contesté la thèse selon laquelle l'autorité de surveillance agit, dans la règle, dans l'intérêt public.⁴⁵ Dans sa forme la plus extrême, cette critique de l'intervention de l'autorité de surveillance revient à en nier l'utilité économique, en raison de l'influence exercée par les entrepreneurs concernés dans le cadre du processus législatif et vis-à-vis de l'autorité de surveillance (un phénomène aussi dénommé "regulatory capture"). Dans le domaine de l'intermédiation financière et vue de la Suisse, cette négation paraît certainement excessive.⁴⁶ Plus généralement, il a récemment été relevé que la discussion relative à l'intérêt public de l'intervention d'une autorité de surveillance est un faux

Financial Intermediation and Delegated Monitoring, 51 *Review of Economic Studies* 393, 394 ss (1984).

⁴⁴ Par externalités on désigne les coûts résultant de l'activité d'une entreprise qui ne sont pas supportés par cette dernière et dont elle a donc tendance à ne pas tenir compte; un exemple classique est celui de la pollution de l'air. L'Etat peut intervenir pour protéger ce bien public en forçant l'entreprise à prendre en compte (à internaliser) de tels coûts par le biais de normes – par exemple en instituant des normes en matière d'émission ou une responsabilité environnementale.

⁴⁵ Pour une bonne description des raisons pour lesquelles la réglementation administrative ne servirait pas l'intérêt public, voir WINSTON, *supra* note 41, pp. 1266-1267; pour une analyse récente, cf. Jean-Jacques LAFFONT/Jean TIROLE, Cartelization by Regulation, 5 *Journal of Regulatory Economics* 111 (1993).

⁴⁶ Sans compter que l'analyse empirique de l'influence des groupes d'intérêts sur le comportement des autorités est difficile à effectuer: voir à ce propos Steven B. CAUDILL/Bae-Geun IM/David L. KASERMAN, Modeling Regulatory Behavior: The Economic Theory of Regulation Versus Alternative Theories and Simple Rules of Thumb, 5 *Journal of Regulatory Economics* 251 (1993).

débat, la différence avec d'autres techniques envisageables n'étant pas aussi grande qu'on le prétend.⁴⁷ Dès lors, l'on ferait mieux de s'intéresser à la relation autorité de surveillance – administré conçue comme une relation similaire à celle des parties à un contrat de longue durée.

En deuxième lieu, certains auteurs estiment que l'industrie bancaire ne diffère pas d'autres industries au regard de la difficulté à apprécier les risques encourus et qu'une intervention étatique ne se justifie pas au-delà de la formulation d'exigences en matière de transparence.⁴⁸ Cependant certaines conséquences de cette approche ont fait l'objet d'assez vives critiques⁴⁹ et ses partisans admettent qu'une intervention plus prononcée se justifie dans les cas où le marché n'est pas en mesure d'opérer des distinctions d'entreprise à entreprise.⁵⁰

Enfin, il faut relever que la surveillance administrative est principalement jugée nécessaire parce que les imperfections du marché affectent l'appréciation de la solidité financière des intermédiaires financiers. Cependant, il n'en découle pas que les règles de conduite ne sont pas l'affaire de l'autorité de surveillance, et ce pour deux raisons. D'une part, les économistes admettent que, comme dans le cadre de toute activité économique, des normes sont nécessaires pour régir les relations entre les banques et leurs clients⁵¹ et certains estiment que le juge civil n'est pas nécessairement le mieux à même de formuler les principes généraux en la matière.⁵² D'autre part, même des économistes qui manifestent leur scepticisme quant à l'utilité de normes de droit administratif visant les intermédiaires financiers admettent que, du point de vue de la mise en oeuvre, une combinaison action publique/action privée peut s'avérer utile pour assurer un degré idéal de respect des normes.⁵³

Comme pour toutes questions faisant l'objet de controverses, l'examen qui précède ne permet pas de formuler des thèses incontestables. Il permet toutefois de mettre en exergue certains éléments qui sont importants pour l'analyse qui va suivre. Premièrement, ce qui est craint ce n'est pas que

⁴⁷ Voir Georges L. PRIEST, *The Origins of Utility Regulation and the "Theories of Regulation" Debate*, 36 *Journal of Law and Economics* 289, 294 (1993).

⁴⁸ Voir Ernst BALTENSPERGER/Jean DERMINE, *European Banking: Prudential and Regulatory Issues*, in: Jean DERMINE Ed., *European Banking in the 1990s*, Oxford 1990, pp. 17 ss, 26-27.

⁴⁹ Voir notamment Charles A. E. GOODHART, *Can we Improve the Structure of Financial Systems*, 37 *European Economic Review* 268 (1993).

⁵⁰ Voir récemment Jean DERMINE, *Prudential Supervision, Necessity and Impact*, *European Economy* 1/1994, pp. 57, 64.

⁵¹ Voir parmi beaucoup d'autres Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4^e éd., Boston 1992, pp. 89 ss; Robert COOTER/Thomas ULEN, *Law and Economics*, Glenview/Londres 1988, pp. 228 ss.

⁵² Voir Kenneth J. ARROW, *Collected Papers, Volume 4: The Economics of Information*, Cambridge 1984, pp. 183-184.

⁵³ Voir déjà Gary S. BECKER/Georges J. STIGLER, *Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers*, 3 *Journal of Legal Studies* 1 (1974).

l'autorité de surveillance ne tienne pas compte des intérêts des intermédiaires financiers, mais bien plutôt qu'elle tende à les favoriser au détriment de certains consommateurs,⁵⁴ voire soit à la botte de certains établissements. Deuxièmement, une action concertée de l'autorité de surveillance, des organisations professionnelles et du juge (civil ou pénal) est appropriée,⁵⁵ même dans le domaine des règles de conduite, pour autant que l'on minimise le rôle normatif de l'autorité de surveillance – étant entendu qu'il peut être difficile de distinguer entre formulation des règles et mise en oeuvre.

C. Aspects politiques

La référence au danger d'un "regulatory capture" nous rappelle que ce ne sont pas seulement les aspects juridiques et économiques qu'il convient de prendre en compte, mais également la dimension politique. Cette dernière peut jouer un rôle au niveau législatif et au niveau de l'autorité de surveillance.

1. Les différents auteurs de normes se sont montrés ces dernières années assez sensibles au credo libéral, notamment en raison de la pression compétitive dont sont l'objet les différentes places financières. Il en est résulté une certaine déréglementation, qui a cependant davantage concerné l'accès aux différents marchés que la surveillance des intermédiaires financiers à proprement parler.

En effet, s'agissant de ces derniers, l'évolution normative reflète souvent une réaction à des "accidents" et une volonté de démontrer que l'on ne reste pas insensible à des "scandales". Cette appréciation peut paraître sévère et il convient de souligner d'entrée de cause qu'elle ne reflète pas un jugement de valeur. Nous entendons simplement marquer qu'une certaine dose de "réalisme politique" est nécessaire si l'on veut éviter de se perdre dans des débats stériles et tenter d'aménager de manière acceptable des règles dont le principe ne peut être remis en cause.

Deux types de règles sont particulièrement significatives à cet égard. La première catégorie concerne la solidité financière des établissements financiers. L'adoption et le développement des normes relatives aux fonds propres reflètent notamment deux considérations politiques: pouvoir justifier de l'existence d'exigences financières préventives au cas où une faillite retentissante se produirait et éviter l'adoption de prescriptions qui empêcheraient, en raison de leur sévérité, l'industrie bancaire domestique de lutter à armes égales avec ses concurrents ("level playing field").

⁵⁴ Voir Sam PELTZMAN, *The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation*, Brookings Papers on Economic Activities: Microeconomics, 1989, pp. 1, 13.

⁵⁵ Voir récemment DERMINE, *supra* note 50, p. 64.

La seconde catégorie concerne les transactions “louches”. L’adoption et le développement de normes dans ce domaine reflète également d’importantes considérations politiques, notamment la volonté de prouver au citoyen que l’on ne demeure pas passif face au trafic de drogue, d’armes et d’influence – ce d’autant plus qu’il est normalement moins difficile d’imposer des exigences aux intermédiaires financiers que de résoudre les problèmes de fond qui sont à l’origine de telles pratiques.⁵⁶

En d’autres termes, il convient d’admettre que l’importance politique de certaines règles fait qu’il est (heureusement ou malheureusement) illusoire de vouloir remettre en cause leur principe: on ne peut agir qu’au niveau de la formulation et de la mise en oeuvre des normes.

2. L’intervention ou la non intervention⁵⁷ de l’autorité de surveillance peuvent refléter diverses préoccupations, y compris des motivations politiques. Ainsi, l’autorité de surveillance pourra être influencée dans la phase de prise de décision par l’impact des mesures envisagées sur le taux de chômage (par exemple lorsque des exigences plus sévères en matière de crédits sont envisagées) ou le commerce extérieur (par exemple du fait des répercussions à l’étranger du retrait d’une autorisation). Ainsi, plus égoïstement, le comportement de l’autorité de surveillance pourra être conditionné par la volonté de limiter le pouvoir de contrôle d’autres organes de l’Etat,⁵⁸ par le désir de ses membres d’être maintenus dans leurs fonctions ou d’être appelés à d’autres fonctions⁵⁹ ou, tout simplement, par la peur de se retrouver au centre de polémiques médiatisées.

Ici encore, on ne saurait tirer prétexte de l’existence potentielle de telles motivations politiques pour tenter de justifier des thèses “libérales”. D’une part, ce serait à nouveau oublier que la surveillance des intermédiaires financiers est un fait incontournable. D’autre part, ce serait méconnaître que des considérations politiques sont tout autant, sinon davantage,⁶⁰

⁵⁶ Voir à ce propos Gérard HERTIG, Organisations internationales et moralité financière, in: Jean-Victor LOUIS/Diego DEVOS Eds, L’éthique des marchés financiers, Bruxelles 1991, pp. 137 ss.

⁵⁷ Pour des exemples d’insuffisance d’intervention en raison de motifs politiques, voir DEWATRIPONT/TIROLE, *supra* note 38, pp. 133-135; L. WHITE, The S & L Debacle, Public Policy for Banks and Thrift Regulation, Oxford 1993.

⁵⁸ Un bon exemple est fourni en Suisse par les réactions à la motion Zimmerli concernant le contrôle du Parlement sur les activités de la CFB: voir à ce propos Leo SCHÜRMANN, Die Frage einer parlamentarischen Oberaufsicht über die Eidgenössische Bankenkommission, in: Peter NOBEL Ed., Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 2 (1993), Berne 1994, pp. 113 ss, ainsi que la discussion relative à cette contribution, pp. 122 ss.

⁵⁹ Voir récemment à ce sujet Arnoud W. A. BOOT/Anjan V. THAKOR, Self-Interested Bank Regulation, 83 American Economic Review, Papers and Proceedings 206 (1993).

⁶⁰ A la différence des autorités administratives, les juges civils ou pénaux ne sont en principe chargés que d’une affaire ou d’une série d’affaires bien déterminées et n’ont pas à prendre en compte les contraintes résultant de l’existence d’une relation durable avec les intermédiaires financiers. Il peut dès lors être plus tentant de tirer parti du profil

susceptibles de conditionner le comportement des autorités potentiellement compétentes par défaut, à savoir les autorités judiciaires civiles et pénales. Enfin, même s'il est possible que le comportement des autorités administratives puisse être motivé par les considérations égoïstes susmentionnées (par exemple le désir d'être maintenu en fonction ou de tenir compte des thèses populistes du moment), nous demeurons convaincu qu'à l'échelle suisse tout au moins, il convient d'admettre que l'intérêt général demeure l'élément essentiel dans le cadre du processus de prise de décision.⁶¹

En revanche, il convient de ne pas faire preuve d'un angélisme béat et de tenir compte dans le cadre de l'analyse des motivations potentiellement politiques de l'autorité de surveillance.

D. Appréciation et dimension internationale

On a constaté que les banques sont assujetties en Suisse à une réglementation poursuivant deux objectifs majeurs: la protection des créanciers et le bon fonctionnement du système bancaire.

La poursuite de tels objectifs n'est pas criticable d'un point de vue économique, dans la mesure où ils permettent de pallier l'imperfection dans l'information et l'existence d'externalités. De même, dans une perspective politique, une telle orientation est bienvenue, notamment parce qu'elle devrait permettre une certaine prévention des accidents et des scandales.

La grande difficulté, tant du point de vue juridique que du point de vue économique et politique, est de déterminer la meilleure manière de concrétiser de tels objectifs. Le problème est d'autant plus difficile à résoudre que toute proposition reflète nécessairement les convictions de son auteur quant aux deux questions centrales mentionnées dans notre introduction, à savoir la portée de l'intervention étatique et l'état de la concurrence entre intermédiaires financiers.

En ce qui concerne le rôle de l'Etat, il nous paraît qu'il faut tenir compte de deux contraintes. D'une part, il convient de respecter la protection offerte par la liberté du commerce et de l'industrie; d'autre part, l'intervention de l'Etat ne doit pas être de nature à créer une fausse impression de sécurité entraînant la prise de risques excessifs ("moral hazard"): il faut veiller au maintien d'une discipline du marché. Le principe d'une intervention visant à protéger les créanciers et le fonctionnement du système

médiatique d'une affaire dont on est saisi, les implications futures étant limitées. S'agissant du rôle respectif de l'autorité administrative et du juge (civil ou pénal), voir *infra* III/B/3/d.

⁶¹ Voir récemment dans ce sens Clifford NOWELL/John TSCHIRHART, *Testing Theories of Regulatory Behavior*, 8 *Review of Industrial Organization* 653 (1993).

étant admis,⁶² la question fondamentale est dès lors celle du respect du principe de la proportionnalité.

S'agissant de la concurrence entre intermédiaires financiers, les controverses reflètent pour partie une appréciation différente des coûts résultant de la réglementation et pour partie des divergences concernant l'état de la concurrence entre régimes juridiques et/ou autorités de surveillance. La question des coûts se confond en grande partie avec celle de la proportionnalité des mesures prises;⁶³ en revanche, le problème de la concurrence des règles et de leur mise en oeuvre mérite d'être examiné plus en détail.

Il convient de tenir compte de quatre éléments au moins: les progrès en matière d'harmonisation des règles, le développement de la surveillance, le risque de sous-enchère et le rôle du protectionnisme.

1. On constate depuis quelques années une tendance à l'harmonisation internationale des règles relatives aux intermédiaires financiers. Ces développements sont principalement le fait d'organismes tels le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (aussi dénommé Comité Cooke) et l'International Organization of Securities Commissions (IOSCO). On mentionnera également, sur un plan plus régional, l'harmonisation achevée au sein de l'Union Européenne suite à l'adoption de la deuxième directive bancaire⁶⁴ et de la directive sur les services d'investissements.⁶⁵

Cette harmonisation concerne avant tout les règles en matière de fonds propres et donc, plus généralement, la solidité financière des intermédiaires financiers. Toutefois, elle intervient également pour les dispositions relatives aux règles de conduite; s'agissant de ces dernières, on mentionnera ainsi qu'IOSCO a élaboré des International Conduct of Business Principles⁶⁶ et que ces derniers ont été repris pratiquement mot pour mot dans la directive sur les services d'investissements.⁶⁷

Même si cette harmonisation est souvent lacunaire⁶⁸ ou très générale,⁶⁹ elle contribue néanmoins à réduire les distorsions résultant de divergences normatives. La tendance est d'ailleurs à la prise de mesures garantissant que les intermédiaires financiers luttent à armes égales ("level playing

⁶² Voir *supra* II/A.

⁶³ Voir à ce propos *infra* IV/A/2.

⁶⁴ J.O.C.E. L 386, du 30 décembre 1989, p. 1.

⁶⁵ J.O.C.E. L 141, du 11 juin 1993, p. 27.

⁶⁶ Voir *supra* note 5.

⁶⁷ Article 11 de la directive.

⁶⁸ Ainsi, on constate que, dans le domaine des fonds propres, l'harmonisation ne concerne encore que certains intermédiaires (les établissements bancaires) et porte avant tout sur certains risques (les risques crédits); de plus, la comparabilité des exigences demeure sujette à caution en l'absence d'harmonisation dans le domaine comptable.

⁶⁹ Tel est notamment le cas pour les règles de conduite, reproduites et commentées in: Bulletin COB N° 244, février 1991 (Supplément Etudes N° 45), qui concernent les questions suivantes: honnêteté et loyauté; diligence; obligation de moyens; connaissance du client; information du client; conflits d'intérêts; respect des règles de marché.

field”), les autorités concernées se rendant compte des dangers prudentiels ou concurrentiels résultant d’une approche nationale à l’heure de la globalisation des activités et du développement technologique.

2. On a constaté depuis les années 70 une certaine déréglementation, surtout en ce qui concerne l’accès aux différents marchés. Les autorités de surveillance se sont inquiétées des dangers pouvant en résulter, notamment en raison des difficultés d’adaptation que pourraient connaître les intermédiaires financiers.

C’est pourquoi, tenant également compte de la nécessité d’opérer des assainissements au sein de l’industrie bancaire, la Banque des Règlements Internationaux (BRI) préconise de renforcer la surveillance des intermédiaires financiers.⁷⁰ Une même tendance se manifeste en ce qui concerne les activités potentiellement intéressantes pour le crime organisé; ainsi le Groupe d’Action Financière (GAFI), constitué de représentants de quinze pays, oeuvre pour la prise de mesures permettant de prévenir l’utilisation du système bancaire ou des institutions financières aux fins de blanchir l’argent provenant du trafic de drogue.⁷¹

C’est dire qu’une autre grande source de distorsion, la manière différenciée d’appliquer et de faire respecter les règles, est potentiellement réduite. Certes, les variations demeurent; elles constituent toujours l’un des éléments à prendre en compte lors de la détermination de la localisation d’activités financières. Toutefois, on peut penser que, notamment dans le cadre des pressions visant à l’établissement d’un “level playing field”, l’équivalence dans la mise en oeuvre est une préoccupation qui risque de prendre de plus en plus d’importance. Un avant-goût en est donné par la réaction provoquée par l’affaire de la Bank of Commerce and Credit International (BCCI), qui a donné lieu à de nombreux appels en faveur d’une surveillance tenant davantage compte de la réalité économique;⁷² un autre signe en est l’effort entrepris au sein du GAFI pour évaluer la réalité du respect des dispositions relatives à l’identification des clients et au contrôle de leurs opérations.⁷³

⁷⁰ BRI, 62^e Rapport annuel, 1991-1992, notamment pp. 237 ss.

⁷¹ Voir notamment le Rapport du Groupe d’action financière sur le blanchiment de capitaux, Bulletin CFB N° 20 (1990) pp. 35 ss.

⁷² La BCCI a fait l’objet d’une décision de fermeture dans le cadre d’une opération concertée d’autorités de surveillance agissant sous la direction de la Bank of England, suite à des manoeuvres frauduleuses rendues notamment possibles par le fait que la direction effective de la banque était sise en Grande-Bretagne et non dans le pays où le groupe avait son siège social, à savoir au Luxembourg. En ce qui concerne les leçons à tirer de cette affaire pour la surveillance des banques travaillant sur le plan international, voir par exemple Rapport de gestion CFB 1991, Berne 1992, pp. 225-227.

⁷³ Voir notamment Rapport de gestion CFB 1992, Berne 1993, pp. 260-261.

3. L'harmonisation des règles, la similarité dans la mise en oeuvre ne sont pas telles – même dans un contexte aussi intégré que celui des Communautés européennes – que l'on puisse prétendre qu'il n'y a plus de place pour une concurrence entre systèmes légaux.

On peut même penser qu'une telle concurrence sera toujours présente. En effet, l'harmonisation porte avant tout sur des exigences considérées essentielles; elle n'exclut donc pas une concurrence pour le surplus, particulièrement dans le domaine des règles de conduite.⁷⁴ De plus, le degré de mise en oeuvre demeurera variable, même en ce qui concerne des normes harmonisées: ne serait-ce que pour des raisons culturelles, la pratique des différentes autorités de surveillance demeurera différenciée, ce qui ne manquera pas d'être exploité par les intermédiaires financiers. Une concurrence d'exécution se développera parallèlement à la concurrence de règles.

Il nous paraît que l'existence de telles concurrences est une bonne chose. Même si, par impossible, l'on parvenait à concevoir un système légal "parfait", sa mise en oeuvre laisserait nécessairement à désirer. En conséquence, la réalité étant imparfaite, la concurrence garantit la flexibilité et la mutabilité⁷⁵ des systèmes existants. La validité de cette conclusion suppose toutefois que cette concurrence ne devienne pas excessive: une trop grande déréglementation et un laxisme au niveau de la surveillance sont, on l'a vu,⁷⁶ des phénomènes potentiellement dangereux. De tels développements sont cependant peu vraisemblables. D'une part, des études empiriques entreprises dans le domaine du droit des sociétés ont montré que la concurrence entre systèmes juridiques ne menait pas à des abus;⁷⁷ il devrait en être de même en matière de droit bancaire et des marchés financiers,⁷⁸ notamment en raison de l'importance de l'élément "réputation" et du lien entre ce dernier et la crédibilité du régime légal. D'autre part, si des abus devaient néanmoins se manifester, des mesures seraient assez rapidement prises sur le plan international: tant pour des

⁷⁴ Voir notamment à ce propos Gérard HERTIG, *Imperfect Mutual Recognition for EC Financial Services*, 13 *International Review of Law and Economics* 177 (1994).

⁷⁵ Plus la "mutabilité" d'une norme est grande, plus son adaptabilité à des circonstances nouvelles est assurée, ce qui doit être évalué positivement: voir à ce sujet Ronald J. GILSON, *The Political Ecology of Takeovers: Thoughts on Harmonizing the European Corporate Governance Environment*, in: Klaus J. HOPT/Eddy WYMEERSCH, *European Takeovers – Law and Practice*, Londres 1992, pp. 49, 60 ss.

⁷⁶ Voir *supra* sous-section précédente (2).

⁷⁷ Voir Roberta ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, New Haven 1993.

⁷⁸ Voir, à propos des Etats membres de l'Union Européenne, Patrick VAN CAYSELEE, *Regulation and Financial Market Integration*, in: Alfred STEINHERR Ed., *The New European Financial Market Place*, Londres 1992, pp. 68 ss, 74; plus généralement, cf. également Benn STEIL, *Regulatory Foundations for Global Capital Markets*, in: Richard O'BRIEN Ed., *Finance and the International Economy: 6 (The 1992 Essays)*, Oxford 1992, pp. 63 ss. Moins optimiste: Richard HERRING, 92' and After: *The International Supervisory Challenge*, in: Hans GENBERG/Alexandre K. SWOBODA Eds, *World Financial Markets after 1992*, Londres 1993, pp. 177 ss.

raisons politiques que pour des raisons économiques, les Etats dont les exigences sont plus grandes exerceront des pressions dont l'expérience montre qu'elles débouchent en principe sur l'adoption de standards minima.

4. On doit bien davantage craindre le risque de voir les Etats mettre à profit la latitude d'action dont ils bénéficient pour prendre des mesures protectionnistes.⁷⁹

Ce risque peut se concrétiser de multiples manières: assujettissement des activités financières à autorisation domestique, adoption de procédures d'autorisation complexes, absence de transparence des règles et des procédures, mise en oeuvre différenciée selon la nationalité des intermédiaires financiers, harcèlement fiscal, etc.

Certes, le protectionnisme connaît des limites, qui peuvent être légales (en raison des accords GATT/GATS⁸⁰ ou d'autres traités internationaux⁸¹) ou simplement de fait. Toutefois, il existe de multiples manières d'instituer des barrières à l'entrée ou à l'activité des intermédiaires financiers sur un marché déterminé. Ainsi, l'argument de la protection du système financier ou de la protection du consommateur a souvent bon dos;⁸² ou encore, des exigences apparemment légitimes de transparence peuvent être un bon moyen d'entraver certaines activités ou de défavoriser certains intermédiaires.⁸³

⁷⁹ Sur ce sujet, voir notamment Robert Z. ALIBER, *Regulation, Protection, and the Structure of the International Banking Industry*, in: Gerhard FELS/George SUTJA Eds, *Protectionism and International Banking*, Londres 1991, pp. 187 ss.

⁸⁰ L'aboutissement des négociations de l'Uruguay Round n'amènera cependant pas, à court terme, de libéralisation notable dans le secteur des services financiers. Même si l'on constate certains progrès, la décision finalement prise est de "agree to disagree" quant à l'adoption de résolutions spécifiques et de s'engager à poursuivre des négociations. Voir à ce propos *Institutions Européennes et Finance* N° 9 (décembre 1993), pp. 6-7 (GATT: Les services financiers provisoirement exclus), qui reproduit également la déclaration ministérielle relative aux services financiers et le texte de l'article XVII concernant le traitement national; cf. également Karel LANNO, *GATT, Financial Regulation Report*, janvier 1994, pp. 25-26; Mary E. FOOTER, *GATT and the Multilateral Regulation of Banking Services*, 27 *The International Lawyer* 343 (1993).

⁸¹ On remarquera à ce propos que la CNUCED a récemment adressé un appel pressant aux pays en voie de développement afin que ces derniers améliorent leurs réglementations financières dans le but de faciliter les investissements financiers.

⁸² Voir ainsi la Résolution du Parlement européen sur le programme stratégique de la Commission visant à renforcer l'efficacité du marché intérieur, J.O.C.E. C 268, du 4 octobre 1993, pp. 197 ss, qui relève expressément le risque pour la réalisation du marché intérieur représenté par l'apparition de formes de protectionnisme de plus en plus sophistiquées, autrement dit l'utilisation abusive d'objectifs de protection de l'environnement et des consommateurs, entre autres choses (p. 198).

⁸³ S'agissant des problèmes qu'un excès de transparence peut causer aux market makers, voir notamment: pour l'Europe, Peter FARMERY, *Looking Towards a European Internal Market in Financial Services: Some Paradoxes and Paradigms: A Survey of Current Issues and Problems*, *European Business Law Review* 1992, pp. 94 ss, 98; pour les USA,

Ce risque de protectionnisme n'est toutefois que partiellement préoccupant du point de vue suisse. Le fait que d'autres Etats se montrent moins ouverts sur l'étranger a, jusqu'ici, eu des conséquences plutôt favorables pour la Suisse et les établissements qui y opèrent. Certes, divers pays, notamment les USA, ont développé récemment des pratiques pouvant provoquer des difficultés pour les établissements financiers étrangers.⁸⁴ Toutefois, ces mesures ne touchent, pour l'heure, que marginalement les banques suisses; par ailleurs, l'expérience passée montre que le recours à l'exigence de la réciprocité ou la saisine d'instances internationales devraient permettre d'éviter certains abus.

En résumé, la tendance à la convergence internationale en matière de normes et de mise en oeuvre de la surveillance, l'importance de l'élément réputation limitent le danger de voir émerger ou, du moins, se maintenir des systèmes légaux étrangers dont le laxisme serait constitutif d'une importante concurrence "déloyale". Ceci ne veut bien entendu pas dire que la concurrence entre systèmes légaux n'existe pas et qu'il ne faut pas veiller à créer ou à conserver des avantages compétitifs⁸⁵ en la matière. Toute norme administrative, toute intervention de l'autorité de surveillance ne sont pas déjà justifiées si elles sont propres à réaliser les objectifs de la LB et si elles sont celles qui portent le moins atteinte aux intérêts des administrés concernés; il faut encore que leur adoption s'impose au vu de l'intérêt (public) au maintien de la compétitivité de la place financière suisse.

Autrement dit, on constate qu'à tous égards le principe de la proportionnalité joue un rôle essentiel. C'est d'ailleurs, à notre avis, la principale raison pour laquelle les controverses sont parfois aussi vives. Qui dit proportionnalité dit nécessairement jugement de valeur, ce qui a deux conséquences. D'une part, on tente alors parfois de porter le débat sur un autre plan, par exemple celui de la légalité, dans l'espoir de pouvoir ainsi mieux limiter la latitude d'action de l'autorité. D'autre part, il va de soi que les établissements financiers, leurs clients, le public en général et les autorités n'ont pas (et c'est tant mieux) toujours le même jugement de valeur face à une situation donnée; les normes ou les mesures prises peuvent alors assez facilement (à tort ou à raison) être considérées comme inappropriées et les relations entre surveillants et surveillés se dégrader.

Il va de soi que cela ne veut pas dire que la proportionnalité permet de justifier toute intervention de l'Etat. Nous venons de voir que la proportionnalité veut que la compétitivité de la place financière suisse soit prise

l'étude de la SEC Market 2000: An Examination of Current Equity Market Developments, reproduite in: CCH, Federal Securities Law Reports, N° 1595 (10 février 1994) et 85.311.

⁸⁴ Notamment dans le cadre de l'application du Foreign Bank Supervision Enhancement Act of 1991 105 Stat. 2236 (1991); voir à ce propos Gary M. WELSH, The U.S. Should Unshackle Foreign Banks, Wall Street Journal Europe, 23-24 avril 1993.

⁸⁵ Voir *supra* note 11.

en compte, ce qui constitue un frein non négligeable à l'intervention de l'Etat. Il convient également de ne pas sous-estimer les limitations (légitimes) résultant d'autres principes, à savoir notamment des principes de légalité et d'égalité de traitement.

C'est dans cette perspective que les prochains chapitres portent sur la question de la légalité de l'intervention de la CFB (chapitre III) et sur celle de la proportionnalité des exigences en matière de diligence (chapitre IV).

III. Intervention de l'autorité de surveillance: base légale et densité normative

En vertu de l'article 23^{bis} LB, la CFB prend les décisions nécessaires à l'application de la loi et veille au respect des prescriptions légales.

Plus concrètement, une banque ne peut commencer son activité qu'après avoir obtenu une autorisation de la CFB, autorisation qui lui est accordée si les exigences légales sont remplies.⁸⁶ En ce qui concerne la diligence du banquier, on mentionnera tout particulièrement l'article 3 al. 2 lit. c LB; cette disposition prévoit que les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque doivent jouir d'une bonne réputation et présenter toutes garanties d'une activité irréprochable.

Lorsque la CFB apprend que des infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités ont été commises, l'article 23^{ter} al. 1 LB la charge de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités. Dans les cas extrêmes, l'article 23^{quinqies} prévoit que la CFB retire à la banque qui ne remplit plus les conditions requises ou qui viole gravement ses obligations légales l'autorisation d'exercer son activité.

Ces dispositions confèrent, à première vue du moins, des pouvoirs très étendus à la CFB. Au regard du principe de la légalité,⁸⁷ on doit dès lors se poser deux questions:

- 1) Ces dispositions constituent-elles une *base légale* suffisante dans le domaine de la diligence?
- 2) Dans l'affirmative, ne sont-elles pas une source d'*insécurité juridique* à laquelle il convient de remédier?

A. La légalité

Dans les domaines qui se caractérisent par leur complexité et dans lesquels des éléments de fait ou de nature technique jouent un rôle important et se modifient rapidement, le législateur peut déléguer des compétences nor-

⁸⁶ Articles 3 ss LB.

⁸⁷ S'agissant des contraintes résultant du principe de la proportionnalité, voir *infra* chapitre IV.

matives relativement étendues à l'autorité de surveillance ou conférer à cette dernière un large pouvoir d'appréciation.⁸⁸

On reconnaît généralement que la surveillance bancaire est un domaine dans lequel le législateur peut agir de la sorte.⁸⁹ En revanche, il est contesté que le texte actuel de la LB permette à la CFB de se prévaloir d'une telle délégation ou d'un tel pouvoir d'appréciation en matière de diligence, à savoir plus précisément dans le domaine des règles de conduite.

Il faut constater que la LB comprend des dispositions relatives aux exigences en matière de solidité financière des banques,⁹⁰ mais qu'elle ne fait pratiquement pas référence à des règles de conduite. Tout au plus peut-on mentionner l'article 4^{quater} LB qui prohibe la publicité trompeuse ou intempestive. Il en découle que, dans la mesure où des exigences en matière de diligence iraient au-delà de ce qui est requis pour assurer le respect des dispositions relatives à la solidité financière, la CFB ne peut se prévaloir que des dispositions générales des articles 3 LB et 23^{ter} LB.

Or, notamment en matière d'identification du client ou d'examen de l'arrière-plan économique des opérations entreprises par un client, la CFB impose le respect d'exigences de diligence à la fois sévères et non directement liées à la solidité financière des banques. Certains estiment en conséquence que, vu l'impact pratique considérable de telles exigences de diligence, la CFB n'a pas une base légale suffisante pour intervenir de la sorte.⁹¹

Cette thèse ne nous paraît aujourd'hui plus valable. L'article 23^{ter} al. 1 LB, on l'a vu, charge la CFB de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal lorsqu'elle apprend que des infractions aux prescriptions légales (notamment la garantie d'une activité irréprochable exigée par l'article 3 LB) ou d'autres irrégularités ont été commises. Bien que l'interprétation de la notion juridique imprécise "irrégularité" ("Miss-stand") prête à controverses, il semble maintenant admis en doctrine⁹² que la CFB dispose d'une *base légale* suffisante pour intervenir lorsqu'une

⁸⁸ Voir ainsi Ulrich HAEFELIN/Georg MUELLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2^e éd., Zurich 1993, N^{os} 313, 323, 344 ss; Claude ROUILLER, *Le principe de la légalité en droit public suisse*, in: Charles-Albert MORAND Ed., *La légalité: un principe à géométrie variable*, Bâle 1992, pp. 7, 19 ss, 22 s; Thomas COTTIER, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, 2^e éd., Coire/Zurich 1991, notamment pp. 127 ss; Blaise KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle 1991, notamment N^o 174 et 322; Pierre MOOR, *Droit administratif*, Volume I, Berne 1988, pp. 295 ss, 268 s; René RHINOW, *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: Eine Einladung zum Nach- und Umdenken*, Recht 1983, pp. 41 ss et 83 ss notamment 43 ss.

⁸⁹ Voir notamment RHINOW/BAYERDÖRFER, *supra* note 28, pp. 18-19.

⁹⁰ Articles 4 et ss LB.

⁹¹ Voir ainsi KLEINER, *supra* note 29, N^o 18b ad Art. 3-3^{ter} LB; RHINOW/BAYERDÖRFER, *supra* note 28, pp. 49 ss.

⁹² Voir ainsi KLEINER, *supra* note 29, N^o 35 ad Art. 3-3^{ter} LB et N^o 4 ad Art. 23^{ter} LB; Urs EMCH/Hugo RENZ/Franz BÖSCH, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 4^e éd., Thun 1993, p. 82.

banque viole des dispositions juridiquement contraignantes, à savoir toutes les normes impératives écrites et les règles professionnelles (“Standesregeln”),⁹³ voire les clauses contractuelles. Cette évolution est confirmée par le projet de LBVM.

Certes, le Conseil des Etats a voulu se montrer plus restrictif que le Conseil fédéral en ce qui concerne la latitude d’action de l’autorité de surveillance: alors que le Conseil fédéral proposait de reprendre la formule de l’article 23^{ter} LB,⁹⁴ le Conseil des Etats n’a pas voulu d’un texte se référant à la suppression “d’irrégularités”. Il a néanmoins retenu que la future Commission fédérale des banques et des bourses doit rétablir l’ordre légal lorsqu’elle apprend que des infractions aux prescriptions légales (y compris la garantie d’une activité irréprochable⁹⁵) ou des violations de règlements ou de règles de déontologie⁹⁶ ont été commises.⁹⁷ Certes, il manque une référence spécifique à la violation de dispositions contractuelles; toutefois, à la différence de la LB, la LBVM contient une prescription légale relative au respect de règles de conduite, ce qui devrait fournir une base légale équivalente.⁹⁸ Dès lors, la LBVM devrait codifier l’interprétation aujourd’hui donnée à l’article 23^{ter} al. 1 LB.

En conséquence, les controverses relatives à la légalité des interventions de la CFB pour défaut de diligence perdent une grande partie de leur intérêt pratique.⁹⁹ En effet, même si l’on se limite à prendre en compte le seul droit *suisse*,¹⁰⁰ les normes impératives écrites et les règles professionnelles existantes couvrent aujourd’hui un champ d’application matériel tellement large qu’elles suffisent à donner, au regard du principe de la légalité, toute la latitude d’action nécessaire à la CFB.¹⁰¹

⁹³ Les règles professionnelles (que l’on dénomme parfois également règles déontologiques, us et coutumes, ou encore auto-réglementation) peuvent être définies comme les règles de conduite généralement reconnues obligatoires dans la profession et ayant en principe fait l’objet d’une codification; en matière bancaire, les principales règles professionnelles valables en Suisse sont celles élaborées par l’Association suisse des banquiers et qui prennent normalement la forme de Conventions, que les membres sont invités à signer individuellement.

⁹⁴ Article 33 projet LBVM, FF 1993 I 1269, 1320-1321, 1354.

⁹⁵ L’article 10 du projet LBVM, FF 1993 I 1269, 1349, qui prévoit que le négociant et ses collaborateurs responsables présentent, de même que les actionnaires principaux, toutes garanties d’une activité irréprochable, n’a pas été amendé par le Conseil des Etats.

⁹⁶ Article 33 projet LBVM dans sa version Conseil des Etats du 13 décembre 1993.

⁹⁷ Voir B.O.C.E. 1993 V 1009.

⁹⁸ Article 11 du projet de LBVM, FF 1993 I 1269, 1348.

⁹⁹ Dans ce sens: Alain HIRSCH, Discussion relative aux rapports entre l’article 11 LBVM (règles de conduite des négociants) et l’exigence de la garantie d’une gestion irréprochable, in: Gérard HERTIG/Marina HERTIG-PELLI Eds, Colloque, L’avant-projet de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, Zurich 1992, p. 54.

¹⁰⁰ En ce qui concerne la prise en compte du droit étranger, voir *infra* IV/B.

¹⁰¹ Dans ce sens: KLEINER, *supra* note 29, N° 4 ad Art. 23^{ter} LB.

On peut s'en convaincre tant d'une manière générale, en déterminant les situations dans lesquelles la CFB pourrait avoir de la difficulté à justifier la *légalité*¹⁰² de ses exigences en matière de diligence, qu'en examinant l'impact du principe de la légalité pour deux exigences de diligence ayant joué un rôle important, l'identification du client et l'examen de l'arrière-plan économique des opérations du client.

1. Hypothèses critiques

A notre avis, la légalité des exigences de la CFB ne prête d'une manière générale à discussion que dans trois hypothèses, à savoir lors de la prise de mesures visant à prévenir ou à mettre fin à la violation d'engagements contractuels du banquier, lors de la prise de mesures visant à empêcher une dérogation contractuelle aux obligations de droit dispositif du banquier et lors de la prise de mesures visant à assurer la moralité des affaires.

1. Dans la première hypothèse, la violation d'engagements contractuels du banquier pourrait être considérée comme n'étant pas une infraction aux prescriptions légales ou une irrégularité lorsque ni des règles impératives du droit privé, ni des règles professionnelles sont violées. En d'autres termes, si le banquier dispose d'une latitude d'action lors de la détermination originelle de sa responsabilité dans un cas d'espèce, le fait qu'il respecte ou non ses engagements ne serait pas (*de lege lata*) l'affaire de l'autorité de surveillance. Il faut cependant constater que cette limite au pouvoir d'intervention de la CFB est d'une portée très réduite.

Un bon exemple en est donné par les obligations de diligence et de fidélité vis-à-vis du cocontractant, qui, à tout le moins comme devoirs accessoires, valent dans la plupart des relations entre une banque et son client (article 398 CO, applicable directement ou par analogie).¹⁰³ Ces obligations, dont la portée est extrêmement large, ont fait l'objet d'une codification relativement détaillée dans le domaine de la gestion de fortune.¹⁰⁴ Plus généralement, la banquier ne saurait s'exonérer de sa responsabilité en matière de diligence et de fidélité, du moins pour les cas de violation fautive grave (articles 100 et 101 CO).¹⁰⁵ Il semble admis que la CFB n'envisagera une intervention que pour prévenir ou réprimer des

¹⁰² On rappellera que la question de la proportionnalité des exigences de la CFB est traitée dans le chapitre suivant (chapitre IV).

¹⁰³ Voir par exemple à ce sujet Urs Philipp ROTH, Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: Festschrift für Beat KLEINER, Banken und Bankenrecht im Wandel, Zurich 1993, pp. 1 ss, notamment 12 ss.

¹⁰⁴ Voir les Directives de l'ASB concernant le mandat de gestion et les Directives de l'ASB concernant le commerce des Traded Options et des Financial Futures (reproduites in: Urs BERTSCHINGER, Sorgfaltspflicht der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Thèse St-Gall, Zurich 1991, pp. 231 ss).

¹⁰⁵ ATF Banque X. c/ B., 112 II 450, 456 (1986); voir également récemment l'arrêt du 11 mars 1992 du Bezirksgericht Horgen, SJZ 90 (1994), pp. 65 ss.

violations graves et répétées des obligations de diligence et de fidélité.¹⁰⁶ Dès lors, l'exonération de responsabilité est sans importance pratique du point de vue de l'autorité de surveillance et la question de l'existence d'une base légale permettant à la CFB de limiter de telles exonérations sans intérêt.

2. Dans la deuxième hypothèse, une dérogation contractuelle aux obligations de droit dispositif du banquier pourrait également être considérée comme n'étant pas une infraction aux prescriptions légales ou une irrégularité. Concrètement, cette hypothèse relève de la problématique plus générale du contrôle administratif des conditions générales.¹⁰⁷ Ce problème est d'actualité dans le domaine des services financiers et a notamment fait l'objet de vifs débats dans le cadre de l'élaboration de la LBVM.¹⁰⁸

A notre avis, la question de l'intervention de la CFB se pose avant tout si l'on devait constater l'existence de conditions générales trompeuses: tant du point de vue juridique (protection du déposant et de l'investisseur), que du point de vue économique (asymétrie dans l'information) et politique (réputation de la place financière suisse) des mesures préventives ou répressives pourraient devoir être envisagées. Or, des conditions générales trompeuses devraient, dans la règle, enfreindre des prescriptions légales, de nature bancaire,¹⁰⁹ concurrentielle¹¹⁰ ou même pénale¹¹¹ ou contrevenir à des règles professionnelles. La CFB ne devrait dès lors pas davantage connaître, en pratique, de difficultés à justifier la légalité d'une intervention concernant des conditions générales trompeuses.

En revanche, dans la mesure où les conditions générales ne sont pas trompeuses, la légalité d'une intervention de la CFB est certainement douteuse. Toutefois, les expériences faites en Suisse en matière de services financiers nous laissent penser que le principal effet d'une intervention de l'autorité de surveillance serait de favoriser les pratiques cartellaires ou de porter atteinte à la compétitivité de la place financière suisse, et non d'améliorer la position du client. Ainsi, en matière d'assurances privées, les exigences de l'autorité de surveillance ne sont certainement pas

¹⁰⁶ Voir JUNOD, *supra* note 27, p. 95: la pratique de la CFB montre qu'elle n'interviendra en cas de manquement d'une banque à ses obligations contractuelles envers un client que si un tel manquement est simultanément constitutif d'un acte illicite caractérisé et patent; KLEINER, *supra* note 29, N° 35 ad Art. 3-3^{ter} LB: la CFB dispose d'une base légale suffisante pour intervenir en cas de violation grave des obligations contractuelles du banquier, qu'elles soient de nature impérative ou dispositive.

¹⁰⁷ Voir notamment à ce propos Carl BAUDENBACHER, *Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Zurich 1983.

¹⁰⁸ Voir HERTIG/HERTIG-PELLI, *supra* note 99, pp. 45 ss.

¹⁰⁹ Voir article 4^{quater} LB.

¹¹⁰ Voir article 8 LCD.

¹¹¹ Voir articles 148 et 159 CPS.

étrangères aux déficiences constatées sur le plan de la concurrence,¹¹² dont le client fait bien entendu les frais. Ainsi, en matière de fonds de placement, la pratique montre que l'autorité de surveillance est souvent mal placée pour évaluer des clauses innovatrices¹¹³ et que les délais qui en résultent sont l'un des facteurs qui contribuent à la perte de compétitivité de la place financière suisse face au Luxembourg – sans que l'on puisse prétendre que le contrôle plus pointilleux intervient pour le bénéfice du client.¹¹⁴

En conséquence, dans la mesure où le principe de la légalité pourrait constituer ici une entrave à l'intervention de la CFB, cette limitation ne porte pas, à notre avis, atteinte à l'efficacité de la surveillance et doit, de plus, être considérée bienvenue. Dans cette perspective, il convient de se réjouir qu'aient échoué les tentatives d'instituer un (imparfait) contrôle des conditions générales des négociants en valeurs mobilières dans le cadre de la LBVM.¹¹⁵

3. Dans la troisième hypothèse, à savoir celle où le banquier agit contrairement à la morale, on pourrait estimer que la CFB ne peut pas intervenir en invoquant les dispositions en vertu desquelles le banquier doit jouir d'une bonne réputation, présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable (article 3 al. 2 lit. c LB) et ne pas commettre d'irrégularités ("Missstand" au sens de l'article 23^{ter} al. 1 LB).

Il nous semble qu'une intervention de l'autorité de surveillance dans une telle hypothèse peut être justifiée de diverses manières. En premier lieu, la probabilité existe qu'un tel banquier ne survive pas longtemps dans un milieu où la réputation joue un rôle si important; dès lors, il se justifie de prendre des mesures immédiates afin de protéger ses clients d'une future déconfiture. En deuxième lieu, on peut penser qu'un banquier qui n'hésite pas à agir contrairement à la morale n'aura guère plus de retenue en ce qui concerne la violation de prescriptions légales, ce qui justifie également la prise de mesures immédiates. Enfin, le comportement d'un tel banquier est de nature à porter atteinte à la réputation de la place financière.

¹¹² Voir L'état de la concurrence sur le marché des assurances choses, Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix 3/1988, pp. 61 ss, notamment 82, 124, 127.

¹¹³ Une tâche qui est *de jure* (approbation initiale du règlement) ou *de facto* (modification du règlement) la siennent tant sous le régime de la loi actuelle que dans le cadre du projet adopté par les Chambres fédérales; voir notamment le Message concernant la révision de la loi fédérale sur les fonds de placement, FF 1992 I 189, 209-210, 227-228.

¹¹⁴ Voir à ce sujet Margareta EGLI STEFFEN, Die Revisionsbedürftigkeit des AFG, Thèse Zurich 1988, Entlebuch 1989, notamment pp. 54-64.

¹¹⁵ Voir article 11 al. 3 du projet LBVM, FF 1993 I 1269, 1349: "Pour être valables, les conditions générales doivent être approuvées par l'autorité de surveillance".

Même si l'on admet qu'il s'agit là de bonnes raisons, et qu'il peut en exister encore d'autres, il n'est pas évident qu'elles permettent d'admettre que l'intervention de la CFB respecterait le principe de la *légalité*. En effet, il faut reconnaître que l'on modifie l'aune à laquelle le banquier est mesuré: ce n'est plus une norme spécifique (de droit civil, administratif ou pénal), mais la morale qui doit dicter son comportement.

Il est à ce stade intéressant de s'inspirer des réflexions faites dans le cadre de la lutte contre la corruption, où le problème du choix du critère permettant de juger le comportement de l'homme d'affaires s'est également posé. Trois critères ont notamment été envisagés¹¹⁶: le critère de l'intérêt public, le critère de l'opinion publique et le critère du choix normatif.

En vertu du critère de l'intérêt public, l'approche est la suivante: si un acte est contraire à l'intérêt public, il y a potentiellement corruption, même si cet acte est légal; si un acte est dans l'intérêt public, il n'y a pas corruption même si cet acte est illégal. Il ne faut pas être grand clerc pour constater que ce critère n'a pas le mérite de la clarté et qu'il ne fait que poser un problème encore plus complexe, celui de la pesée entre différents intérêts publics.

En vertu du critère de l'opinion publique, la corruption est ce qui est perçu comme tel par les citoyens d'un pays ou d'une région déterminés. Si ce critère permet de tenir compte des coutumes locales, le fait que l'opinion publique n'est pas homogène et varie dans le temps et selon les circonstances implique qu'un acte jugé acceptable à un moment donné soit considéré condamnable un peu plus tard.

En vertu du critère du choix normatif la corruption est ce que le législateur définit comme étant tel. Ce critère présente l'avantage d'une certaine transparence et d'un minimum de continuité, même s'il faut reconnaître que les définitions du législateur sont souvent vagues (le positivisme s'accompagne du recours à des notions juridiques indéterminées) et sans cohérence les unes par rapport aux autres. Il nous paraît dès lors que ce critère est le moins mauvais des critères proposés, car il présente certainement moins d'incertitudes et peut incontestablement se prévaloir d'une légitimité plus grande.

Rapportée au problème de la moralité du comportement du banquier, cette conclusion est intéressante en ce qu'elle montre que, même si l'on considère un domaine aussi moralement sensible que celui de la corruption, le critère du choix normatif spécifique est celui qui présente le moins d'imperfections. Il en découle, à notre avis, que si un banquier agit

¹¹⁶ Voir John GARDINER, *Defining Corruption*, in: Maurice PUNCH/Emile KOLTHOFF/Kees VAN DER VIJVER/Bram VAN VLIET, *Coping with Corruption in a Borderless World*, *Proceedings of the Fifth International Anti-Corruption Conference*, Deventer/Boston 1993, pp. 21, 25 ss.

contrairement à la morale, la CFB ne doit pouvoir intervenir que si elle peut se prévaloir d'un choix *spécifique* opéré par le législateur.

Tel est manifestement le cas lorsque l'atteinte à la morale constitue également une action contraire aux dispositions juridiquement contraignantes (y compris les règles professionnelles) justifiant à elle seule une intervention de l'autorité de surveillance. Tel est également le cas si le banquier s'est directement rendu coupable d'atteintes graves à la morale, car on ne pourrait alors admettre qu'il est au bénéfice d'une bonne réputation, une exigence spécifiquement prévue par l'article 3 al. 2 lit. c LB.¹¹⁷ En revanche, la CFB ne peut se prévaloir d'une base légale suffisante pour lui permettre de prendre des mesures lorsque tout ce que l'on peut reprocher au banquier, c'est une atteinte indirecte à la morale, par exemple parce qu'il a exécuté des opérations sur ordre de tiers sans vérifier si leur finalité est immorale; en effet, tant l'exigence de la gestion irréprochable que le pouvoir de la CFB d'intervenir pour remédier à des irrégularités ne peuvent être considérés comme des choix spécifiques du législateur en matière de moralité.

Cette conclusion est également imposée par le bon sens: on ne voit vraiment pas comment on pourrait exiger du banquier qu'il apprécie la moralité d'opérations entreprises par des tiers pouvant opérer dans des pays fort divers. En effet, même si, par impossible, l'on admettait qu'il est possible de porter un jugement moral "suisse", c'est-à-dire invariable géographiquement, des choix cornéliens resteraient à effectuer: le jugement moral doit-il être temporellement mis à jour et, dans la négative, quelle doit être la moralité "applicable"? Requérir un tel exercice ne serait pas seulement excessif, mais également stupide. En effet, la multiplicité des normes en vigueur fait que l'autorité de surveillance n'est guère entravée par une limitation à son pouvoir d'intervention dans le domaine de la moralité et s'en trouve probablement même avantagée: elle n'a pas à consacrer des ressources à l'exercice toujours périlleux de l'appréciation morale et n'a pas à répondre à d'éventuelles accusations de laxisme en la matière.

2. Identification et examen de l'arrière-plan des transactions

Les conclusions de cette analyse générale, à savoir que les limitations à l'intervention de la CFB résultant du principe de la légalité sont d'importance pratique réduite (et bienvenues), sont confirmées par l'examen de deux exigences concrètes de diligence ayant fait couler beaucoup d'encre, l'identification du client et l'examen de l'arrière-plan économique des transactions.

¹¹⁷ Pour une détermination des éléments déterminants pour l'appréciation de la réputation, voir notamment ATF X.-Bank AG c/ CFB, 108 Ib 196, 201 (1982); ATF Treuhandgesellschaft X. c/ CFB, 99 Ib 104, 111-112 (1973).

S'agissant de la première exigence, on mentionnera que l'article 305^{ter} du Code pénal suisse (CPS)¹¹⁸ réprime le défaut de vigilance concernant la vérification de l'identité de l'ayant droit économique dans le cadre d'opérations financières. Si cette disposition demeure très générale, on trouve en revanche des règles concernant l'identification du client dans la Convention relative à l'obligation de diligence des banques élaborée par l'Association suisse des banquiers (ASB) et signée par la quasi-totalité de ses membres, dont la dernière version est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992. Cette norme et ces règles professionnelles offrent une base légale plus que suffisante pour les interventions que la CFB pourrait juger nécessaires en la matière, comme cette dernière le reconnaît d'ailleurs implicitement.¹¹⁹

L'article 305^{bis} CPS réprime le blanchissage d'argent, à savoir la commission d'actes propres à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur de l'acte sait ou doit présumer qu'elles proviennent d'un crime (trafic de drogue, corruption passive, escroquerie par métier, etc.). Cette disposition n'entraîne pas de responsabilité du fait de la négligence; en revanche, il est clair que le blanchissage d'argent peut aussi revêtir la forme du dol éventuel: est punissable celui qui est en mesure d'imaginer que son acte est propre à entraver l'administration de la justice.¹²⁰ Il est dès lors évident qu'elle implique que le banquier doit procéder à des investigations relatives à l'arrière-plan économique de certaines opérations de clients s'il veut éviter de violer l'article 305^{bis} CPS. Ce devoir d'investigation peut être relativement étendu. D'une part, on admet qu'il n'est pas nécessaire que l'on soit au fait de la qualification légale pour être visé par l'article 305^{bis} CPS;¹²¹ d'autre part, quoique l'article 305^{bis} CPS ne vise que les crimes au sens du droit pénal suisse,¹²² certains¹²³ estiment qu'une infraction au droit pénal étranger peut être considérée comme un crime au sens

¹¹⁸ Voir *supra* note 4.

¹¹⁹ Voir notamment Rapport de gestion CFB 1992, Berne 1993, pp. 228-229.

¹²⁰ Voir Message du Conseil fédéral du 12 juin 1989 concernant la modification du code pénal suisse (Législation sur le blanchissage d'argent et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières), FF 1989 II 961, 984.

¹²¹ Voir ATF du 22 septembre 1993, S. c/ Procureur général du canton de Berne, SJ 1994 pp.145, 146.

¹²² Voir Niklaus SCHMID, Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB Art. 305^{bis}, in: Fédération suisse des avocats Ed., Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zurich 1991, pp. 111, 111-112 et les références citées; voir aussi ATF H. c/ Generalprokurator des Kantons Bern, 119 IV 59, 63 (1993).

¹²³ Voir notamment SCHMID, *supra* note 122, p. 112; Paolo BERNASCONI, Erscheinungsformen der Geldwäscherei in der Schweiz, in: Fédération suisse des avocats Ed., Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zurich 1991, pp. 7, 13. *Contra*: Jürg-Beat ACKERMANN, Geldwäscherei – Money Laundering, Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und in der Schweiz, Thèse Zurich, Zurich 1992, p. 217.

de l'article 305^{bis} CPS; même si la double incrimination n'est pas concrète, mais simplement abstraite: les faits reprochés à la personne poursuivie à l'étranger doivent être transposés, dans la mesure nécessaire et selon leur sens, pour juger de la punissabilité au sens du droit suisse – reprenant en cela la solution valant en matière d'entraide internationale.¹²⁴

Si l'on considère que le banquier a par ailleurs, en vertu du droit des obligations, le devoir de parfois s'intéresser à l'arrière-plan économique des opérations entreprises par le client,¹²⁵ on ne peut que constater que la CFB dispose également ici d'une base légale qui devrait s'avérer plus que suffisante pour toute intervention qu'elle pourrait juger nécessaire. On en voudra pour preuve qu'elle a pu adopter sans trop de contestations malgré sa portée relativement étendue, une circulaire¹²⁶ concernant les investigations à entreprendre en raison de l'existence d'opérations de blanchiment d'argent – même si la discrétion des milieux bancaires est probablement davantage motivée par des raisons politiques que juridiques.

En d'autres termes, ces deux exemples confirment que la critique de la légalité des interventions de la CFB n'a pas une grande valeur pratique. En fait, comme nous l'avons relevé, cette critique est normalement motivée par d'autres préoccupations. Il s'agit, d'une part, de la crainte de voir la CFB agir lorsqu'elle ne le devrait pas; on se trouve alors dans le contexte de la détermination de la protection offerte par le principe de la proportionnalité, une question que nous traiterons plus en détail dans le prochain chapitre.¹²⁷ Il s'agit, d'autre part, d'une réaction face à ce qui est considéré comme un facteur d'insécurité juridique.

B. La sécurité juridique

S'il est d'un point de vue pratique difficile de contester la légalité des mesures prises par la CFB, il faut toutefois constater qu'elle dispose d'un grand pouvoir d'appréciation, le cadre de son intervention étant défini par des notions juridiques imprécises (la gestion irréprochable, la présence d'irrégularités).¹²⁸ Certains auteurs estiment qu'au vu de l'insécurité juridique qui en découle, il convient pour le moins d'imposer à la CFB des exigences "compensatoires".¹²⁹

¹²⁴ Voir récemment ATF 29 mars 1993, F. Establishment c/ Tessin, SJ 1994, pp. 109, 110, qui rappelle clairement, à l'occasion d'une affaire de corruption, que seule est requise la double incrimination abstraite.

¹²⁵ Voir par exemple ATF X. AG c/ Bank Y., 119 II 333, 335 (1993); ATF Fondation B. c/ Bank L. du 31 juillet 1992; ATF F. c/ Banque U. du 18 décembre 1991.

¹²⁶ Circulaire CFB 91/3 Blanchiment de capitaux, du 18 décembre 1991, publiée dans le Recueil des circulaires édité par la CFB.

¹²⁷ *Infra* Chapitre IV.

¹²⁸ Voir parmi d'autres ATF X. Bank AG c/ CFB, 108 Ib 196, 200 (1982); ATF Bank X. c/ CFB, 98 Ib 269, 272-273 (1972).

¹²⁹ RHINOW/BAYERDÖRFER, *supra* note 28, p. 21; MOOR, *supra* note 88 pp. 290 s, 295.

Il faut prendre cet argument au sérieux. Le métier de banquier est suffisamment complexe, tant du point de vue de la matière qu'au regard du nombre d'employés et de clients impliqués, pour que l'on puisse exiger de l'Etat qu'il limite sa contribution à l'imprévisibilité au strict minimum. A cette fin deux méthodes sont envisageables: l'adoption de normes d'exécution et le renforcement de la prévisibilité de la pratique de la CFB.

1. L'adoption de normes d'exécution

L'insécurité juridique peut être réduite par l'adoption d'ordonnances ou de circulaires précisant le comportement attendu des administrés concernés.

Il existe diverses ordonnances relatives à la LB et la CFB a édicté plusieurs circulaires précisant la diligence requise des banquiers. A cet égard, la circulaire qui vient d'être mentionnée et qui incorpore les directives relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux¹³⁰ est un bon exemple de la difficulté et des inconvénients à tenter de préciser des notions juridiques imprécises par l'adoption de normes d'exécution.

Ces directives spécifient relativement en détail le comportement à adopter par le banquier, notamment s'agissant du devoir de vérification, du comportement à observer en cas de soupçon de blanchiment, de la conservation de la documentation et de l'établissement d'attestations; par la force des choses, cette accumulation de précisions rend les directives peu aisées à lire, difficiles à expliquer au personnel et encore plus difficiles à mettre en oeuvre en pratique. Par ailleurs, ces directives visent un grand nombre d'opérations, sans toutefois offrir une liste exhaustive des opérations "douteuses"; en effet, si tel était le cas, on ferait évidemment le jeu des auteurs d'opérations de blanchiment d'argent. On constate ainsi que ces directives ne peuvent pas être considérées comme le modèle d'une concrétisation pratique de règles de conduite.

Il convient alors de se demander si cet exemple est significatif de la difficulté générale à préciser des règles de conduite ou s'il ne reflète que le mauvais travail de la CFB dans un domaine spécifique. A notre avis, les reproches que l'on peut formuler à l'égard des directives blanchiment d'argent sont principalement un révélateur des inconvénients généraux résultant de l'adoption de normes d'exécution dans le domaine des règles de conduite. Ces inconvénients sont principalement les suivants: absence de flexibilité, priorité donnée au formalisme, dilution des responsabilités.

1. D'une manière générale, on court deux risques lorsque l'on tente de concrétiser le devoir de diligence par le biais d'ordonnances ou de circulaires. Soit ces normes d'exécution demeurent générales et leur utilité pour

¹³⁰ *Supra* note 126.

le praticien, ainsi que leur contribution à la diminution de l'insécurité juridique s'en trouvent réduites d'autant.

Soit ces normes sont relativement précises et elles se caractérisent par trois défauts majeurs. D'une part, elles se prêtent mal à une application journalière par les employés des banques, en raison de la difficulté à en mémoriser tous les arcanes et en raison de la rigidité des solutions prévues. D'autre part, elles sont vite dépassées par l'évolution des affaires et des techniques, mais ne peuvent être révisées rapidement, en raison de la procédure de consultation des milieux intéressés qui doit nécessairement précéder toute adaptation. Enfin, l'autorité de surveillance aura tendance à faire preuve d'un excès de sévérité, afin d'éviter d'être ultérieurement critiquée pour n'avoir pas prévu tous les "accidents" et "scandales" potentiels.

En d'autres termes, toute diminution *notable* de l'insécurité juridique se paie par une grande inflexibilité des comportements conformes au droit.

2. Dans la mesure où l'on réussit malgré tout à adopter des normes d'exécution qui demeurent d'une complexité et d'une flexibilité acceptables, leur respect implique souvent que l'on privilégie le formalisme au détriment de la réflexion.

Un bon exemple est à notre avis fourni par la Convention de diligence,¹³¹ relative aux devoirs d'identification du client par le banquier. Bien que la Convention de diligence émane de l'Association suisse des banquiers, le fait que la CFB ait participé à l'élaboration et soit informée des violations de la Convention de diligence¹³² permet de la considérer comme l'équivalent de normes d'exécution en matière d'identification du client.¹³³ Or on constate que les sanctions prises par la Commission de surveillance (privée) instituée par la Convention de diligence¹³⁴ visent avant tout le non respect de procédures formelles. Ainsi, les principales affaires traitées par la Commission de surveillance durant la période 1990-1992 ont trait à des situations où les formulaires d'ouverture de compte ont été incomplètement ou incorrectement remplis;¹³⁵ ce sont également des déficiences documentaires qui constituent le gros des affaires traitées durant les périodes précédentes.¹³⁶

¹³¹ Voir *supra* III/A/2.

¹³² Article 12 Convention de diligence (1992).

¹³³ Voir dans ce sens Rapport de gestion CFB 1992, Berne 1993, pp. 227-228.

¹³⁴ Article 12 Convention de diligence (1992).

¹³⁵ Voir Georg FRIEDLI, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1990-1992, SZW 1993, pp. 90 ss, 90.

¹³⁶ Voir notamment Georg FRIEDLI, Die Sorgfaltspflichtvereinbarung vom 1. Juli 1987, WuR 1990, pp. 122 ss, notamment 130-132; Georg FRIEDLI/Lorenz MEYER, Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken in den Jahren 1984 bis 1987, WuR 1988, pp. 163 ss, 166.

Il est évident que la conséquence en est une attention accrue dans le domaine du respect des formalités et qu'il ne peut qu'en résulter une diminution, consciente ou inconsciente, de l'analyse matérielle.

3. Enfin, les dispositions visant à préciser les notions juridiques imprécises ont potentiellement un autre effet pervers, celui de la dilution des responsabilités. D'une part, elles sont susceptibles d'amener les organes des banques à estimer qu'ils satisfont à leurs devoirs en édictant des règlements internes reflétant les normes d'exécution, laissant les employés subalternes imaginer (à leurs risques) les solutions permettant de combiner respect des règlements internes et bonne marche des affaires. D'autre part, elles peuvent provoquer l'institution de procédures d'approbation de toute décision sensible par le service juridique ou l'organe de révision, mettant ces derniers dans la position difficilement tenable du "Nein Sager".

Il est vrai que cet effet de dilution des responsabilités peut aussi se manifester en l'absence d'adoption de normes d'exécution. Cependant, il nous semble que ces dernières amplifient cet effet, pour deux raisons. D'une part, elles diminuent la latitude d'action au niveau de la rédaction des règlements internes, ce qui contribue à amplifier l'effet de délégation des responsabilités au niveau subalterne. D'autre part, elles peuvent, paradoxalement, contribuer à renforcer le désir d'obtenir l'approbation préalable de toute décision sensible par le service juridique ou l'organe de révision, le risque légal étant rendu plus visible du fait de l'existence de normes d'exécution.

On doit en conclure que ces dernières, même lorsqu'elles sont élaborées en collaboration avec des organisations professionnelles ou des praticiens ne permettent pas une diminution *notable* de l'insécurité juridique résultant de l'existence de notions juridiques imprécises sans qu'une telle diminution s'accompagne d'inconvénients majeurs. Dès lors, nous sommes d'avis que la technique de l'adoption de normes d'exécution n'est pas recommandable. Toutefois, avant de donner un caractère définitif à cette conclusion, il convient d'examiner deux arguments que l'on pourrait lui opposer: les normes d'exécution existantes (ordonnances/directives/conventions) sont néanmoins d'utilité pour les praticiens et l'évolution législative à l'étranger va dans le sens d'une précision accrue des normes.

1. Même si sa mise en oeuvre est à notre goût trop formaliste, il faut reconnaître que la Convention de diligence est d'une utilité non négligeable pour le praticien; de même, les directives blanchiment d'argent ont été adoptées notamment pour répondre aux critiques des banques relatives au caractère imprécis des exigences de la CFB.¹³⁷

¹³⁷ Voir Daniel ZUBERBÜHLER, Il dovere di diligenza delle banche per impedire e combattere il riciclaggio di denaro, Conseguenze delle raccomandazioni della "Financial Action

Nous sommes prêt à admettre que ces textes ont une fonction juridique (rassurer les praticiens), économique (diminuer les risques légaux) et politique (prouver que des efforts sont entrepris). Cependant, leur utilité pratique ne doit pas être surestimée. Leur contribution se situe avant tout à un niveau encore relativement abstrait: rappeler que la présomption est que les apparences correspondent à la réalité, offrir diverses indications *générales* quant à l'individualisation des situations exceptionnelles et au comportement qu'elles requièrent.

Il n'en demeure pas moins que les normes d'exécution n'offrent pas vraiment de solutions spécifiques dans de nombreuses situations où l'on aimerait justement pouvoir bénéficier de précisions. Un exemple patent concerne l'ayant droit économique d'avoirs déposés en banque: bien qu'elle ait pour principale fonction d'établir une ligne de conduite en la matière, la Convention de diligence ne résoud pas une question aussi fondamentale que celle de la crédibilité des documents d'identification de l'ayant droit économique.¹³⁸

En conséquence, si l'on doit admettre qu'il peut y avoir une utilité pratique à ce que des normes d'exécution fournissent des indications *générales* concernant les exigences en matière de diligence, on constate que ces normes n'offrent pas de solutions pratiquement satisfaisantes dès que l'on quitte le domaine des généralités.

2. Il est vrai que diverses initiatives ont été prises au niveau international visant à concrétiser le devoir de diligence des banques, notamment en ce qui concerne l'identification du client et le comportement à adopter pour les opérations douteuses.¹³⁹ On doit aussi relever que, grâce à son expérience dans le domaine des normes d'exécution, la Suisse a été en mesure de jouer un rôle prépondérant au niveau international, au point que l'on peut affirmer que les recommandations adoptées sont helvético-compatibles.

La tendance récente va cependant dans le sens d'une diminution du degré de précision des exigences en matière de diligence. Ainsi, les directives édictées par l'Union Européenne dans le domaine des règles de conduite¹⁴⁰ ou dans celui de l'identification du client¹⁴¹ et de l'analyse de ses opérations¹⁴² se caractérisent par leur formulation très générale.

Task Force on Money Laundering", in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi Ed., Vigilanza bancaria e riciclaggio, Lugano 1992, pp. 9, 19.

¹³⁸ A ce propos, voir *infra* IV/B/2/a.

¹³⁹ On mentionnera notamment les recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, reproduites in: Bulletin CFB N° 20 (1990) pp. 53 ss.

¹⁴⁰ Voir Article 11 de la directive sur les services d'investissements, J.O.C.E. L 141, du 11 juin 1993, p. 27.

¹⁴¹ Voir Article 3 de la directive sur le blanchiment de capitaux, J.O.C.E. L 166, du 10 juin 1991, p. 77

¹⁴² Voir Article 7 de la directive sur le blanchiment de capitaux, J.O.C.E. L 166, du 10 juin 1991, p. 77.

Certes, cette dernière reflète en partie la volonté de laisser une certaine latitude d'action aux Etats membres; toutefois, la précision des règles communautaires dans d'autres domaines de la législation bancaire (par exemple s'agissant des fonds propres) nous amène à penser qu'il existe également une volonté d'éviter une trop grande précision normative.

A l'appui de cette constatation, on doit relever que l'Etat membre, à savoir la Grande-Bretagne, qui s'est le plus singularisé par l'ampleur (souvent plusieurs classeurs), la complexité et l'inflexibilité de ses règles de conduite¹⁴³ doit faire face à des récriminations constantes des praticiens; bien que ces derniers aient à l'origine souhaité l'élaboration de normes d'exécution aussi précises que possible, ils manifestent aujourd'hui de plus en plus vocalement le désir de les voir grandement simplifiées et ont déjà obtenu certains résultats.¹⁴⁴

Dans cette perspective également, notre conclusion demeure: il n'est pas recommandable d'adopter des normes d'exécution réduisant *notablement* l'insécurité juridique. Il est éventuellement souhaitable d'édicter des normes d'exécution comprenant des indications *générales* quant à la diligence des banquiers; de telles normes laissent cependant subsister la plus grande partie de l'insécurité juridique résultant de l'existence de notions juridiques imprécises.

2. La prévisibilité de la pratique de la CFB

Une seconde méthode permettant de diminuer l'insécurité juridique consiste à renforcer la prévisibilité de la pratique de l'autorité de surveillance. En effet, le banquier est alors mieux à même de déterminer à l'avance quelle sera la réaction de la CFB dans un cas d'espèce.

Renforcer la prévisibilité de la pratique de la CFB revient à diminuer les facteurs d'incertitude. Ces derniers sont, à notre avis, potentiellement de deux types: la méconnaissance des réalités du marché et le caractère atypique des décisions prises.

1. Il est souvent de bon ton de critiquer les qualifications pratiques des autorités de surveillance des intermédiaires ou des marchés financiers. De fait, on ne peut nier que la rapidité de l'évolution des affaires a pour

¹⁴³ Voir Securities and Investments Board, Rules and Regulations, 3 volumes, Londres 1991 et ss; The Securities and Futures Authority, Rule Book, Londres 1991 et ss; Investment Management Regulatory Organisation, Rule Book, 2 volumes, Londres 1991 et ss.

¹⁴⁴ Voir notamment William BLAIR/Austin ALLISON/Keith PALMER/Peter RICHARDS-CARPENTER/Tony CLIFFORD, Banking and the Financial Services Act, Londres 1993, pp. 17-18; James J. FISHMAN, The Transformation of Threadneedle Street, The Deregulation and Reregulation of Britain's Financial Services, Durham 1993, pp. 134-137. Cf. également Securities and Investments Board, Consultative paper, Regulation of the Conduct of Investment Business: A Proposal, août 1989.

conséquence un certain décalage entre l'apparition de nouvelles techniques et instruments financiers, d'une part, et leur traitement juridiquement et commercialement acceptable par les autorités de surveillance, d'autre part.

Ce décalage, à première vue critiquable, est normal, voire souhaitable. En premier lieu, il a probablement été l'un des moteurs de l'innovation financière: cette dernière a souvent été motivée par la volonté d'échapper à des exigences fiscales ou à des exigences de fonds propres.¹⁴⁵ En second lieu, ce décalage permet de bénéficier des premières expériences pratiques avant d'adopter une politique, ce qui permet d'éviter que cette dernière soit inadaptée ou traite d'un phénomène passager.

Plus généralement, les critiques relatives à l'absence de qualifications pratiques des membres des autorités de surveillance nous paraissent exagérées. Elles sont certainement pour partie fondées: aucune administration ne donne pleinement satisfaction; néanmoins, il faut reconnaître que ces critiques reflètent souvent davantage la frustration d'avoir, en plus de nombreuses autres contraintes, à respecter des exigences légales qu'un jugement objectif. On peut à cet égard faire deux constatations. En premier lieu, ces critiques se manifestent quelle que soit l'importance de la participation de praticiens à l'élaboration de la pratique de l'autorité de surveillance. Deuxièmement, ces critiques ne disparaissent pas lorsque des banquiers participent à la mise en oeuvre des exigences en matière de diligence – certains banquiers ayant probablement même tendance à se montrer plus réfractaires à la prise en compte de l'argument de la réalité des affaires, peut-être parce qu'ils ne s'estiment pas touchés par la critique de la qualification pratique.

En d'autres termes, ce qui est perçu comme une méconnaissance de la réalité des affaires est pour partie le reflet de la nécessité de procéder à une récolte de données avant de modifier une pratique. Lorsque tel n'est pas le cas, la cause ne doit pas, à notre avis en être attribuée à une déficience qualitative de l'autorité de surveillance.

En effet, d'une part, il convient de ne pas oublier l'influence des facteurs politiques.¹⁴⁶ L'autorité de surveillance doit notamment veiller à ce que ses activités futures ne soient pas rendues plus difficiles en raison de réactions provoquées par des accidents ou par des scandales. D'autre part, dans la mesure où la rentabilité à court terme de la prestation de services financiers n'est pas la préoccupation principale de l'autorité de surveillance, elle a inévitablement une approche différente des problèmes, qui

¹⁴⁵ Voir à ce propos Merton H. MILLER, *Financial Innovation: The Last Twenty Years and the Next*, 21 *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 459, 461 (1986); voir cependant José VIÑALS/Angel BERGES/Francisco VALERO, *Financial Innovation, Regulation and Investment: International Aspects*, in: Alfred STEINHERR Ed., *The New European Financial Market Place*, Londres 1992, pp. 163, 184 ss: le lien entre réglementation et innovation s'est progressivement relâché (ce que MILLER, p. 471, avait d'ailleurs partiellement prévu).

¹⁴⁶ Voir *supra* II/C.

peut donner l'impression qu'elle ne se préoccupe pas des besoins des praticiens.¹⁴⁷

2. Il semble en revanche plus justifié de prétendre que la pratique de la CFB comprend un facteur d'incertitude en raison du caractère atypique des décisions prises par l'autorité de surveillance. En effet, l'état de fait des décisions marquant une évolution ou un changement de pratique reflète souvent une situation clairement abusive et considérée inacceptable par la communauté bancaire. Ce nonobstant, les considérants en droit de la décision, ainsi que ceux des arrêts du Tribunal fédéral la confirmant, ont, du fait de l'attention que leur prêtent les praticiens, une portée allant bien au-delà du cas d'espèce. Toutefois, comme ils sont pensés sur la base d'une situation clairement abusive, leur adaptabilité à des situations typiques, à savoir sans éléments d'abus, n'est pas évidente.

Dès lors, principalement dans le domaine de la diligence requise du banquier, il y a incertitude quant à la portée de la pratique de l'autorité de surveillance. Les praticiens sont en droit d'hésiter quant à la nature et à l'ampleur des mesures à prendre dans les cas non exceptionnels. A cette incertitude s'ajoute celle découlant de la probabilité de voir l'autorité de surveillance adopter une attitude différente dans l'hypothèse où elle viendrait à connaître d'une affaire que l'on ne peut qualifier d'abusives: il n'est en effet même pas certain que sa pratique ait alors valeur de précédent. Certes, on peut penser que l'autorité de surveillance ne remettra pas en cause le fondement même de sa pratique dans un cas "normal"; en revanche, il est fort probable qu'elle introduise des changements au niveau des modalités d'application.

On doit en conséquence admettre que la pratique de l'autorité de surveillance est utile et peut contribuer à la sécurité juridique dans la mesure où elle fournit des indications *générales* en laissant apparaître les grandes lignes des exigences imposées au banquier. En revanche, la formulation de considérations juridiques trop spécifiques risque au contraire d'amener la prise de mesures inadéquates par les praticiens.

3. L'insécurité juridique est souhaitable

On constate que l'on arrive à des conclusions similaires lors de l'analyse des deux méthodes permettant de réduire l'insécurité juridique: bien que l'élaboration d'indications *générales* soit utile, il n'est pas souhaitable de

¹⁴⁷ C'est d'ailleurs pourquoi les reproches adressés au Tribunal fédéral quant à la déficience de son contrôle des décisions de la CFB ne sont à notre avis guère susceptibles de disparaître par l'institution d'une autorité de recours intermédiaire, dont les membres seraient des experts en matière bancaire. En effet, il n'y a pas de raisons de croire que ces experts adoptent une attitude nécessairement favorable à l'industrie bancaire: l'analyse qui précède porte à penser que le résultat inverse est tout aussi probable.

voir l'autorité de surveillance préciser dans le détail ses exigences en matière de diligence.

En effet, bien qu'une telle démarche permette en principe une diminution notable de l'insécurité juridique, elle est cause d'inflexibilité, de formalisme, de dilution des responsabilités, de difficultés d'application et provoque la prise de mesures inadéquates par les praticiens. Au vu de ces désavantages, il en découle, à notre avis, qu'une certaine insécurité juridique n'est pas seulement inévitable, mais qu'elle est même souhaitable.

Cette conclusion est renforcée par quatre considérations: l'insécurité juridique ne facilite pas les fraudes; elle n'augmente pas sensiblement le risque d'arbitraire; elle n'est pas néfaste du point de vue de la compétitivité de la place financière; elle est gérée par l'autorité administrative mieux que par une autre autorité.

a. Les fraudes

Il est assez évident que l'insécurité juridique ne contribue pas à faciliter les fraudes, à savoir les comportements réprimés par des dispositions pénales.

En effet, les fraudes prennent souvent des apparences les rendant difficiles à distinguer d'opérations légitimes; une diminution de l'insécurité juridique ne devrait en conséquence avoir qu'une influence marginale sur leur prévention et détection. Par ailleurs, les fraudes doivent être combattues par le biais de règles et d'organismes spécifiques: il est assez vain de tenter de les empêcher dans le cadre de dispositions visant des objectifs plus généraux.

En d'autres termes, quelle que soit la manière dont la surveillance bancaire est conçue, l'expérience montre qu'il se trouvera toujours des investisseurs et des épargnants pour être victimes d'escrocs opérant en marge de la loi.

b. Le risque d'arbitraire

On pourrait également arguer que l'insécurité juridique augmente le risque d'arbitraire.

En effet, comme l'autorité de surveillance a pu éviter de préciser à l'avance le détail de sa conception du respect de la loi, il peut lui être plus facile d'adopter *ex post* une attitude pure et dure dans un cas concret: elle ne peut se voir reprocher de ne pas en avoir prévu d'avance la survenance ou la manière de le traiter. En conséquence, on peut craindre que l'autorité de surveillance fasse preuve d'une rigueur excessive et constitutive d'arbitraire, face à une banque qui a dû, elle, se déterminer *ex ante* et dans l'ignorance du détail des exigences de l'autorité.

Il nous paraît que l'insécurité juridique résultant de l'existence de seules indications générales *n'est pas* propre à augmenter *sensiblement* le risque d'arbitraire. A l'appui de cette conclusion, on peut analyser le comportement de l'autorité de surveillance dans trois hypothèses pratiques et

comparer chaque résultat à la situation dans laquelle l'insécurité juridique est réputée moindre car l'autorité administrative ne s'est pas limitée à formuler des indications générales.

1. La première hypothèse est celle où le comportement d'une banque n'est manifestement pas conforme aux indications générales. Par exemple, alors que l'autorité de surveillance a indiqué qu'une banque diligente doit vérifier l'identité de son client, une banque s'abstient systématiquement de procéder à une telle démarche. Dans un tel cas, mis à part le fait qu'il est difficile de parler d'insécurité juridique, on ne voit pas pourquoi le risque d'arbitraire devrait être plus grand que dans la situation où l'autorité de surveillance aurait édicté des prescriptions plus détaillées. On peut même penser que les mesures dont la banque sera la destinataire seront potentiellement moins sévères que si des prescriptions plus détaillées avaient été édictées, la "quantité" de normes violées et l'atteinte à la crédibilité de l'autorité étant de moindre ampleur.

2. La deuxième hypothèse est celle où le comportement d'une banque n'est pas constitutif d'une violation manifeste des indications générales formulées par l'autorité de surveillance et, de plus, correspond au comportement normalement adopté par ses concurrents. Par exemple, la banque vérifie l'identité de son client selon une procédure suggérée par une organisation professionnelle. Même si l'autorité de surveillance n'a pas participé à l'élaboration de ces règles professionnelles, il lui sera difficile de les condamner *ex post*. En tout état de cause, il lui sera pratiquement impossible de faire preuve d'une rigueur excessive et constitutive d'arbitraire vis-à-vis de la banque concernée. En conséquence, dans cette hypothèse également, le risque d'arbitraire n'est pas plus grand que dans la situation où l'autorité de surveillance aurait précisé plus en détail ses exigences.

3. La troisième hypothèse est celle où le comportement d'une banque n'est pas constitutif d'une violation manifeste des indications générales formulées par l'autorité de surveillance, mais où il n'est pas établi que ce comportement corresponde à celui normalement adopté par ses concurrents. Par exemple, la banque vérifie l'identité de ses clients selon une procédure qui lui est propre. La portée pratique de cette hypothèse est fonction à la fois du degré d'auto-régulation et de la propension à innover: si la densité des règles professionnelles est forte et la volonté des banques de s'y tenir est grande, cette hypothèse ne devrait concerner que des situations marginales.

Admettons toutefois qu'il n'existe pas de règles édictées par des organisations professionnelles. Si l'on devait constater une augmentation du risque d'arbitraire parce que l'autorité de surveillance se borne à formuler des indications générales, les assujettis auront une réaction immédiate: ils

auront recours à l'auto-régulation. La grande majorité des banques se retrouve alors dans l'hypothèse précédente.

Certes, certaines banques pourraient, pour des motifs légitimes, décider de ne pas se conformer aux règles émanant des organisations professionnelles. Toutefois, même si l'on admet qu'elles courent alors un risque plus grand d'être les victimes de mesures arbitraires de l'autorité de surveillance que si cette dernière avait formulé des indications plus détaillées (ce qui n'est pas véritablement certain), l'impact sur le risque général d'arbitraire est faible: l'augmentation du risque d'arbitraire ne concerne qu'une petite minorité.

En conséquence, le fait que l'autorité de surveillance se limite à formuler des indications générales ne devrait pas augmenter sensiblement le risque d'arbitraire.

c. Compétitivité de la place financière

On peut se demander si l'insécurité juridique n'est pas néfaste du point de vue de la compétitivité de la place financière. Pour le déterminer, il convient de s'intéresser au risque "surveillance" ainsi créé, à l'impact du recours potentiellement accru à l'auto-régulation et à la situation existant à l'étranger.

1. En premier lieu, il est vrai que, même s'il n'augmente pas sensiblement le risque d'arbitraire, le fait que l'autorité de surveillance se limite à formuler des indications générales peut augmenter le risque "surveillance". En effet, il est possible qu'elle diminue la probabilité de voir l'autorité de surveillance adopter un comportement déterminé, dans la mesure où elle aura une latitude d'action plus grande que si elle avait formulé des exigences plus précises.

La question de l'impact de l'augmentation du risque "surveillance" est économiquement complexe.¹⁴⁸ Ainsi, il est admis que la majorité des banquiers, comme la plupart des entrepreneurs, manifestent une aversion face au risque;¹⁴⁹ simultanément, l'une des principales activités du banquier consiste à gérer les risques.¹⁵⁰ Il est dès lors difficile de déterminer la portée d'une augmentation de l'insécurité juridique: elle n'a pas néces-

¹⁴⁸ La question de l'attitude face au risque est l'une de celles qui préoccupe actuellement les économistes: voir récemment Larry EPSTEIN, *Behavior under Risk: Recent Developments in Theory and Applications*, in: Jean-Jacques LAFFONT Ed., *Advances in Economic Theory, Sixth World Congress, Volume II*, Cambridge 1992, pp. 1 ss; mais voir déjà, par exemple, Kenneth J. ARROW, *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, Chicago 1971; Maurice ALLAIS, *Le comportement de l'homme rationnel devant le risque: critique des postulats et axiomes de l'école américaine*, 21 *Econometrica* 503 (1953).

¹⁴⁹ Voir notamment Joseph E. STIGLITZ, *Capital Markets and Economic Fluctuations in Capitalist Economies*, 36 *European Economic Review* 269, 290 (1992).

¹⁵⁰ Voir *supra* note 38.

sairement des effets négatifs sur la situation et le comportement des intermédiaires financiers.¹⁵¹

Il nous semble toutefois qu'un éventuel impact sur la compétitivité de la place financière ne devrait s'avérer qu'assez marginal: le fait que l'autorité de surveillance se limite à formuler des indications générales affecte la prévisibilité de son comportement davantage en théorie qu'en pratique. En effet, nous avons vu que lorsque des exigences plus détaillées sont formulées par la CFB en matière de diligence, elles le sont avant tout dans le cadre d'affaires concernant des situations clairement abusives et considérées inacceptables par la communauté bancaire. Leur adaptabilité à des situations typiques, à savoir sans éléments d'abus, n'est pas évidente. En effet, la probabilité existe de voir l'autorité de surveillance adopter une attitude différente dans l'hypothèse où elle viendrait à connaître d'une affaire que l'on ne peut qualifier d'abusives: il est fort probable qu'elle introduise des changements au niveau des modalités d'application. En d'autres termes, du point de vue du risque "surveillance", la situation n'est guère différente de celle où l'on se borne à formuler des indications générales.

2. En deuxième lieu, il est possible que le fait que l'autorité de surveillance se limite à formuler des indications générales amène un développement de l'auto-régulation, notamment pour minimiser le risque d'arbitraire. Cette évolution peut s'avérer néfaste pour la compétitivité de la place financière si elle rend l'accès au marché plus difficile pour certains intermédiaires financiers ou facilite le recours à des pratiques contraires aux intérêts des clients.

S'agissant de l'accès au marché, il convient de se demander si certains intermédiaires pourraient être plus touchés par les règles des organisations professionnelles ou moins à même de les respecter. Vu l'influence des grandes institutions au sein des organisations professionnelles, il est douteux que ce problème se pose pour les établissements comparables. En revanche, la situation pourrait être différente pour des institutions spécialisées ou des établissements de plus petite taille. Un exemple est fourni par les dispositions de la Convention de diligence relatives à l'identification des bénéficiaires de trusts discrétionnaires¹⁵²: selon certains praticiens, les exigences en la matière toucheraient davantage et provoqueraient plus de difficultés de mise en oeuvre pour les institutions spécialisées dans la gestion de fortune que pour les grandes banques.

¹⁵¹ Cp. Günter FRANKE/Richard C. STAPLETON/Marti G. SUBRAHMANYAM, Risk, Incentives, and Managerial Behavior, in: Martin HENSSLER/Thomas M. KOLBECK/Hans-Werner MORITZ/Hannes REHM Eds. *Europäische Integration und globaler Wettbewerb*, Heidelberg 1993, pp. 249, 261-263, qui montrent que le propriétaire d'une entreprise peut avoir intérêt à motiver ses dirigeants en augmentant les risques courus.

¹⁵² Voir commentaire N° 36 de la Convention de diligence (1992).

Toutefois, il s'agit à notre connaissance d'un exemple isolé et qui ne devrait pas être significatif. Il ne semble dès lors pas que le recours potentiellement accru à l'auto-régulation pour minimiser le risque d'arbitraire rende l'accès au marché plus difficile pour certaines institutions et affecte la compétitivité de la place financière.

S'agissant du recours à des pratiques contraires aux intérêts des clients, l'expérience suisse montre clairement que l'auto-régulation peut être utilisée à de telles fins.¹⁵³ Certes, de telles pratiques se sont surtout manifestées dans le domaine de la détermination du prix des services fournis. Toutefois, les exigences en matière de diligence peuvent entraîner des coûts pour les intermédiaires financiers.¹⁵⁴ Pourrait-on dès lors être tenté de prétexter de la nécessité de réduire le risque d'arbitraire pour adopter des conventions préjudiciables aux intérêts des clients? Cela semble difficile en ce qui concerne les exigences en matière de diligence conçues dans l'intérêt général, telles l'obligation d'identifier le client ou de prêter attention à l'arrière-plan de ses opérations. En revanche, le recours à des pratiques contraires aux intérêts des clients n'est certainement pas à exclure dans des conventions précisant la diligence que lesdits clients peuvent escompter; on songera par exemple à la formulation de clauses limitant la responsabilité des banques ou différant du droit dispositif au désavantage du client.

Toutefois, de telles pratiques se manifestent déjà aujourd'hui.¹⁵⁵ Par ailleurs, nous avons vu¹⁵⁶ que, sauf en ce qui concerne des conditions générales trompeuses, le principe de la légalité limite le pouvoir d'intervention de la CFB dans le domaine du droit dispositif. Il ne sera dès lors pas nécessaire de recourir à l'auto-régulation pour éviter le risque d'arbitraire de la part de l'autorité de surveillance et il sera politiquement difficile de prétendre que telle est la raison d'être de conventions contraires aux intérêts des clients.

En résumé, un recours accru à l'auto-régulation en raison de la non-formulation d'exigences précises par l'autorité de surveillance ne devrait pas porter atteinte à la compétitivité de la place financière suisse.

3. En troisième lieu, il convient de se demander si, au vu des solutions adoptées à l'étranger, cette insécurité juridique est néfaste pour la compétitivité de la place financière suisse. Il est évident¹⁵⁷ que l'on doit tenir compte de l'évolution internationale lorsque l'on détermine les exigences

¹⁵³ Voir Les effets de portée nationale d'accords entre banques, Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix 1989/3, pp. 101 ss, notamment pp. 182 ss.

¹⁵⁴ Voir *infra* IV/A/2.

¹⁵⁵ Voir les effets de portée nationale d'accords entre banques, *supra* note 153, notamment pp. 195 ss, 199 ss.

¹⁵⁶ Voir *supra* III/A.

¹⁵⁷ Voir *supra* II/D.

en matière de diligence. Cependant cette question pose surtout problème lorsque l'on détermine le contenu des indications générales.¹⁵⁸

En revanche, le fait que l'on se limite à la formulation d'indications générales ne constitue pas un désavantage au regard de la situation à l'étranger. D'une part, nous avons relevé que la tendance récente va dans le sens d'une diminution du degré de précision des exigences en matière de diligence.¹⁵⁹ Dès lors, le risque d'arbitraire, dont on a vu¹⁶⁰ qu'il ne devrait en tout état de cause pas augmenter sensiblement si l'autorité de surveillance évite de préciser à l'avance le détail de sa conception du respect de la loi, ne devrait pas être plus grand en Suisse qu'à l'étranger. D'autre part, dans les domaines qui ne font pas encore l'objet de normes, par exemple dans le domaine des instruments dérivés, on constate que les intermédiaires financiers tentent par tous les moyens de limiter le rôle normatif de l'autorité de surveillance.¹⁶¹

d. Gestion de l'insécurité juridique

Cette dernière préoccupation reflète un problème plus vaste: dans la mesure où une certaine insécurité juridique est souhaitable, ne serait-elle pas mieux gérée par d'autres personnes que l'autorité de surveillance? En d'autres termes, la formulation des indications générales ne devrait-elle pas être le fait du législateur, du juge (civil ou pénal) ou du marché (notamment des organisations professionnelles), l'autorité de surveillance se limitant à assurer un degré de mise en oeuvre suffisant?

1. Comme on l'a vu,¹⁶² le devoir de diligence est très peu délimité par la LB. Cette dernière se borne à prévoir le devoir de respecter les prescriptions légales (y compris l'exigence de la gestion irréprochable) et de ne pas commettre d'irrégularités. C'est évidemment une définition assez abstraite du devoir de diligence.

En comparaison, les directives de l'Union Européenne contiennent davantage d'indications générales. Ainsi, la directive blanchiment de capitaux¹⁶³ prévoit que les établissements financiers exigent l'identification de leur client moyennant un document probant lorsqu'ils nouent des relations d'affaires. Elle prescrit également qu'en cas de doute les établissements financiers prennent des mesures raisonnables en vue d'obtenir

¹⁵⁸ Voir *infra* IV.

¹⁵⁹ Voir *supra* III/B/1.

¹⁶⁰ Voir *supra* III/B/3/b.

¹⁶¹ Voir récemment Philipp COGGAN, Bankers Propose Derivatives Guidelines, Financial Times, 12 avril 1994; David SHIREFF, Swappers Braced for the Heavy Hand, Euromoney, Avril 1994, p. 55.

¹⁶² *Supra* III/A.

¹⁶³ J.O.C.E. L 166, du 28 juin 1991, p. 77.

des informations sur l'identité réelle des personnes pour le compte desquelles ces clients agissent.¹⁶⁴ Enfin, la directive blanchiment de capitaux prévoit que les établissements financiers s'abstiennent d'exécuter les transactions qu'ils savent ou qu'ils soupçonnent être liées au blanchiment de capitaux avant d'en avoir informé les autorités.¹⁶⁵ Quant à la directive sur les services d'investissement,¹⁶⁶ elle mentionne toute une série de principes concernant les règles de conduite à observer par les établissements financiers (devoir de loyauté et d'équité, de diligence, d'information, etc.).¹⁶⁷

L'identification du client et l'obligation de s'intéresser à l'arrière-plan de ses opérations devraient prochainement faire l'objet de davantage d'indications générales par le législateur helvétique.¹⁶⁸ Toutefois, cette évolution est motivée par la volonté de lutter contre le blanchiment d'argent; en ce qui concerne les exigences en matière de diligence qui ne visent pas cette situation, on doit constater que les récents projets de loi n'incorporent guère d'indications générales. Le projet de Loi fédérale sur les fonds de placement (projet LFP)¹⁶⁹ prévoit que le fonds est géré, en règle générale, selon le principe de la répartition des risques¹⁷⁰ et spécifie un devoir de loyauté de la direction du fonds¹⁷¹ et de la banque dépositaire.¹⁷² Quant au projet de LBVM, il contient une disposition spécifiquement relative aux règles de conduite,¹⁷³ qui a fait cependant l'objet de critiques dans le cadre de la procédure parlementaire. En effet, l'on craint qu'elle provoque le développement de règles distinctes de celles prévues par le CO et l'on désire empêcher une extension du pouvoir de la CFB au détriment des tribunaux civils.¹⁷⁴

Dans la mesure où nous estimons que la CFB dispose aujourd'hui déjà de bases légales suffisantes pour accomplir sa mission, il ne nous paraît pas indispensable de laisser au législateur le soin de formuler les indications générales. Par ailleurs, une telle procédure présente plusieurs dangers. D'une part, comme il sera alors difficile à d'autres, notamment à l'autorité de surveillance, de formuler des indications générales en parallèle, l'adaptation des exigences à des circonstances nouvelles prendra

¹⁶⁴ Article 3 de la directive.

¹⁶⁵ Article 7 de la directive.

¹⁶⁶ J.O.C.E. L 141 du 11 juin 1994, p. 27.

¹⁶⁷ Article 11 de la directive.

¹⁶⁸ Voir avant-projet de loi fédérale relative à la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier, janvier 1994; cf. ég. projet de modification du Code pénal suisse relatif au droit de communication du financier, FF 1993 III 320, 322.

¹⁶⁹ FF 1992 I 189, 269.

¹⁷⁰ Articles 2, 31 ss du projet LFP; voir déjà l'Article 2 al. 1 de la Loi fédérale sur les fonds de placement (LFP), RS 951.31.

¹⁷¹ Article 12 du projet LFP; voir également Article 14 LFP.

¹⁷² Article 20 du projet LFP.

¹⁷³ Article 11 du projet LBVM, FF 1993 I 1269, 1346.

¹⁷⁴ Voir Albrecht LANGHART, Rahmengesetz und Selbstregulierung, Thèse Zurich, Zurich 1993, pp. 349-357.

beaucoup de temps. D'autre part, la question de la diligence faisant l'objet de nombreuses controverses, le risque existe de voir le législateur édicter des prescriptions trop détaillées.

Il nous semble dès lors que le législateur n'est pour le moins pas mieux à même de gérer l'insécurité juridique que l'autorité de surveillance et qu'il ne convient pas de le préférer à cette dernière.¹⁷⁵

2. Tant les juristes que les économistes admettent que le rôle du droit ne se limite pas au domaine de la surveillance et que d'autres normes sont nécessaires, notamment pour régir les relations entre les banques et leurs clients.

Dans une perspective économique, on songera par exemple aux règles permettant de réduire les obstacles à la coopération¹⁷⁶ et à celles visant à mettre les risques à charge de la partie la mieux à même de les assumer (parce qu'elle est au bénéfice d'une meilleure *information*, parce qu'elle est *mieux placée* pour les réduire ou parce qu'elle est *moins réfractaire* aux risques).¹⁷⁷ Ce sont là des règles qui ressortissent au droit des contrats ou de la responsabilité extra-contractuelle et qui sont typiquement du ressort du juge civil.

Toutefois, nous avons relevé que, d'un point de vue économique, l'institution d'une surveillance administrative s'imposait pour remédier à l'imperfection dans l'information et à l'existence d'externalités.¹⁷⁸ En conséquence, la démarche du juge civil et celle de l'autorité administrative sont économiquement partiellement similaires. Il peut en aller de même du point de vue juridique. Ainsi, nous avons vu qu'il est admis que la CFB dispose d'une base légale suffisante pour intervenir en cas de violation grave des obligations contractuelles du banquier.¹⁷⁹

Le juge civil est-il mieux placé que l'autorité administrative pour formuler des indications générales dans les domaines qui le concernent ? En d'autres termes, l'autorité administrative doit-elle se borner à assurer un degré suffisant de respect des règles pour les questions qui sont également de la compétence du juge civil ?

Il est des situations dans lesquelles le juge civil est très à même de formuler les indications générales utiles aux praticiens. Ainsi, dans le domaine de la gestion de fortune, la jurisprudence a bien dégagé les éléments essentiels du devoir de diligence du banquier, prenant en compte

¹⁷⁵ Cp. l'évolution en Allemagne: les règles de conduite ont ainsi été (provisoirement?) supprimées du projet de réglementation du marché boursier allemand (voir Rules of Conduct Dropped from Bill: Move Said to Be Tactical Consideration, International Securities Regulation Report, Volume 7, N° 1, 30 novembre 1993).

¹⁷⁶ Voir par exemple l'article fondamental de Ronald COASE, The Problem of Social Cost, 3 Journal of Law and Economics 1 (1960).

¹⁷⁷ Voir par exemple Robert COOTER/Thomas ULEN, Law and Economics, Glenview/Londres 1988, pp. 228 ss.

¹⁷⁸ *Supra*, II B.

¹⁷⁹ Voir *supra* III/A/1.

à la fois les intérêts du bénéficiaire de la prestation de services financiers¹⁸⁰ et ceux de la banque.¹⁸¹ Dans de telles situations, il est judicieux que l'autorité de surveillance se limite à intervenir lorsqu'il appert que les procédures civiles n'ont pas un effet dissuasif suffisant; telle est d'ailleurs la pratique de la CFB.¹⁸²

En revanche, nous ne pensons pas que le juge civil est, d'une manière générale, mieux à même de gérer l'insécurité juridique que l'autorité de surveillance, et ce pour trois raisons. Premièrement, il n'est pas toujours suffisamment informé des réalités du marché.¹⁸³ Deuxièmement, le juge civil a également¹⁸⁴ tendance à tirer parti de cas atypiques pour préciser le comportement requis par le devoir de diligence, ce qui parfois rend difficile l'adaptation de ses considérants à des situations normales – étant entendu que, comme il est saisi par le “marché” (les banques ou leurs clients), ce dérapage devrait être moins marqué que chez l'autorité de surveillance. Troisièmement, les indications générales formulées par le juge civil ont une crédibilité (en terme économique une “threat value”) plus limitée que celles de l'autorité administrative: cette dernière est en contact plus étroit avec les banques et peut ordonner des mesures plus contraignantes.¹⁸⁵

En conséquence, nous sommes d'avis que le juge civil n'est pas, d'une manière générale, mieux à même de gérer l'insécurité juridique que l'autorité administrative; cependant, cette dernière devra tenir compte des indications générales résultant de la jurisprudence civile et ne pas s'en écarter sans de bons motifs.

3. Le comportement de la banque dans ses relations avec les clients n'est pas seulement régi par les règles du droit privé, mais également par les prescriptions du droit pénal. On mentionnera par exemple les dispositions relatives au blanchiment d'argent (articles 305^{bis} et 305^{ter} CPS) et aux transactions d'initiés (article 161 CPS).

Il nous paraît que le juge pénal n'est pas mieux à même de gérer l'insécurité juridique que l'autorité administrative et ce en partie pour les mêmes raisons que celles évoquées pour le juge civil: le juge pénal n'est

¹⁸⁰ Voir ainsi ATF E. Revisions- und Treuhand AG c/ R., 115 II 62 (1989).

¹⁸¹ Voir ainsi ATF X. c/ Bank Y., 119 II 333 (1993).

¹⁸² Voir *supra* note 106.

¹⁸³ Voir dans ce sens ARROW, *supra* note 52, pp.183-184.

¹⁸⁴ En ce qui concerne l'autorité administrative, voir *supra* III/B/2.

¹⁸⁵ Les développements récents dans le domaine de la théorie des jeux ont notamment porté sur l'analyse des réactions consécutives à l'annonce d'une intention; voir récemment Kenneth BINMORE, *Foundations of Game Theory*, in: Jean-Jacques LAFFONT Ed., *Advances in Economic Theory, Sixth World Congress, Volume I*, Cambridge 1992, pp. 1 ss; Bhaskar DUTTA/Dilip MOOKHERJEE/Thiruvengkatachari PARTHASARATHY/Thirukkannamangai E.S. RAGHAVAN/Debraj RAY/Stef TIJS Eds, *Game Theory and Economic Applications*, Berlin 1992; pour une introduction générale, voir Bernard GUERRIEN, *La théorie des jeux*, Paris 1993.

pas toujours suffisamment informé des réalités du marché et, surtout, il devrait très souvent traiter des situations atypiques.

Par ailleurs, notamment dans le domaine du blanchiment d'argent et dans celui des transactions d'initiés, les affaires dont le juge pénal a à connaître sont, pour une part importante, des affaires d'entraide internationale. Il est inévitable que le juge pénal soit amené à formuler des indications générales relatives à la portée des prescriptions du droit suisse dans ce cadre également, à savoir lorsqu'il détermine si l'exigence de la double incrimination est remplie. Toutefois, seule la double incrimination abstraite étant requise,¹⁸⁶ il sera difficile d'apprécier la portée de ces indications générales dans la cadre d'une procédure interne suisse¹⁸⁷ – ce qui ne peut que contribuer à augmenter l'insécurité juridique.

Il nous semble dès lors que le juge pénal n'est pour le moins pas mieux à même de gérer l'insécurité juridique que l'autorité de surveillance et qu'il ne convient pas de le préférer à cette dernière.

4. Reste à déterminer si la formulation d'indications générales ne devrait pas être le fait des organisations professionnelles.

Ces dernières ont l'avantage de mieux connaître les réalités commerciales, tant en ce qui concerne la manière dont les affaires se traitent que s'agissant du caractère praticable d'indications générales. On peut aussi penser que les organisations professionnelles seront mieux à même d'adapter leurs indications générales à l'évolution des marchés.

Toutefois, la "délégation" aux organisations professionnelles présente deux dangers. D'une part, toutes ces organisations n'ont pas nécessairement les mêmes intérêts, ce qui peut se traduire par la formulation d'indications générales divergentes. D'autre part, nous avons déjà mentionné le risque de voir l'auto-régulation utilisée à des fins de limitation de la concurrence.¹⁸⁸ Dans la mesure où l'auto-régulation n'intervient pas seulement pour limiter le risque d'arbitraire, mais a le monopole de la formulation des indications générales, le risque de "regulatory capture" devient très grand, même dans un contexte suisse.¹⁸⁹

Il en découle que, laissées à elles-mêmes, les organisations professionnelles ne sont pas mieux à même de gérer l'insécurité juridique que l'autorité de surveillance. Cette dernière doit conserver l'initiative en la matière. En revanche, il est souhaitable de pouvoir bénéficier des avantages de l'auto-régulation. Cela ne veut pas seulement dire que l'autorité

¹⁸⁶ Voir *supra* note 124.

¹⁸⁷ Pour un bon exemple récent, voir ATF Office fédéral de la police c/ Société A., 118 Ib 448 (1992), ainsi que le commentaire de Shelby du PASQUIER, RSDA 1993, pp. 29 ss.

¹⁸⁸ Voir *supra* III/B/3/c.

¹⁸⁹ Voir LANGHART, *supra* note 174, p.102; Scilla HUANG, *Bankenregulierung und Wettbewerbsfähigkeit, Eine komparative Analyse der Schweiz und der EG*, Berne 1992, p. 35; Hans-Dieter VONTOBEL/Lukas MORSCHER, *Wettbewerb als Chance, Anstösse zur Reform des Finanzplatzes Schweiz*, Zurich 1992, p. 179.

de surveillance ne s'écartera pas sans bons motifs des indications générales émanant des organisations professionnelles. Cela implique également une coopération entre autorité de surveillance et organisations professionnelles; ainsi ces dernières soumettront (formellement ou informellement) les indications générales qu'elles se proposent d'édicter à l'appréciation de l'autorité de surveillance – ce qui aura par ailleurs pour effet d'en augmenter la crédibilité.¹⁹⁰ On soulignera cependant que cela ne signifie pas que l'autorité de surveillance doit encourager le développement tous azimuts de l'auto-régulation: la coopération doit se limiter à la formulation d'indications générales dans les domaines où elles sont nécessaires aux praticiens.

La validité de principe d'une telle démarche est généralement reconnue en Suisse.¹⁹¹ Certes, le danger de "regulatory capture" demeure et il conviendra d'y prêter une attention particulière.¹⁹² Toutefois, dans les domaines qui font typiquement partie de la surveillance bancaire, comme celui de la diligence dans l'identification du client, un tel risque ne s'est aujourd'hui pas véritablement concrétisé.¹⁹³

En résumé, il ne convient point que l'autorité de surveillance renonce à formuler des indications générales parce que d'autres personnes seraient mieux à même de gérer l'insécurité juridique. En revanche, l'autorité de surveillance ne s'écartera pas sans de bons motifs de la jurisprudence du juge civil; par ailleurs, elle tirera profit de l'auto-régulation, tout en s'assurant que cette dernière ne reflète pas un exercice de "regulatory capture".

5. Soulignons que cette conclusion demeure valable même si l'on est plus optimiste en ce qui concerne la capacité du juge à gérer l'insécurité juridique, (notamment parce que l'on estime qu'il est au bénéfice d'une meilleure information que nous le croyons)¹⁹⁴: même si l'autorité administrative devait strictement se limiter à garantir un degré minimum de respect des dispositions juridiques contraignantes,¹⁹⁵ il pourrait néanmoins lui incomber de formuler des indications générales.

¹⁹⁰ Pour le besoin de "Glaubwürdigkeit", voir Peter NOBEL, Gesetz oder private Selbstregulierung, in: Colloque, Le droit du marché financier suisse, Genève 1987, pp. 441 ss, 463.

¹⁹¹ Voir Gérard HERTIG, Conclusions, in: Colloque, Le droit du marché financier suisse, Genève 1987, pp. 481 ss, 484.

¹⁹² Voir à ce sujet Lukas MORSCHER, Die Regulierung der schweizerischen Finanzmärkte, Eine wirtschaftsrechtliche Untersuchung zum Verhältnis von hoheitlicher Regulierung und Selbstregulierung, Thèse Bâle, Zurich 1992, notamment 134 ss.

¹⁹³ Voir aussi *supra* III/B/3/b.

¹⁹⁴ Voir à ce propos Robert D. COOTER, Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law, 13 International Review of Law and Economics 215 (1994); Frank H. EASTERBROOK/Daniel R. FISCHER, The Economic Structure of Corporate Law, Londres 1991, notamment p. 94.

¹⁹⁵ Voir *supra* III/A.

Ce n'est pas le caractère de droit administratif de certaines des normes à mettre en oeuvre qui, *de lege lata*, est la justification première d'une telle affirmation. En effet, dans les domaines où d'autres autorités ont une compétence primaire (par exemple en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger ou de commerce extérieur), la CFB devrait avoir encore moins de raisons de formuler des indications générales que lorsque la mise en oeuvre est le fait du juge civil ou du juge pénal. Par ailleurs, le devoir de diligence vis-à-vis des clients ne fait à ce jour guère l'objet de prescriptions *spécifiques* dans la LB¹⁹⁶ – étant entendu que l'article 11 du projet de LBVM comprend d'importantes règles de conduite.¹⁹⁷

En revanche, il est indéniable que la CFB peut avoir à formuler des indications générales en ce qu'elle ne doit pas seulement *sanctionner* le non respect des dispositions juridiques contraignantes, mais également *prévenir* leur violation. Certes, d'un point de vue économique, une dissuasion suffisante peut résulter de seules mesures répressives : la dissuasion est fonction de la valeur présumée de la sanction.¹⁹⁸ Cependant, du point de vue juridique (principes de la légalité et de la proportionnalité) et politique (éviter tant une sévérité "excessive" que des scandales), l'autorité de surveillance se doit d'exiger et de vérifier *ex ante* la prise de certaines mesures par les banques. Le législateur a d'ailleurs expressément reconnu cette nécessité en subordonnant l'octroi d'une autorisation d'exercer une activité bancaire à la réalisation d'un certain nombre d'exigences (article 3 al. 2 LB).¹⁹⁹

En cela, l'autorité de surveillance se distingue du juge, voire même des autres autorités administratives. Ainsi, la doctrine a récemment relevé que le juge pénal doit admettre que chacun exerce ses droits jusqu'à la limite de ce qui est clairement interdit,²⁰⁰ ce qui est difficilement concevable pour une autorité de surveillance. Ainsi, la CFB se distingue des autorités administratives qui ne sont pas en contact permanent avec les assujettis.

En d'autres termes, quelle que soit la manière dont on conçoit le rôle de l'autorité de surveillance, il n'est pas possible d'exclure *a priori* qu'elle formule des indications générales. En bonne logique, il en découle également que la détermination de ses fonctions répressives et/ou préventives mérite un examen détaillé au regard du principe de la proportionnalité, dont nous avons à plusieurs reprises souligné le rôle essentiel.²⁰¹

¹⁹⁶ Voir *supra* III/A.

¹⁹⁷ Voir *supra* III/A.

¹⁹⁸ Voir notamment à ce sujet Gérard HERTIG, *Le rôle du consommateur dans le droit de la concurrence en Suisse, aux Etats-Unis et dans la CEE*, Thèse Genève, Lausanne 1984, pp. 143-166 et les auteurs cités.

¹⁹⁹ Voir *infra* IV/A/3.

²⁰⁰ Voir Gunther ARZT, *Bemerkungen ad ATF 118 IV 412*, RSDA 1994 pp. 94, 96.

²⁰¹ Voir *supra* II/D et III/B.

IV. Les exigences en matière de diligence et le principe de la proportionnalité

Respecter le principe de la proportionnalité implique que la CFB ne doit intervenir que lorsque cela est nécessaire et dans la mesure où cette nécessité l'exige.²⁰² Plus concrètement, l'intervention de la CFB doit permettre d'atteindre le but d'intérêt public recherché (principe de l'adéquation); elle doit refléter le choix de la mesure permettant de ménager au maximum les intérêts privés opposés et les intérêts publics autres que ceux pouvant être affectés par la mesure (principe de la subsidiarité); enfin, cette intervention doit ne pas atteindre ces intérêts privés et publics de manière si grave qu'il se justifie d'y renoncer (principe de la nécessité).²⁰³

D'une manière générale, on constate qu'il existe dès lors un lien étroit entre le principe de la proportionnalité et l'intérêt public;²⁰⁴ du point de vue de la surveillance bancaire, cela implique notamment que la compétitivité internationale de la place financière suisse doit également être prise en compte. En conséquence, il convient de s'interroger sur l'importance à donner à cet élément dans le cadre de notre analyse (section A/1). Toutefois, le principe de la proportionnalité exige que l'on ne se limite pas à examiner cette question, mais que l'on analyse le coût des exigences en matière de diligence (section A/2) et que l'on s'interroge sur la nécessité et la praticabilité de l'intervention de l'autorité administrative (section A/3).

Sur cette base, on pourra ensuite procéder à une analyse spécifique des diverses exigences envisageables en matière de diligence. On rappellera à ce propos que, dans le cadre de notre rapport, le banquier diligent est celui qui s'organise et se comporte de manière à respecter les *règles de conduite*, et plus précisément les règles régissant les relations des intermédiaires financiers avec leurs clients.²⁰⁵ Rappelons également que nous avons écarté du champ de notre analyse l'examen des mesures requises pour garantir la *solidité financière* de la banque, à savoir notamment la question des mesures qu'un banquier diligent doit prendre pour limiter les risques résultant de l'octroi de crédits.

A. Considérations générales

1. Compétitivité internationale

Nous avons relevé²⁰⁶ que le fait de se limiter à formuler des indications générales ne devrait pas affecter la compétitivité de la place financière: il

²⁰² Voir ainsi KNAPP, *supra* note 88, N° 534.

²⁰³ Voir ainsi KNAPP, *supra* note 88, N° 534.

²⁰⁴ Voir à ce propos HÄFELIN/MÜLLER, *supra* note 88, N° 487.

²⁰⁵ Voir *supra* Introduction.

²⁰⁶ *Supra* III/B/3/c.

n'en découle pas un risque d'arbitraire plus grand qu'à l'étranger ou des entraves à l'accès au marché.

Cependant, cette conclusion n'apporte pas de réponse à deux questions essentielles:

- 1) Les exigences suisses en matière de diligence sont-elles plus sévères que celles valables à l'étranger?
- 2) A sévérité comparable, le degré de mise en oeuvre est-il plus grand qu'à l'étranger?

1. Il est souvent difficile de comparer le contenu des exigences en matière de diligence valables dans différents pays, notamment pour deux raisons. D'une part, ces exigences sont en partie fonction de la portée et de l'effectivité des dispositions de droit civil. En effet, lorsque ces dernières offrent une protection particulière ou sont faciles à mettre en oeuvre collectivement, l'autorité administrative pourra renoncer à certaines exigences spécifiques.²⁰⁷ D'autre part, la sévérité d'une exigence peut être "compensée". Ainsi, le fait que l'on se montre plus rigoureux dans un pays en ce qui concerne l'identification du client lors de l'entrée en relation d'affaires peut s'expliquer par les pouvoirs d'investigation étendus des autorités administratives s'agissant de l'obtention de données relatives aux clients du banquier.

Cependant, nous avons constaté une tendance à l'harmonisation internationale des règles relatives aux intermédiaires financiers.²⁰⁸ Des règles de conduite ont été élaborées par l'International Organization of Securities Commission (IOSCO),²⁰⁹ qui peuvent être considérées comme des minima devant être respectés par les principales places financières, ne serait-ce que pour des motifs de crédibilité²¹⁰ et de réputation.²¹¹

Certes, nous avons souligné que ces règles de conduite sont très générales et n'excluent pas une certaine concurrence entre systèmes légaux.²¹² Toutefois, dans la mesure où l'on admet que d'éventuelles dispositions d'exécution doivent se limiter à formuler des *indications générales*, le fait de prévoir que le prestataire de services financiers doit être honnête, loyal et diligent, doit connaître et informer son client, doit

²⁰⁷ Pour l'exemple de la protection offerte aux actionnaires par le droit américain des sociétés et son impact sur l'obligation de faire une offre publique d'achat, voir Alain HIRSCH/Gérard HERTIG, Comments on Defensive Measures, The Regulation of Multinational Offerings and Mandatory Bids, in: HOPT/WYMEERSCH, *supra* note 75, pp. 430 ss.

²⁰⁸ Voir *supra* II/D.

²⁰⁹ Voir *supra* note 65.

²¹⁰ Leurs représentants ayant participé à l'élaboration de ces règles de conduite.

²¹¹ C'est ainsi que ces minima qui ont été respectés par la directive sur les services d'investissement: voir *supra* note 67.

²¹² Voir *supra* II/D; cf. également HERTIG, *supra* note 74.

éviter les conflits d'intérêts et doit respecter les règles du marché²¹³ est déjà relativement contraignant d'un point de vue normatif.

C'est dire que nous ne croyons pas que la question de la compétitivité de la place financière se pose de manière aiguë au niveau du *contenu* des exigences en matière de diligence.

2. En revanche, tel est le cas en ce qui concerne leur *mise en oeuvre*. C'est à ce niveau que se situe le plus grand potentiel de différenciation – même si, comme nous l'avons relevé,²¹⁴ il est peu vraisemblable que s'instaure une véritable course au laxisme.²¹⁵

Malheureusement, c'est également dans le domaine de la mise en oeuvre qu'abondent les rumeurs et que les données fiables sont rares. En effet, ce ne sont pas les autorités elles-mêmes qui vont admettre qu'elles tolèrent un degré de mise en oeuvre inférieur à celui que connaissent les places financières concurrentes. D'une part, les efforts en matière d'harmonisation étant notamment motivés par des considérations de politique commerciale extérieure (réalisation d'un "level playing field"), un tel aveu serait de nature à provoquer des réactions gênantes de la part des partenaires commerciaux. D'autre part, il est politiquement difficilement concevable de reconnaître ouvertement un tel état de fait. A ce propos, on relèvera que le Rapport annuel 1992-1993 du Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI),²¹⁶ dont la création a pourtant reflété la volonté politique de montrer une sévérité accrue dans le domaine de la diligence, se borne à prudemment relever qu'il y a "encore à faire pour que tous les membres appliquent intégralement ses recommandations".²¹⁷

Ce ne sont pas davantage les intermédiaires financiers "favorisés" qui vont proclamer *urbi et orbi* que l'autorité de surveillance se montre moins sévère que d'autres. Quant aux intermédiaires financiers "défavorisés", ils auront souvent de la peine à étayer leurs récriminations par des chiffres, soit parce qu'il leur est difficile de les obtenir, soit parce qu'ils risquent de s'attirer les reproches de certains clients ou l'animosité de l'autorité de surveillance concernée, ce qui est toujours potentiellement dangereux.

Il n'est dès lors guère surprenant de constater que la recherche empirique est encore très peu développée, voire inexistante dans ce domaine.²¹⁸

²¹³ Voir *supra* note 69.

²¹⁴ Voir *supra* II/D.

²¹⁵ Voir aussi l'intéressante analyse de Jordi GUAL/Damien NEVEN, *Market Services and European Integration: Banking*, European Economy 3/1993, pp. 151 ss, 154 ss: un certain "laxisme" dans la mise en oeuvre ne fait souvent que refléter une trop grande sévérité des normes et sert dès lors à "compenser" ce désavantage compétitif (voir à ce propos *supra* note 11).

²¹⁶ Voir *supra* II/D.

²¹⁷ Rapport annuel 1992-1993, du 29 juin 1993, p. 7.

²¹⁸ S'agissant du manque d'études économétriques relatives aux effets de la concurrence

Même les publications destinées aux praticiens, telles International Securities Regulation Report,²¹⁹ Financial Regulation Report²²⁰ ou European/Asian Financial Services Newsletter²²¹ sont plus que lacunaires s'agissant d'indications relatives au degré de mise en oeuvre.

Du point de vue académique, on en est dès lors réduit à des appréciations en partie anecdotiques. Outre les entretiens avec des praticiens, la principale source d'information est constituée par des revues professionnelles du type Euromoney,²²² par des sondages publiés par un hebdomadaire comme The Economist ou par des articles publiés dans des journaux tels le Wall Street Journal, le Financial Times ou le Nikkei Weekly.

Il est possible que cette absence de données scientifiquement établies signifie que les exigences en matière de diligence sont moins cruciales pour la compétitivité internationale d'une place financière que les polémiques doctrinales le laissent penser. On doit pour le moins constater que les analyses stratégiques effectuées au niveau européen par des consultants tels Arthur Andersen²²³ ou Price Waterhouse²²⁴ ne consacrent guère de développements à cette question; il en va de même des analyses spécifiquement consacrées à la Suisse.²²⁵

Certes, il n'en découle pas que l'on ne doit pas se préoccuper de la compétitivité des exigences en matière de diligence. Ainsi, les dispositions relatives à la transparence des transactions des clients sur les marchés secondaires étant d'une grande importance pour sa liquidité, cette dernière (et avec elle l'attrait du marché lui-même) peut être remise en cause par un excès de sévérité.²²⁶ De même, les dispositions qui rendent l'accès au marché plus difficile peuvent avoir des effets dévastateurs, même lorsque la place financière concernée est technologiquement bien équipée – ce que, par exemple, les places financières d'Amsterdam ou de Copenhague ont appris à leurs dépens.²²⁷

entre systèmes de surveillance, voir Niklaus BLATTNER, La compétitivité des banques, 21 Revue d'économie financière 229, 240 (1992).

²¹⁹ Buraff Publications, Washington D. C.

²²⁰ Financial Times, Londres.

²²¹ Clifford Chance, Londres.

²²² Euromoney Publications, Londres.

²²³ Voir Arthur ANDERSEN, European Banking and Capital Markets, A Strategic Forecast, Londres 1993.

²²⁴ Voir Price WATERHOUSE, European Private Banking Survey 1993, A Comparative Analysis of the Strategic and Operational Issues Facing the European Private Banking Industry in the 1990s, Londres 1993.

²²⁵ Voir Arthur ANDERSEN, Les banques en Suisse à l'aube des années 2000, Etude Delphi, Zurich 1992; *id.*, La place financière suisse: Perspectives, Défis, Chances, Etude Delphi, Zurich 1986.

²²⁶ Voir parmi d'autres Benn STEIL, Integration and Regulations in EC Capital Markets, Londres 1993, pp. 23-24; cf. également les études citées *supra* note 83.

²²⁷ Voir notamment à ce propos Danmarks Nationalbank, Report and Accounts for the Year 1993, pp. 56-57.

Toutefois, il faut souligner que les principaux dangers pour la compétitivité de la place financière devraient résulter soit de l'application pure et dure de *dogmes* (par exemple, maximiser la transparence en toute circonstance), soit d'attitudes *protectionnistes* (par exemple, limiter le nombre des intermédiaires financiers considérés "compétents").²²⁸ Ces dernières sont tout particulièrement à craindre en ce qu'elles répondent aussi bien aux aspirations des intermédiaires financiers les moins compétitifs qu'à celles d'autorités désireuses de protéger les clients/consommateurs.²²⁹

On constate qu'il s'agit là de distorsions grossières et peu difficiles à reconnaître. Du point de vue pratique, elles devraient d'ailleurs normalement être connues des différentes autorités de surveillance, notamment grâce aux contacts informels qu'elles entretiennent avec les principaux intermédiaires financiers. Elles peuvent donc, cas échéant et pour autant qu'une telle démarche s'avère politiquement²³⁰ possible, prendre des mesures "compensatoires" et ajuster la mise en oeuvre de certaines exigences.²³¹

En conséquence, il nous paraît que l'analyse de l'impact des exigences en matière de diligence sur la compétitivité de la place financière ne nécessite pas le recours à des *comparaisons* sophistiquées avec la situation à l'étranger. Toutefois, ce constat implique que l'on procède à une analyse directe du coût des exigences en matière de diligence.

2. Le coût

D'une manière générale, c'est avant tout le coût d'exigences en matière de solidité financière qui a fait l'objet d'analyses économiques. Ces dernières sont normalement très critiques à l'égard des prescriptions en matière de fonds propres: même s'il est difficile de parvenir à des résultats théoriques ou empiriques dépourvus d'ambiguïté, nombreux sont ceux qui estiment que l'utilité de telles dispositions reste à démontrer, tant du point de vue de la solidité financière²³² qu'au regard de l'égalité concurren-

²²⁸ S'agissant du protectionnisme et non du laxisme comme principal danger, voir aussi *supra* II/D.

²²⁹ Pour un tel comportement au niveau européen, voir Andreas J. STRUB, *Bankdienstleistung im Binnenmarkt, Die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes der Bankdienstleistungen*, Munich 1994, pp. 125-131; pour la réaction de la Commission face au risque protectionniste, voir Commission de l'Union européenne, *Le marché intérieur de la Communauté, Rapport 1993, COM (94) 55 final* du 14 mars 1994, pp. 71-72.

²³⁰ S'agissant du rôle de considérations politiques, voir *supra* II/C; en ce qui concerne plus particulièrement la motivation politique d'une autorité de surveillance, voir récemment Jean TIROLE, *On Banking and Intermediation*, 38 *European Economic Review* 469, 484-485 (1994).

²³¹ Voir à ce propos *supra* note 215.

²³² Voir déjà Franco MODIGLIANI/Merton H. MILLER, *The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment*, 48 *American Economic Review* 261 (1958), qui relèvent que la structure du capital d'une entreprise est irrelevante, dans la mesure où il n'existe pas de distorsions de nature fiscale, des coûts de transactions ou des coûts provoqués par des règles en matière de faillite ou d'assurance des dépôts; cf. également

tielle,²³³ voire qu'elles ont l'effet pervers d'amener les banques à prendre des risques supplémentaires.²³⁴

En revanche, le coût des exigences en matière de diligence a jusqu'ici fait l'objet de relativement peu d'attention. Certes, il est établi que des exigences trop détaillées sont très coûteuses – aux USA, on estime que les “fat books of rules and regulations” provoquent des coûts de l'ordre de plusieurs centaines de millions de dollars par an au moins.²³⁵ Toutefois, cela ne fait que justifier notre conclusion relative à la nécessité de se limiter à formuler des indications générales²³⁶ et ne nous fournit guère de données concernant le coût “matériel” des exigences en matière de diligence.

L'adoption de la directive sur les services d'investissement²³⁷ a cependant amené certains économistes à évaluer l'impact de l'obligation de respecter des règles de conduite différentes d'Etat membre à Etat membre, en raison du maintien dans ce domaine de la compétence de l'autorité d'accueil.²³⁸ D'une manière générale, on estime que la diversité des régimes légaux en matière de règles de conduite n'a pas un impact significatif sur les barrières à l'entrée, c'est-à-dire que cette diversité ne devrait guère entraver la prestation internationale de services financiers.²³⁹

Toutefois, cette conclusion est principalement motivée par deux constatations: la mobilité de la clientèle dans le marché “wholesale” et l'existence d'autres barrières à l'entrée au niveau du “retail banking”. Elle n'implique pas que l'adoption d'exigences trop coûteuses en matière de

J. Kimball DIETRICH/Christopher JAMES, Regulation and the Determination of Bank Capital Changes: A Note, 38 *Journal of Finance* 1651 (1983); Lucille S. MAYNE, Supervisory Influence on Bank Capital, 27 *Journal of Finance* 637 (1972); Sam PELTZMANN, Capital Investment in Commercial Banking and its Relationship to Portfolio Regulation, 78 *Journal of Political Economy* 1 (1970).

²³³ Voir à ce sujet Hal S. SCOTT/Shinsaku IWAHARA, *In Search of a Level Playing Field*, Washington DC, 1994.

²³⁴ Voir à ce sujet Daniela DI CAGNO, Regulation and Banks' Behaviour Towards Risk, Aldershot 1990, notamment pp. 23 ss, 30 ss et les auteurs cités.

²³⁵ Voir A Survey of International Banking, *The Economist*, 30 avril 1994, Section spéciale p. 22.

²³⁶ Voir *supra* III/B/3.

²³⁷ J.O.C.E. L 141, du 11 juin 1993, p. 27.

²³⁸ Article 11 de la directive.

²³⁹ Voir Patrick Van CAYSELE/Dirk HEREMANS, Legal Principles of Financial Market Integration in 1992: An Economic Analysis, 11 *International Review of Law and Economics* 83, 93 (1991); Charles GOODHART, Banking in the United Kingdom and Continental Europe, in: Franklin R. EDWARDS/Hugh T. PATRICK Eds., *Regulating International Financial Markets: Issues and Policies*, Boston 1992, pp. 75, 81. Plus réservés: Markus RUFFNER/Eric STUPP, EG-Binnenmarkt für Wertpapierdienstleistungen: Die Schlussartikel der ISD/CAD und eine rechtsökonomische Analyse der Regulierungsprinzipien des Wertpapierdienstleistungsrechts, in: *Festschrift für Beat Kleiner, Banken und Bankenrecht im Wandel*, Zurich 1993, pp. 395, 411.

diligence ne se paie pas par une émigration (difficilement réversible) des affaires à destination d'autres places financières.

Il est dès lors intéressant de s'inspirer de la méthode du "net regulatory burden", qui consiste à apprécier la compétitivité des exigences en matière de diligence par rapport aux coûts et aux avantages qui en résultent pour les intermédiaires financiers concernés.²⁴⁰

Cette méthode présente malheureusement au moins deux désavantages. En premier lieu, même si l'on se limite à prendre en compte l'impact réglementaire pour les intermédiaires financiers assujettis, l'analyse des coûts et des avantages est difficile à opérer.²⁴¹ En deuxième lieu, bien que tel ne soit pas son objectif, cette méthode présente également le risque d'être utilisée à des fins protectionnistes.

En effet, il n'est pas facile de distinguer les avantages légitimes d'exigences en matière de diligence (par exemple augmentation de la confiance du public et de la réputation des intermédiaires) des avantages dérivant essentiellement d'une diminution de la pression compétitive (certains intermédiaires financiers concurrents étant, par exemple, moins en mesure de faire face à de nouvelles exigences légales).²⁴² Or, à terme, ces derniers avantages sont contraires à l'intérêt de la place financière: ils empêchent les développements et les innovations que provoque un environnement plus ouvert – ce que l'on a notamment pu constater au Japon.²⁴³ De plus, toujours à terme, les restrictions étatiques qui sont normalement le prix à payer pour l'octroi de tels avantages (en bonne application de la méthode du "net regulatory burden") s'avèrent souvent d'un coût excessif – ce que l'on a notamment pu constater aux Etats-Unis.²⁴⁴

Il est néanmoins intéressant d'apprécier brièvement les exigences en matière de diligence valables ou envisageables en Suisse à l'aide de cette méthode.

²⁴⁰ Voir à ce propos Richard M. LEVICH, *The Euromarkets after 1992*, in: Jean DERMINE Ed., *European Banking in the 1990s*, Oxford 1990, pp. 373, 374 ss.

²⁴¹ En ce qui concerne spécifiquement la difficulté à apprécier les coûts résultant des exigences d'autorités administratives, voir récemment Susan ROSE-ACKERMAN, *The Economic Analysis of Public Law*, 1 *European Journal of Law and Economics* 53, 60 (1994).

²⁴² Une considération qui n'est peut-être pas totalement étrangère à la faveur dont la méthode du "net regulatory burden" semble bénéficier de la part de représentants d'organisations professionnelles: voir Niklaus BLATTNER, *Discussion relative à la nécessité d'une surveillance des négociants*, in: Gérard HERTIG/Marina HERTIG-PELLI Eds, *supra* note 99, pp. 7-8.

²⁴³ Voir ainsi Robert LAWRENCE/Takatoshi ITO, *Face-off: Ongoing Trade Problems and What to do about them*, Tokyo Business, Avril 1994, pp. 42 ss.

²⁴⁴ Voir récemment à ce propos Charles STONE/Anne ZISSU Eds, *Global Risk Based Capital Regulations*, Burr Ridge 1993.

a. Les désavantages des exigences en matière de diligence

Les exigences en matière de diligence peuvent être la cause de désavantages non négligeables pour les intermédiaires financiers. Certes, ces derniers se sont montrés jusqu'ici plus sensibles aux coûts résultant de prescriptions en matière de fonds propres ou aux profits manqués en raison de réglementations fiscales.²⁴⁵ Quelques exemples permettent toutefois de constater que cette situation n'est pas immuable.

Le respect de règles de conduite nécessite une adaptation de l'organisation interne de l'intermédiaire financier, par exemple pour éviter des conflits d'intérêts, ou la création de nouveaux services, par exemple un "compliance department". Ces adaptations impliquent souvent le recours à du personnel supplémentaire et peuvent dès lors affecter la taille critique de l'entreprise au regard de sa rentabilité. Considérant la tendance à l'augmentation du champ d'application personnel des exigences en matière de diligence,²⁴⁶ il pourrait en découler la disparition de certains intermédiaires de petite taille, notamment dans le domaine de la gestion de fortune.

Plus généralement, les exigences en matière de diligence augmentent le coût de la prestation de services financiers. Par exemple, si l'on rend la procédure d'identification du client plus formaliste,²⁴⁷ on oblige pour le moins l'employé responsable à consacrer davantage d'attention à cette opération. De même, si l'on exige de l'employé responsable une réflexion "réglementaire" avant de procéder à l'exécution de certains ordres du client, il est probable qu'il devra souvent avoir recours à l'aide de tiers. Les pertes de temps qui en découlent causent un coût direct évident; ces exigences de diligence peuvent également provoquer des coûts indirects (perte ou non-augmentation de la clientèle) dans les domaines où il est important d'agir rapidement ou de donner les apparences de l'efficacité ou de la discrétion.

Par ailleurs, il va de soi qu'il est nécessaire de surveiller le respect des exigences de diligence. Il n'en découle pas seulement les dépenses en personnel déjà mentionnées. Des coûts moins évidents peuvent en découler, résultant de l'installation de systèmes de détection informatique (qui ne sont pas nécessairement à la portée de tous)²⁴⁸ ou du développement de

²⁴⁵ Voir à ce propos Malcolm LEWITT, *Europe's Single Market: Fiscal, Regulatory and Structural Impediments to Competition*, 8 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 107 (1993); pour d'autres éléments pertinents, voir notamment Matthias JEGER/Urs HAEGLER/Roland THEIS, *L'attraction des places financières internationales*, 21 *Revue d'économie financière* 217 (1992).

²⁴⁶ Voir *supra* I et III/D; cf. également l'article 2 lit. c du projet de LBVM (FF 1993 I 1269, 1345) et les exigences administratives projetées en matière d'identification des clients et de vérification des transactions qu'ils effectuent résultant de l'avant-projet de loi fédérale relative à la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier, Berne, janvier 1994.

²⁴⁷ Voir à ce propos *supra* III/B/1.

²⁴⁸ Cp. les préoccupations des utilisateurs potentiels de la Bourse électronique suisse quant à leur capacité à acquérir et à exploiter des systèmes informatiques sophistiqués.

procédures préliminaires d'approbation par les organes ("compliance department", service juridique) chargés de la surveillance afin d'éviter leurs critiques ultérieures (ce qui prend à la fois du temps et diminue l'efficacité de la surveillance).

Ces diverses dépenses sont difficiles à quantifier. Ce n'est pas seulement qu'elles sont peu aisées à estimer une fois identifiées; il est en plus difficile de s'assurer que les exigences de l'autorité de surveillance en sont véritablement la cause et qu'elles n'auraient pas dû être encourues de toute manière dans le cadre d'une entreprise bien gérée.

On en est dès lors, encore une fois, réduit à des spéculations relativement peu scientifiques. De nombreux praticiens sont cependant d'avis que les dépenses dues à des exigences en matière de diligence ont fortement augmenté ces dernières années et qu'elles représentent aujourd'hui un élément de coût important dans certains secteurs, notamment dans le domaine de la gestion de fortune.

b. Les avantages des exigences en matière de diligence

Il faut cependant ne pas oublier que les exigences en matière de diligence peuvent également présenter des avantages pour les intermédiaires financiers visés.

En premier lieu, elles garantissent que les assujettis concurrents devront également respecter des règles de conduite, ce qui permet à la fois de bénéficier d'une potentielle amélioration de l'image de marque de la place financière et d'éviter d'être victime d'une sous-enchère "déloyale".

Deuxièmement, l'existence d'exigences en matière de diligence peut faciliter l'accès à des marchés étrangers, dans la mesure où les autorités surveillant ces derniers devraient se montrer plus enclines à admettre l'existence d'un système de surveillance adéquat en Suisse.

Enfin, un avantage non négligeable peut résulter du fait que l'intermédiaire financier devra prêter davantage attention à la manière dont il est organisé et à la manière dont ses employés se comportent vis-à-vis des clients; en effet, cette attention peut provoquer une amélioration quantitative ou qualitative du fonctionnement de l'entreprise ou des services prestés.

Ici également, il est difficile de procéder à une quantification. Cependant, il faut partir de l'idée que la régulation ne peut rivaliser avec le marché. En conséquence, on ne peut conclure que les exigences en matière de diligence sont constitutives d'un profit *net* parce qu'elles amènent les assujettis à prendre contre leur gré des mesures qui leur sont fondamentalement bénéfiques.²⁴⁹ Une conclusion contraire n'est possible que si les exigences en matière de diligence réduisent sensiblement la pression

²⁴⁹ Pour une conclusion similaire, voir LEVICH, *supra* note 240, p. 389: même à long terme et malgré l'existence d'une concurrence internationale, il est possible de conserver des exigences dont les désavantages priment les avantages ("positive net regulatory burden").

compétitive dont sont l'objet les intermédiaires financiers, ce qui est évidemment fondamentalement à éviter.

c. Appréciation

En conséquence, les exigences en matière de diligence ne peuvent être évaluées positivement au regard du test du “net regulatory burden”.

Cela ne veut pas dire que les exigences en matière de diligence ne peuvent pas être *globalement* (à savoir au-delà de leur impact sur les intermédiaires financiers) économiquement bénéfiques, lorsqu'elles permettent de réduire des asymétries dans l'information et des externalités,²⁵⁰ ou encore entraînent une meilleure répartition des risques.²⁵¹

Toutefois, le fait que ces exigences ne sont pas, en tant que telles, susceptibles d'être bénéfiques pour les intermédiaires financiers implique que l'on prête une attention particulière à cette question lorsque certaines mesures sont dictées avant tout par des considérations politico-juridiques.

3. Nécessité et praticabilité de l'intervention administrative

Concrètement, il découle des considérations qui précèdent qu'il convient de s'interroger sérieusement quant à la nécessité et à la praticabilité des interventions de l'autorité de surveillance dans le domaine de la diligence. Si la première question est relativement classique et relève essentiellement d'une pesée des intérêts publics et privés en présence, l'élément de la praticabilité²⁵² mérite d'être explicité.

Par rapport aux banques, la praticabilité signifie qu'il convient, d'une part, de maximiser la convergence entre exigences de l'autorité de surveillance et mesures nécessaires à une bonne gestion d'entreprise et, d'autre part, de minimiser la complexité et la rigidité des exigences de diligence. Par rapport à l'autorité de surveillance, la praticabilité implique que cette dernière puisse utiliser “efficacement” les ressources à sa disposition.

Partant, on peut raisonner comme suit:

1. La CFB dispose d'une base légale lui permettant d'intervenir lorsque des dispositions juridiquement contraignantes sont ou risquent d'être violées.²⁵³ Bien entendu, toute violation de ce type ne justifie pas une intervention de l'autorité de surveillance. Cette dernière doit être fonction de trois critères:

²⁵⁰ Voir *supra* II/B.

²⁵¹ Voir *supra* III/B/3/d.

²⁵² Voir notamment à ce sujet Béatrice WEBER-DÜRLER, *Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat*, ZBl 87 (1986) pp. 193 ss et les auteurs cités.

²⁵³ Voir *supra* III/A.

- a) Importance quantitative et qualitative des violations existantes ou potentielles,
- b) Moyens à disposition de l'autorité,
- c) Coûts pour les banques et pour leurs clients.

A l'aide de ces trois critères, on peut notamment procéder à deux choix cruciaux et interdépendants. Il s'agit, d'une part, de la détermination des domaines dans lesquels l'autorité de surveillance doit concentrer ses efforts. Il s'agit, d'autre part, de la nature préventive (intervention *ex ante*) ou répressive (intervention *ex post*) de son action.

A ce dernier propos, on relèvera que l'intervention *ex ante* se caractérise notamment par le fait que l'autorité de surveillance exige la prise de certaines mesures avant même qu'un ou plusieurs cas concrets l'obligent à s'intéresser à une question spécifique, respectivement exige la soumission à son approbation préalable de certains actes ou documents spécifiques. En revanche, on soulignera que le fait que l'autorité de surveillance intervienne *ex post*, à savoir lorsqu'un ou des cas concrets sont portés à sa connaissance, n'exclut pas qu'elle formule des indications générales à l'intention de banques non parties à la procédure.

En d'autres termes, les approches *ex ante* et *ex post* reflètent une manière distincte de concevoir le rôle de l'autorité de surveillance, l'approche *ex ante* étant conceptuellement plus interventionniste. Cependant, ces deux approches peuvent coexister et, d'un point de vue pratique, se distinguent parfois davantage par le moment où les exigences de l'autorité de surveillance sont explicitées que de toute autre manière.

2. L'organisation du banquier est une question tout à fait fondamentale du point de vue de la surveillance bancaire, qui justifie et se prête à une intervention *ex ante*. Le législateur a d'ailleurs lui-même reconnu cette réalité, en prévoyant un examen de l'adéquation de l'organisation (y compris du point de vue des ressources humaines) dans le cadre de la procédure d'octroi d'une autorisation d'exercer une activité bancaire (article 3 LB).

Il s'impose dès lors de consacrer une section spécifique à la question de la proportionnalité d'une intervention visant l'organisation générale du banquier et qui est dictée par des considérations relatives à sa diligence.

3. Une bonne organisation générale ne suffit pas nécessairement à garantir le respect des dispositions juridiquement contraignantes qui régissent ou devraient régir les relations entre le banquier et ses clients. En effet, certaines de ces dispositions concernent davantage le comportement du banquier que son organisation ou, tout au moins, requièrent des mesures d'organisation particulières.

De telles dispositions peuvent être conçues avant tout dans l'intérêt général ou plus spécifiquement dans l'intérêt des clients. S'agissant des premières, deux types de règles doivent être considérées essentielles, du

moins dans une perspective politico-juridique. Il s'agit, d'une part, des règles relatives à l'identification du client, dont l'importance actuelle est notamment démontrée par l'adoption récente d'une norme pénale.²⁵⁴ Il s'agit, d'autre part, des exigences relatives à l'acceptabilité des opérations entreprises par le client, qui constituent un élément important de la pratique récente de la CFB.²⁵⁵

Dans la mesure où la CFB ne se limite pas à exiger la prise de mesures d'organisation particulières, il est moins facile de justifier une intervention *ex ante* de l'autorité de surveillance. Ainsi, nous avons déjà eu l'occasion de relever la quasi-impossibilité de définir des critères simples, praticables et exhaustifs concernant le comportement à adopter en matière d'identification du client ou la légalité des opérations de ce dernier.²⁵⁶ Certes, des indications générales sont potentiellement utiles, tant d'ailleurs pour les praticiens que pour les juges et autres autorités ayant également à connaître de telles dispositions et qui ne sont pas nécessairement au bénéfice des connaissances techniques adéquates; cependant, de telles indications générales peuvent, à notre avis, tout aussi bien résulter de la pratique *ex post* de l'autorité de surveillance, respectivement de l'auto-régulation.

En conséquence, si l'importance politico-juridique des exigences en matière d'identification du client et d'acceptabilité de ses opérations justifie que l'on consacre une section spécifique à ces questions, on doit relever d'entrée de cause qu'une intervention *ex ante* ne s'impose pas inéluctablement.

4. Quant aux dispositions conçues plus spécifiquement dans l'intérêt des clients, on remarquera tout d'abord que la LB ne contient pratiquement pas de règles de ce type,²⁵⁷ ces dernières relevant jusqu'ici principalement du CO.²⁵⁸ Quant à la CFB, elle fait preuve de beaucoup de retenue en la matière.

Son intervention se manifeste principalement par des injonctions relatives à des mesures d'organisation particulières, par exemple par le biais d'exigences visant à améliorer la transparence de la distinction entre membres du personnel de la banque et tiers.²⁵⁹

²⁵⁴ Voir article 305^{ter} CPS, *supra* note 4.

²⁵⁵ Voir à ce sujet JUNOD, *supra* note 27, pp. 95-96.

²⁵⁶ Voir *supra* III/B/1.

²⁵⁷ Voir *supra* III/A.

²⁵⁸ Il convient cependant de ne pas oublier le rôle (potentiel) des dispositions de législations telles que la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241) ou de la Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC, RS 944.0), voire (s'agissant des prorogations de for) de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, RS 0.275.11).

²⁵⁹ Voir la décision de la CFB du 26 juin 1984, Bulletin CFB N° 14 (1984), pp. 8 ss.

Certes, la CFB s'est également intéressée à des comportements pouvant constituer un manquement grave aux règles régissant les relations contractuelles entre la banque et son client.²⁶⁰ Tel a par exemple été le cas pour des opérations d'application illicite des cours,²⁶¹ aussi dénommées *Kursschnitte*.²⁶² La CFB s'est récemment aussi préoccupée, suite à deux affaires judiciaires, du problème de l'information donnée par la banque concernant son rôle de fiduciaire (risque de conflits d'intérêt et de compensation en défaveur du client).²⁶³

Toutefois, on doit constater qu'il s'agit là d'une action quantitativement très modeste, qui contraste avec la nature prolifique des interventions relatives à des dispositions principalement édictées dans l'intérêt général. Il est possible que cette situation soit amenée à se modifier suite à l'entrée en vigueur de la LBVM. En effet, son article 11 devrait prévoir expressément que le négociant a envers ses clients un devoir de diligence, un devoir de loyauté et un devoir d'information;²⁶⁴ il est dès lors très probable que la CFB (qui sera chargée de surveiller tant les négociants que les banques) prêtera de ce fait davantage d'attention au respect de *toutes* les dispositions conçues plus spécifiquement dans l'intérêt des clients.²⁶⁵

Cependant, nous ne croyons pas que la CFB donnera, dans un proche avenir la priorité à la question du respect de règles de conduite envers les clients, en raison des limitations en personnel et de son aversion à s'aventurer dans des domaines qui sont normalement²⁶⁶ plus particulièrement du ressort du juge civil.²⁶⁷ Une telle réserve nous paraît entièrement justifiée, pour trois motifs au moins.

En premier lieu, elle permet d'éviter de se laisser entraîner dans la spirale de l'élaboration de dispositions d'exécution toujours plus détaillées, complexes et inflexibles, dont les dangers ont été mis en évidence par l'expérience anglaise²⁶⁸ – dangers qui sont également à la base de nos

²⁶⁰ Voir récemment Rapport de gestion CFB 1993, Berne 1994, p. 130; voir également *supra* III/A/1.

²⁶¹ Voir la décision de la CFB des 18/19 décembre 1989, Bulletin CFB N° 20 (1990) pp. 23 ss; la décision de la CFB du 24 mars 1988, Bulletin CFB N° 18 (1988) pp. 11 ss.

²⁶² Voir à ce propos Bruno GEHRIG, *Der Kursschnitt im Wertpapierhandel*, in: Festschrift für Beat Kleiner, *Banken und Bankenrecht im Wandel*, Zurich 1993, pp. 55 ss; Peter NOBEL, *Zur Problematik der sogenannten Kursschnitte beim Wertpapierhandel*, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, *Freiheit und Zwang*, Berne 1989, pp. 527 ss.

²⁶³ Voir récemment Rapport de gestion CFB 1993, Berne 1994, p. 146.

²⁶⁴ Voir FF 1993 I 1269, 1348.

²⁶⁵ En ce qui concerne l'impact de l'article 11 LBVM dans le cadre de l'application de la LB, voir également *supra* II/A.

²⁶⁶ Même s'il convient de ne pas sous-estimer leur influence, le juge pénal et les autorités administratives autres que la CFB ont jusqu'ici joué un rôle moins important que le juge civil en matière de mise en oeuvre des règles plus spécifiquement conçues dans l'intérêt du client de la banque.

²⁶⁷ Voir *supra* note 106.

²⁶⁸ Voir *supra* note 143.

conclusions relatives au caractère souhaitable de l'insécurité juridique.²⁶⁹ En deuxième lieu, d'un point de vue économique, l'autorité de surveillance devrait avant tout intervenir dans les domaines où la dissuasion résultant de procédures civiles laisse à désirer;²⁷⁰ en d'autres termes, son intervention doit être de nature "subsidaire". Enfin, en faisant preuve de retenue, la CFB peut à la fois éviter les erreurs que provoque nécessairement une intervention soudaine et massive dans un domaine complexe et éviter de perdre de vue que l'élément essentiel de la surveillance administrative en matière bancaire est et doit demeurer la solidité financière des assujettis.

En conséquence, il est souhaitable que l'intervention de la CFB concerne principalement les domaines dans lesquels on constate que des abus sont plus particulièrement aptes à se manifester. Leur identification peut intervenir à l'aide de deux critères, l'existence d'une asymétrie dans l'information et la présence de conflits d'intérêt. En effet, tant du point de vue juridique²⁷¹ que du point de vue économique,²⁷² ce sont deux questions primordiales dans le cadre des relations entre le banquier et son client.

Il convient de tenir compte du fait que, dans certains domaines, des abus peuvent résulter de contraintes imposées au juge civil, contraintes qui ne s'imposent pas dans la même mesure à l'autorité de surveillance. Ainsi, bien que l'on ait souligné que les règles de conduite de l'article 11 de la future LBVM reprennent "les principes généraux bien établis du droit du mandat",²⁷³ le fait qu'elles figurent dans une norme de droit public implique que l'autorité de surveillance n'est pas véritablement liée par les règles reconnues en droit civil.²⁷⁴ Elle peut, par exemple, davantage tenir compte de la réalité économique²⁷⁵ – étant entendu que l'autorité administrative ne s'écartera pas sans nécessité d'une jurisprudence civile bien établie.²⁷⁶ De même, l'autorité de surveillance pourra exiger le respect des exigences posées par le droit civil suisse quant bien même un droit étranger est normalement applicable et que les conditions des articles 17 et 18 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)²⁷⁷ ne sont pas remplies.²⁷⁸

²⁶⁹ Voir *supra* III/B/3.

²⁷⁰ Voir *supra* II/B; voir également TIROLE, *supra* note 230, p. 477.

²⁷¹ Voir notamment *supra* note 69.

²⁷² Voir notamment *supra* note 177.

²⁷³ Voir B.O.C.E 1993 V 1005.

²⁷⁴ Voir notamment HÄFELIN/MÜLLER, *supra* note 88, N° 214 ss (Doppelnormen) et N° 242 ss. (Verweisung des Verwaltungsrecht auf Normen des Privatrechts).

²⁷⁵ Voir à ce propos KNAPP, *supra* note 88, N°s 435-439.

²⁷⁶ Voir notamment Blaise KNAPP, La responsabilité de l'Etat et de ses agents, in: Dix-huitième Journée Juridique, Genève 1979, pp. 1 ss, notamment 28. Voir également *supra* III/B/3/d.

²⁷⁷ RS 291.

²⁷⁸ Article 17 LDIP: "L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse"; article 18 LDIP: "Sont réservées

Dans un premier stade, il nous semble que deux domaines pourraient plus particulièrement faire l'objet de l'attention de la CFB: les émissions publiques et la gestion de fortune. D'une part, il s'agit de deux domaines essentiels du point de vue de la compétitivité de la place financière suisse et qui ont récemment, tant en Suisse qu'à l'étranger, donné lieu à quelques "affaires". D'autre part, l'asymétrie dans l'information ou les conflits d'intérêts sont susceptibles de s'y manifester plus particulièrement.²⁷⁹ Enfin, le juge civil rencontre souvent des difficultés à prendre en compte les intérêts de toutes les parties, notamment en raison de difficultés procédurales et du fait du caractère diffus des intérêts des clients.

Nous entendons dès lors consacrer une section spécifique à l'analyse du rôle de l'autorité de surveillance s'agissant des relations entre la banque et ses clients en matière d'émissions publiques et de gestion de fortune.

Il convient toutefois de souligner que, dans ce domaine également, une intervention *ex ante* de l'autorité de surveillance ne s'impose pas nécessairement. D'une part, comme pour les dispositions conçues avant tout dans l'intérêt général, les indications générales éventuellement nécessaires peuvent tout aussi bien résulter de la pratique *ex post* de l'autorité de surveillance ou de l'auto-régulation. D'autre part, on saurait encore moins exiger une approbation *ex ante* de certains actes du banquier que s'agissant des dispositions conçues avant tout dans l'intérêt général: ainsi, notre analyse de la problématique des conditions générales a déjà permis de faire constater l'inflexibilité et les délais résultant d'un tel contrôle préalable.²⁸⁰

5. En résumé, notre analyse spécifique des diverses exigences envisageables en matière de diligence sera consacrée à l'organisation générale de la banque (section B/1), à l'identification du client et à l'acceptabilité de ses opérations (section B/2) et au comportement vis-à-vis du client en matière d'émissions publiques et de gestion de fortune (section B/3).

B. Analyse spécifique

1. Organisation

L'organisation de l'intermédiaire financier est un élément absolument fondamental du point de vue de la diligence et il se justifie de procéder à

les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi".

²⁷⁹ Voir à ce propos Dieter ZOBL, Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken unter besonderer Berücksichtigung von Interessenkonflikten, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich 1988, pp. 319 ss; Klaus J. HOPT, Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: Rudolf von GRAFFENRIED Ed., Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Berne 1987, pp. 135 ss.

²⁸⁰ Voir *supra* III/A/1.

une analyse relativement détaillée de cet aspect de la surveillance bancaire. Nous comptons dès lors procéder à un examen en distinguant les aspects structurels et systémiques (section a) et les aspects ressources humaines (sections b et c).

A titre liminaire, il convient de souligner que l'organisation de l'intermédiaire financier est également un élément fondamental du point de vue de la solidité financière, notamment en regard de la gestion des risques. On doit même reconnaître que si des considérations relatives à la solidité financière imposent une organisation différente de celle que requièrent des considérations relatives à la diligence vis-à-vis du client, les premières doivent prévaloir.

Nous avons dès lors tenté de donner un caractère général à notre analyse et d'éviter de proposer des solutions non compatibles avec celles (non traitées ici) pouvant en outre s'imposer du point de vue de la solidité financière.

a. Aspects structurels et systémiques

Seule une structure et des systèmes internes appropriés permettent une circulation adéquate de l'information (y compris de l'information juridique) au sein de la banque et garantissent que les décisions sont prises ou approuvées par les entités compétentes.²⁸¹ De même, de tels éléments sont nécessaires pour diminuer les risques de conflits d'intérêt (inévitables dans un système de banque universelle) et pour assurer une "surveillance" adéquate des actes des organes et employés de la banque.

C'est dès lors avant tout ces questions qui doivent faire l'objet de l'attention de la CFB et de ses interventions tant préventives, que dans le cadre d'investigations *ex post* faisant suite à la portée à sa connaissance d'un état de fait déterminé. Malheureusement, il s'agit d'un domaine délicat.

Certes, la plupart des législations relatives à la surveillance des intermédiaires financiers formulent des exigences en la matière, que se soit dans le domaine bancaire²⁸² ou pour d'autres types de services financiers, par exemple les prestations d'assurances.²⁸³ Par ailleurs, le fait que des

²⁸¹ Voir à ce sujet les indications détaillées de KLEINER, *supra* note 29, N° 16 et 17 ad Art. 3-3^{ter} LB.

²⁸² Voir ainsi récemment l'article 10 de la directive sur les services d'investissements (J.O.C.E. L 141 du 11 juin 1993, p. 27): l'Etat membre d'origine oblige notamment l'entreprise d'investissements à avoir une bonne organisation administrative et comptable, des mécanismes de contrôle et de sécurité dans le domaine informatique, des procédures de contrôle interne adéquates, ainsi qu'une structure restreignant au minimum le risque que des conflits d'intérêt entre l'entreprise et ses clients ou entre ses clients eux-mêmes ne nuisent aux intérêts des clients.

²⁸³ Voir ainsi récemment l'article 8 de la troisième directive assurance vie (J.O.C.E. L 360 du 9 décembre 1992, p. 1) et l'article 9 de la troisième directive assurance non vie (J.O.C.E. L 228 du 11 août 1992, p. 1): l'Etat membre d'origine exige que toute entreprise d'assurance dispose d'une bonne organisation administrative et comptable et de procédures de contrôle interne adéquates.

entreprises actives dans le domaine financier, mais ne faisant pas l'objet d'une surveillance administrative (sociétés financières, investisseurs institutionnels) ne soient pas soumises à de telles exigences ne devrait pas être source de désavantage compétitif²⁸⁴ pour les banques. En effet, plusieurs "accidents" récents²⁸⁵ ont démontré que l'absence d'une structure et de systèmes adéquats entraînait souvent la réalisation de pertes importantes chez les entreprises non surveillées (comme d'ailleurs chez les intermédiaires financiers surveillés); en d'autres termes, qu'elle soit assujettie à surveillance ou non, une entreprise active dans le domaine des services financiers ne peut se passer d'une structure et de systèmes adéquats si elle veut demeurer profitable.

Le problème est qu'il n'existe pas une manière idéale d'organiser une entreprise, comme le démontrent les récentes discussions relatives au thème de la "corporate governance".²⁸⁶ L'autorité de surveillance doit dès lors faire preuve d'une grande retenue: elle ne doit pas substituer sans raison importante son appréciation à celle de la banque. L'autorité de surveillance doit également faire preuve de flexibilité: elle doit admettre qu'il existe plusieurs manières de mettre sur pied une structure et des systèmes adéquats.

En conséquence, il nous paraît que tant du point de vue juridique²⁸⁷ que du point de vue économique,²⁸⁸ il convient que l'autorité de surveillance concentre son attention sur deux questions: existence d'une structure évitant la concentration excessive de pouvoirs dans les mains d'une seule personne et mise en place de systèmes de surveillance, d'une part; transparence²⁸⁹ de l'organisation et des compétences du point de vue interne et externe, d'autre part.²⁹⁰

²⁸⁴ Pour cette notion, voir *supra* note 11.

²⁸⁵ Voir ainsi les difficultés qu'ont connues des sociétés comme VW, Allied, Metallgesellschaft, Procter & Gamble.

²⁸⁶ Cf. surtout Survey, Corporate Governance, The Economist, 29 Janvier 1994, section spéciale de 18 pages et les références citées; cf. également les 23 contributions in: Theodor BAUMS/Richard M. BUXBAUM/Klaus J. HOPT Eds, Institutional Investors and Corporate Governance, Berlin 1993.

²⁸⁷ Voir article 3 al. 2 lit. a LB, articles 7 ss de l'Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB, RS 952.02).

²⁸⁸ Rappelons que, pour l'économiste, la surveillance doit notamment permettre de remédier à l'asymétrie dans l'information.

²⁸⁹ Cette exigence de transparence est d'une importance particulière lorsque la banque fait partie d'un groupe de sociétés; pour les initiatives (motivées, il est vrai, par des considérations de solidité financière) de l'Union Européenne dans ce domaine, voir Nicola STANHOPE, The Proposed New Financial Supervision Directive, Financial Regulation Report, septembre 1993, pp. 2 ss.

²⁹⁰ Voir à ce propos la décision de la CFB du 26 juin 1984, Bulletin CFB N° 14 (1984) pp. 8 s: une banque qui collabore avec d'anciens organes devenus gérants de fortune indépendants doit prendre toutes les mesures au plan de l'organisation pour éviter une erreur des clients sur le statut de ces gérants de fortune.

Au vu de la retenue et de la flexibilité dont l'autorité de surveillance doit faire preuve, il ne semble pas indiqué de formuler des indications générales concernant les exigences de l'autorité de surveillance, et ce quand bien même son contrôle s'effectue déjà *ex ante* et non pas seulement *ex post*. Telle est d'ailleurs la pratique actuelle de la CFB et il semble admis que le pragmatisme dont elle fait preuve en la matière s'accommoderait mal de la formulation d'indications générales.²⁹¹ On ne doit cependant pas tirer prétexte de ce constat pour oublier le caractère essentiel de la structure et des systèmes de contrôle.

1. Dès lors, on n'hésitera pas à se montrer rigoureux en ce qui concerne la *transparence* de la structure et des compétences.

En effet, on constate encore trop souvent des imperfections en la matière, notamment en ce qui concerne les cahiers des charges et les procédures d'approbation et de vérification des décisions. Ces imperfections ne reflètent pas nécessairement un manque de professionnalisme; elles peuvent aussi résulter du fait que, dans un environnement où la concurrence se manifeste toujours plus durement, il peut s'avérer peu évident de garder sous contrôle les "stars" de l'entreprise ou d'assurer une circulation adéquate de l'information.

Par ailleurs, faire preuve de sévérité en matière de transparence devrait s'avérer praticable et même relativement peu coûteux. En effet, il s'agit typiquement d'un domaine où les intérêts de l'entreprise et ceux de l'autorité de surveillance sont convergents.

2. L'autorité de surveillance ne devrait pas davantage hésiter à se montrer rigoureuse en ce qui concerne la mise en place de *structures et de systèmes de contrôle* internes.

La priorité nous semble devoir être donnée à la question de l'existence de systèmes permettant de détecter des anomalies ou la violation de prescriptions internes ou externes. A cet effet, on prêterait une attention toujours plus grande à l'adoption de systèmes de surveillance automatisés.²⁹² Certes, ces derniers ne sauraient remplacer le contrôle humain: comme tous les systèmes, ils présentent nécessairement des lacunes. Il n'en demeure pas moins que les systèmes de surveillance automatisés s'avéreront toujours plus indispensables pour garantir le respect des exigences en matière de diligence, par exemple s'agissant de la détection d'opérations de blanchiment d'argent ou de la vérification de l'exécution adéquate d'ordres boursiers.

Du point de vue de la praticabilité, de tels systèmes de surveillance automatisés devraient être le complément logique des systèmes d'exécu-

²⁹¹ Voir MÜLLER, *supra* note 10, p. 26.

²⁹² Voir dans ce sens la décision de la CFB du 2 juillet 1990, Bulletin CFB N° 21 (1991) pp. 24, 27.

tion des ordres et d'analyse des données que nécessite la bonne gestion commerciale d'une banque. Le fait que la CFB fasse preuve d'une rigueur particulière en la matière ne devrait dès lors pas soulever d'objections de principe. Toutefois, l'autorité de surveillance devra tenir compte de l'évolution de la technique: elle se gardera de requérir l'utilisation de systèmes de surveillance automatisés n'ayant pas fait la preuve de leur utilité et évitera d'imposer des coûts démesurés aux établissements de plus petite taille en refusant d'attendre que la maturation des produits d'avant-garde rende ceux-ci nettement meilleur marché. Par exemple, si l'on peut prévoir que, dans un avenir pas trop éloigné, seront mis sur le marché des systèmes informatiques experts d'un prix abordable et capables d'opérer des tâches qualitativement complexes,²⁹³ tel n'est pas encore le cas aujourd'hui.

La nécessité de faire preuve de retenue dans des domaines en pleine phase de développement ne reflète d'ailleurs pas seulement des considérations de coûts. En effet, paradoxalement, les plus grands risques au niveau du contrôle interne ne se situent pas au niveau du dernier des nouveaux instruments financiers ou de la plus récente méthode de "trading" ou de gestion. L'incertitude liée à ces innovations fait qu'elles bénéficient naturellement d'une grande attention de la part des personnes gérant la banque et font l'objet de contrôles fréquents. En revanche, s'agissant des instruments financiers déjà quelque peu rodés ou de méthodes utilisées depuis un certain temps, il existe un risque non négligeable de voir l'attention des personnes responsables se relâcher.

En d'autres termes, l'autorité de surveillance sera bien inspirée de prêter autant, sinon plus, d'attention à l'effectivité des systèmes de contrôle interne traditionnels dans les domaines "classiques" qu'à l'existence de systèmes sophistiqués concernant des instruments financiers ou des méthodes de "trading" ou de gestion à la pointe du progrès.

Cette conclusion est également l'une des raisons pour lesquelles nous sommes d'avis que l'autorité de surveillance doit donner la priorité à l'existence de systèmes de contrôle par rapport à l'existence d'une structure de contrôle. Certes, il est très important qu'il existe des organismes internes chargés de la détection des anomalies ou de veiller au respect des prescriptions internes ou externes. Cependant, d'une part, de tels organismes ne peuvent accomplir correctement leur tâche s'ils ne peuvent bénéficier de systèmes appropriés. D'autre part, le fait d'attacher trop d'importance à l'existence et au rôle de tels organismes peut s'avérer contre-productif. Un bon exemple est fourni par les "compliance departments". Ces derniers sont aujourd'hui une nécessité, au vu du développement de l'appareil normatif et des exigences qui en résultent de la part de l'autorité de surveillance.²⁹⁴ Cependant, il convient de ne pas oublier que

²⁹³ Pour une intéressante analyse d'avant-garde, voir: Bankers Trust's 2020 Vision, The Economist, 26 mars 1994, pp. 93-94.

²⁹⁴ Voir notamment l'obligation instituée par la Circulaire CFB Blanchiment de capitaux,

leur rôle premier est de veiller au respect de la réglementation, non de fonctionner comme parties au processus de prise de décision. En effet, si tel devait être le cas dans des circonstances non exceptionnelles, les “compliance departments” perdraient, à notre avis, la distance nécessaire pour exercer une surveillance interne adéquate et se transformeraient en “parapluies” ayant pour fonction de permettre une dilution des responsabilités.²⁹⁵

b. Aspects ressources humaines: les personnes gérant la banque

Le fait que les aspects structurels et systémiques sont pour nous les éléments les plus importants du point de vue organisationnel n’implique pas que l’ont peut se désintéresser des aspects ressources humaines. En effet, toute mesure d’organisation est vouée à l’échec si elle ne tient pas compte de la dimension humaine. Dans cette perspective, il va de soi que des exigences en matière d’organisation doivent nécessairement comprendre un volet relatif aux personnes gérant la banque.

Comme nous l’avons vu, la LB prévoit que les personnes chargées d’administrer et de gérer la banque doivent jouir d’une bonne réputation et présenter toutes les garanties d’une activité irréprochable.²⁹⁶ Quant aux actionnaires ayant une participation qualifiée, ils doivent donner la garantie que leur influence n’est pas susceptible d’être exercée au détriment d’une gestion prudente et saine de la banque;²⁹⁷ dans la mesure où l’actionnaire entend effectivement exercer une influence sur la gestion, les exigences le concernant devraient (tant pour des motifs logiques que pour éviter des abus) avoir une portée similaire à celles valant pour les personnes chargées d’administrer et de gérer la banque.²⁹⁸

De nombreuses législations étrangères contiennent des dispositions instituant des exigences comparables pour les personnes exerçant une influence notable sur la gestion de la banque.²⁹⁹ De plus, l’évolution dans l’Union européenne³⁰⁰ et aux Etats-Unis³⁰¹ démontre que la tendance est au maintien, voire au renforcement, de telles exigences.

supra note 126, en ce qui concerne l’existence d’un service interne de lutte contre le blanchiment de capitaux (section 4.3).

²⁹⁵ Voir également dans ce sens *supra* III/B/1.

²⁹⁶ Article 3 al. 2 lit. c LB et *supra* III.

²⁹⁷ Article 3 al. lit. cbis LB (voir FF 1994 I 82, 83), adopté dans le cadre du programme Swisslex (voir NZZ, 19-20 mars 1994, N° 66 p. 25).

²⁹⁸ Voir à ce propos MÜLLER, *supra* note 10, p. 32.

²⁹⁹ Pour l’Allemagne et l’Angleterre, voir AELLEN, *supra* note 25, pp. 206-211.

³⁰⁰ Voir notamment article 3 ch. 2 (honorabilité et expérience) de la première directive bancaire, J.O.C.E. L 322, du 17 décembre 1977, p. 30; article 11 ch. 1 (gestion saine et prudente) de la deuxième directive bancaire, J.O.C.E. L 386, du 30 décembre 1989, p. 1; articles 3 ch. 3 (honorabilité et expérience) et 9 (gestion saine et prudente) de la directive services d’investissements, J.O.C.E. L 141, du 11 juin 1993, p. 27.

³⁰¹ Voir notamment le Foreign Bank Supervision Enhancement Act of 1991, Public Law N° 102-242, 105 Stat. 2236 (1991).

Il est encore beaucoup plus difficile de définir le banquier “idéal” que l’organisation idéale. Dès lors, d’une part, des exigences relatives à la qualité des dirigeants présentent un risque non négligeable d’être une source de désavantage compétitif par rapport aux entreprises actives dans le domaine financier, mais qui ne font pas l’objet d’une surveillance administrative (sociétés financières, investisseurs institutionnels). D’autre part, l’autorité de surveillance est moins à même d’exercer une fonction préventive au niveau des dirigeants qu’à celui de la structure et des systèmes et l’on peut penser que la plupart de ses interventions se manifesteront *ex post*, c’est-à-dire sur la base de constatations faites dans le cadre de l’activité concrètement déployée au sein de la banque.

Toutefois, les exigences relatives aux dirigeants sont importantes à deux égards. Premièrement, elles donnent à l’autorité de surveillance la possibilité de renforcer sa crédibilité et d’augmenter la valeur dissuasive de ses injonctions. Deuxièmement, tant juridiquement que politiquement, on ne saurait renoncer à prendre des mesures envers les dirigeants dont il est établi qu’ils ne respectent pas ou, surtout, ne font pas respecter les exigences en matière de diligence.

Dans cette perspective, le texte de la LB nous amène à procéder à l’examen de trois questions: quel est le cercle des personnes concernées, comment apprécier la bonne réputation, quels sont les autres éléments personnels garants d’une gestion irréprochable.

1. Le *cercle* des personnes concernées comprend toute personne exerçant une influence notable sur la gestion de la banque, y compris l’actionnaire.³⁰²

Ce cercle est évidemment fonction des dimensions et de la structure de la banque.³⁰³ Il n’est donc pas plus judicieux qu’en matière d’organisation de formuler des indications générales allant au-delà de celles que contient déjà la LB. La proportionnalité voudra toutefois que l’autorité de surveillance ne considère pas trop facilement qu’une personne “gère” la banque, de manière à ne pas diminuer la crédibilité de ses exigences et à ne pas compliquer outre mesure les procédures de nomination – qui doivent rester praticables, lorsque, par exemple au sein des grands établissements financiers, nombreux sont ceux qui pourraient être considérés comme des “organes”.

2. On retient que la notion de *bonne réputation* est contenue dans celle plus générale de garantie d’une gestion irréprochable.³⁰⁴ Cependant, cette exigence est intéressante en ce qu’elle montre que le législateur a pris en

³⁰² Voir *supra* note 298.

³⁰³ Voir MÜLLER, *supra* note 10, p. 32.

³⁰⁴ Voir la décision de la CFB du 13 juillet 1978, Bulletin CFB N° 3 (1978) pp. 56, 58 et les auteurs cités.

compte une composante morale et fourni une base légale spécifique à cet effet.³⁰⁵

La CFB a relevé, il y a plusieurs décennies déjà, que le client doit pouvoir partir de l'idée que les organes de la banque agissent de bonne foi, notamment parce que les relations entre le client et la banque se basent sur la confiance et parce que l'absence de comportement correct peut porter atteinte à la réputation des banques suisses.³⁰⁶ Ainsi, ne justifie plus d'une bonne réputation le directeur d'une banque qui se déplace à l'étranger pour remettre une commission de fr. 750'000.– en billets de banques³⁰⁷ ou le directeur d'une banque qui a été condamné pour infraction à la législation en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger.³⁰⁸

Plus généralement, la jurisprudence retient que les personnes pouvant exercer une influence notable sur la gestion de la banque doivent avoir l'intégrité, la droiture, la conscience et la fermeté de caractère nécessaires.³⁰⁹ Certains auteurs retiennent le critère plus prosaïque du comportement correct dans les affaires³¹⁰ et suggèrent que l'autorité de surveillance n'intervienne qu'en présence de comportements incorrects de nature et de gravité telles que leur répétition apparaisse vraisemblable.³¹¹

Il ne nous semble pas que le critère du comportement correct dans les affaires est beaucoup plus révélateur que les (vagues) indications résultant de la jurisprudence. Partant de l'idée que la réputation ne peut s'apprécier que par rapport à des éléments concrets (notamment taille et activités de la banque, statut hiérarchique et fonctions du gérant), il nous semble plus approprié de proposer des indications générales relatives aux circonstances dans lesquelles la CFB devrait entreprendre un examen détaillé et à son pouvoir d'appréciation.

A notre avis, un examen détaillé devrait intervenir dans trois hypothèses: la violation par la banque d'exigences en matière de diligence est imputable, du point de vue organisationnel, à une ou des personnes gérant la banque; on sait ou l'on a de bonnes raisons de penser qu'une telle personne a elle-même violé des dispositions juridiquement contraignantes³¹² et pertinentes du point de vue d'une activité commerciale;³¹³

³⁰⁵ A propos du lien entre légalité et moralité, voir *supra* III/A.

³⁰⁶ Décision de la CFB du 2 juin 1976, Bulletin CFB N° 1 (1977) pp. 14, 16.

³⁰⁷ Voir dans ce sens la décision de la CFB du 13 juillet 1978, Bulletin CFB N° 3 (1978) pp. 56, 60.

³⁰⁸ Voir dans ce sens la décision de la CFB du 2 juin 1976, Bulletin CFB N° 1 (1977) pp. 14, 15 ss.

³⁰⁹ Voir ATF Treuhandgesellschaft X. c/ CFB, 99 Ib 104, 111 (1973).

³¹⁰ Voir également dans ce sens la décision de la CFB du 4 mai 1992, Bulletin CFB N° 23 (1993) pp. 25, 27 et la décision de la CFB du 28 novembre 1991, Bulletin CFB N° 22 (1992) pp. 27, 29.

³¹¹ KLEINER, *supra* note 29, N°30 et 31 ad Art. 3-3^{ter} LB; AELLEN, *supra* note 25, pp. 200-201.

³¹² Voir *supra* III/A en ce qui concerne la légalité d'exigences relatives à la moralité.

³¹³ A titre d'exemple, ne devrait pas être considéré comme jouissant d'une bonne réputation

on sait ou l'on a de bonnes raisons de penser qu'une telle personne est l'auteur direct d'atteintes graves à la morale.³¹⁴

La première hypothèse ne présente pas de particularités propres. La CFB entreprendra un examen détaillé lorsqu'il est vraisemblable que la violation par la banque de dispositions édictées dans l'intérêt général ou plus particulièrement dans celui des clients sont manifestement imputables à des déficiences d'ordre structurel ou systémique.

S'agissant de la deuxième hypothèse, à savoir la situation dans laquelle une personne gérant ou désirant gérer la banque viole elle-même des dispositions juridiquement contraignantes et pertinentes du point de vue de l'activité commerciale, il convient de se demander s'il faut prendre en compte les seules dispositions légales valables en Suisse ou également celles valables à l'étranger.³¹⁵ Pour le déterminer, il est utile de préciser les compétences internationales de l'autorité de surveillance.

Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (Comité Cooke)³¹⁶ et l'International Organization of Securities Commissions (IOSCO)³¹⁷ sur un plan international, l'Union Européenne sur un plan régional³¹⁸ ont reconnu la nécessité d'opérer une surveillance centralisée des prestations internationales de services financiers. Certes, à ce jour, seule l'Union Européenne a formellement institutionnalisé le fameux "home country control"; cependant, le rôle de l'autorité d'origine est indéniablement appelé à se développer.³¹⁹

D'un point de vue de principe, l'autorité de surveillance ne peut dès lors s'abstenir de s'intéresser aux activités à l'étranger des intermédiaires financiers dont elle est l'autorité "d'origine", y compris du point de vue de la diligence. En effet, même si la centralisation de la surveillance est principalement motivée par des considérations relatives à la solidité

celui qui a violé des dispositions pénales (voir KLEINER, *supra* note 29, N° 35 ad Art. 3-3^{ter} LB; MÜLLER, *supra* note 10, p. 98; AELLEN, *supra* note 25, p. 178) ou administratives pertinentes du point de vue d'une activité commerciale ou celui qui a montré peu de scrupules à violer ses obligations contractuelles ou comptables (voir la décision de la CFB du 22 mars 1977, Bulletin CFB N° 3 (1978) pp. 64, 67).

³¹⁴ Voir également *supra* III/A.

³¹⁵ Voir *supra* III/A.

³¹⁶ Voir Comité de Bâle, Recommandations relatives aux normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger, juin 1992, reproduites in: Bulletin CFB N° 23 (1993) pp. 52 ss.

³¹⁷ Voir IOSCO, Principles for the Supervision of Financial Conglomerates, octobre 1992; cf. également Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE), Les conglomérats financiers, Paris 1993, notamment p. 35 et note 24.

³¹⁸ Voir la directive sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée, J.O.C.E L 110, du 28 avril 1992, p. 52.

³¹⁹ Voir à ce propos Organisation de Coopération et de Développement Economiques, Nouveaux défis pour les banques, Paris 1992, pp. 78 ss, 89 ss; pour une récente application pratique, voir 7 International Securities Regulation Report, 31 mai 1994, pp. 1-2 (Decree Lifts Regulatory Supervision of U.S. Banks Operating in Germany).

financière, il est pour le moins implicitement admis qu'elle concerne également le comportement de l'intermédiaire financier.³²⁰

Toutefois, chaque Etat membre d'accueil devrait conserver d'importantes compétences en matière de diligence. D'une part, en raison des inévitables disparités culturelles, il est mieux à même de préciser les règles de conduite appropriées et de les mettre en oeuvre. D'autre part, il est politiquement difficile pour l'Etat d'accueil de renoncer à ses prérogatives "sociales", à savoir notamment dans le domaine de l'épargne³²¹ et de la protection du consommateur.³²² C'est, à notre avis, notamment sur la base de telles considérations que l'Union européenne déroge au principe du "home country control" pour prévoir la compétence de l'Etat d'accueil en matière de règles de conduite.³²³

Ce (délicat) partage des compétences implique que la CFB ne peut se dispenser de prêter attention à la violation de dispositions étrangères par une personne gérant ou désirant gérer une banque.

En sa qualité d'autorité de surveillance de l'Etat d'origine, il nous paraît que la CFB devra prendre en compte les violations du droit étranger pour deux raisons. D'une part, elle a la responsabilité principale de la surveillance prudentielle et se doit de ne pas se limiter à intervenir pour violation de dispositions de son droit national, au vu des compétences et de la confiance qu'elle se voit (explicitement ou implicitement) conférer par l'Etat d'accueil. D'autre part, si l'autorité de surveillance de l'Etat d'origine décidait de ne pas se préoccuper de la violation de dispositions étrangères par les personnes gérant une banque, le risque est grand de voir l'autorité de surveillance de l'Etat d'accueil en prendre prétexte pour utiliser sa compétence résiduelle en ce qui concerne le respect de son droit national et prendre des mesures protectionnistes ou médiatiques – et ce n'est pas les exemples récents d'arrestation de dirigeants de groupes industriels multinationaux qui amènent la preuve du contraire.

³²⁰ Voir notamment la Recommandation du Comité de Bâle concernant les échanges d'informations entre les autorités de contrôle des activités bancaires et les organismes de surveillance des marchés de valeurs mobilières, avril 1990, reproduite in: Bulletin CFB N° 22 (1992) pp. 80 ss.

³²¹ Voir à ce propos George S. ZAVVOS, *Liberalization of Pension Funds in Europe: A View from the European Parliament*, 8 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 35 (1993).

³²² Voir récemment à propos du droit applicable aux contrats relatifs à la prestation de services financiers Walter Van GERVEN/Jan WOUTERS, *Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention*, in: Mads ANDENAS/Stephen KENYON-SLADE Eds, *EC Financial Market Regulation and Company Law*, Londres 1993, pp. 43 ss; cf. également STRUB, *supra* note 229, pp. 126-127.

³²³ Voir article 21 chiffre 5 de la deuxième directive bancaire (J.O.C.E. L 386, du 30 décembre 1989, p. 1) et la discussion des compétences qu'il confère par Sherman E. KATZ, *The Second Banking Directive*, 12 *Yearbook of European Law* 249 (1992); voir article 11 de la directive sur les services d'investissements (J.O.C.E. L 141, du 11 juin 1993, p. 27).

On ajoutera qu'une telle prise en compte devra intervenir même si la banque semble n'avoir que des activités domestiques, pour des motifs d'égalité de traitement et, surtout, parce qu'il est de plus en plus difficile de distinguer entre prestations nationales et internationales.

Quant à son rôle comme autorité de surveillance de l'Etat d'accueil, la logique du "home country control" veut que la CFB n'intervienne qu'à titre subsidiaire. Toutefois, dans la mesure où elle veut ou doit se préoccuper de la violation de dispositions légales par une personne gérant une banque, il est exclu qu'elle ne tienne pas au moins compte des violations du droit de l'Etat d'origine. D'une part, ce dernier joue un rôle fondamental dans le cadre d'un système de "home country control"; d'autre part, il est évident que la violation de dispositions édictées par l'Etat d'origine en matière de protection des clients, par exemple, est d'intérêt et d'importance pour les autorités suisses: il est fort probable qu'elle soit un révélateur ou, du moins, préfigure une violation des dispositions du pays d'accueil.

En ce qui concerne la troisième hypothèse, à savoir celle où une personne gérant ou devant gérer la banque se rend l'auteur direct d'atteintes graves à la morale, il semble à première vue logique de se baser sur les critères de moralité valant en Suisse³²⁴: d'une part, ce sont ces critères qui sont importants dans la perspective d'une activité au sein d'une banque sise ou opérant en Suisse; d'autre part, l'autorité de surveillance est mieux à même d'apprécier la portée des exigences morales valant en Suisse que celles valant à l'étranger. Cependant, le fait d'être l'auteur *direct* d'actes considérés *gravement* immoraux à l'étranger peut révéler une propension à ne pas respecter les normes et justifie également un examen détaillé.

S'agissant du pouvoir d'appréciation de la CFB, il faut partir de la constatation que le marché réagit aux insuffisances dans l'information par le recours à l'élément réputation,³²⁵ qui est notamment fonction de la réputation individuelle des dirigeants de la banque. Dès lors, deux approches nous paraissent envisageables. On peut estimer que ce n'est pas à l'autorité de surveillance de substituer son appréciation à celle du marché et que l'exigence de la bonne réputation doit être considérée comme non réalisée dans les seuls cas graves. On peut également estimer que c'est au contraire dans les cas moins graves que le marché n'est pas à même d'évaluer correctement la réputation et que l'on doit en conséquence reconnaître à l'autorité de surveillance un large pouvoir d'appréciation.

L'impact pratique du choix de l'une ou l'autre approche n'est probablement pas très grand. L'autorité de surveillance ne pourra décréter

³²⁴ A titre d'exemple, devrait faire l'objet d'un examen détaillé celui dont on sait ou peut penser qu'il a effectué pour son compte des transactions d'initiés ou des manipulations de cours dans des juridictions où de tels comportements ne sont pas contraires au droit.

³²⁵ Voir *supra* II/B.

que l'exigence de la bonne réputation n'est pas (ou plus) réalisée que si elle est en mesure de se baser sur des éléments à la fois établis et concrets. Cependant, nous avons relevé qu'un système où l'on se limite tout au plus à formuler des indications générales implique une certaine insécurité juridique. Il semble dès lors judicieux de limiter cette dernière lorsque l'occasion s'en présente et de retenir que la bonne réputation doit être niée dans les cas graves seulement. Une telle solution nous semble présenter en outre l'avantage d'éviter que l'autorité de surveillance puisse facilement substituer son appréciation à celle du marché, ce qui est souhaitable tant du point de vue des assujettis qu'au regard de la responsabilité de la CFB.³²⁶

3. Les autres éléments personnels garants d'une gestion irréprochable sont avant tout ceux relatifs à la compétence.

Il s'agit également d'un domaine dans lequel il n'est pas indiqué de formuler ne serait-ce que des indications générales: les exigences relatives à la compétence sont fonction de la taille et de l'activité de la banque, ainsi que du cahier des charges de la personne concernée. De plus, comme en matière de structures, la CFB devra faire preuve de retenue et de flexibilité. Ainsi, l'autorité de surveillance devra tenir compte du caractère rapidement variable des compétences requises ou utiles en matière bancaire.

A ce propos, on relèvera que si les formations juridiques et financières ont longtemps été considérées comme les mieux adaptées, les capacités en matière économique et informatique sont devenues très importantes; de plus, le développement des nouveaux instruments financiers et leur impact sur les marchés font que l'on doit aujourd'hui considérer les personnes spécialisées dans le domaine de la physique et des mathématiques comme étant particulièrement qualifiées. Il faut même admettre que l'expérience en matière bancaire n'est plus nécessairement à considérer comme un avantage; en effet, le fait d'avoir opéré dans un environnement difficile, par exemple dans l'industrie textile ou dans le domaine de l'automobile, peut être un atout important au vu de la concurrence accrue qui se manifeste en matière de services financiers.

c. Aspects ressources humaines: les autres personnes agissant pour la banque

La diligence requise des autres personnes agissant pour la banque est avant tout de nature dérivée: elle est principalement fonction de leur cahier des charges et des règlements internes de la banque. En d'autres termes, du point de vue de la surveillance bancaire, la manière dont le comportement

³²⁶ Voir à ce propos Blaise KNAPP, La responsabilité de la Confédération du fait de la surveillance des banques et de la direction du crédit, WuR 1985, pp. 390 ss; cp. également ATF X. SA c/ Y., 117 II 325, 317 (1991).

de ces personnes est organisé et surveillé est d'une importance beaucoup plus grande que leur réputation ou leur compétence.

En conséquence, trois questions nous paraissent avant tout mériter l'attention: ampleur des cahiers des charges, transparence des devoirs et convivialité des procédures de contrôle interne.

1. La nature et l'ampleur des activités de la banque imposera le respect d'exigences quantitatives et qualitatives en ce qui concerne le cahier des charges des autres personnes agissant pour la banque. Ainsi, du point de vue quantitatif, on retiendra qu'un intermédiaire financier doit disposer du nombre d'employés requis par la nature ou la dimension internationale de ses activités,³²⁷ ce qui indirectement limite la charge de travail "moyenne". Ainsi, du point de vue qualitatif, le cahier des charges doit permettre de faire face aux obligations liées aux services offerts ou à la spécificité des circonstances locales.³²⁸

Nous avons relevé qu'il n'existe pas d'organisation bancaire idéale et que l'autorité de surveillance doit faire preuve de retenue et de flexibilité.³²⁹ Il va dès lors de soi qu'elle n'interviendra au niveau des cahiers des charges qu'*ex post* et dans des situations tout à fait exceptionnelles.

2. Au regard de la transparence des devoirs, il est important d'éviter les incertitudes s'agissant de deux points essentiels: les compétences et les activités pour compte propre.

Il est légitime d'exiger que le cercle des compétences de chaque personne ayant pouvoir de décision soit clairement tracé et que les procédures d'approbation de ces décisions soient aisément compréhensibles. De même, au vu des risques de contestations internes et de conflits d'intérêt, le principe et les modalités des activités financières que les personnes agissant pour la banque sont autorisées à entreprendre doivent être réglés dans le cadre de directives internes ou des contrats de travail.³³⁰

Ces exigences sont à la fois simples et praticables. Elles vont de soi, mais méritent d'être formellement rappelées, la pratique démontrant qu'on a parfois tendance à les oublier. Toutefois, il convient de souligner que la transparence n'est pas une panacée et l'on se gardera d'exiger ou de favoriser la multiplication de règlements et directives internes détaillés: une telle démarche n'est pas seulement coûteuse et peu utile, elle favorise également la dilution des responsabilités.³³¹

³²⁷ Voir KLEINER, *supra* note 29, N° 11 ad Art. 3-3^{ter} LB.

³²⁸ KLEINER, *supra* note 29, N° 13 ad Art. 3-3^{ter} LB.

³²⁹ *Supra* IV/B/1/a.

³³⁰ Voir dans ce sens la décision de la CFB du 30 mai 1988, Bulletin CFB N° 18 (1988) pp. 20, 24.

³³¹ Voir *supra* III/B/1.

En conséquence, même si l'exigence de transparence des devoirs doit faire l'objet d'une vérification *ex ante*, on se gardera de formuler des indications générales en la matière.

3. Il est enfin très important que des procédures de contrôle interne conviviales existent. Cet aspect spécifique de l'organisation de l'entreprise n'est malheureusement pas aisé à gérer et provoque des difficultés dans toutes les grandes entreprises, qu'elles fassent partie du secteur bancaire ou non.³³²

En conséquence, ici encore, le fait que l'autorité de surveillance doive procéder à des vérifications *ex ante* de l'existence et du caractère adéquat des procédures de contrôle interne n'implique pas qu'il convient de formuler des indications générales en la matière.

On peut tout au plus indiquer qu'il conviendra de prêter une attention particulière au processus de transmission *interne* d'informations relatives à des opérations ou à des situations dont il appert qu'elles posent un problème (qu'elle qu'en soit la nature): cette transmission doit être à la fois simple, encouragée et non susceptible de mesures de représailles. A nouveau, il s'agit d'une exigence simple, praticable et qui va de soi. Cependant, elle mérite également d'être rappelée.

2. Dispositions d'intérêt général

Nous avons relevé³³³ que, dans le cadre d'une analyse relative à la diligence du banquier vis-à-vis de son client, il se justifiait de consacrer une section spécifique aux règles relatives à l'identification du client et aux exigences relatives à l'acceptabilité des opérations entreprises par le client.

a. Identification du client

Sauf à violer l'article 305^{ter} CPS ou les règles professionnelles, à savoir la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (1992),³³⁴ tout banquier a l'obligation d'identifier son cocontractant ou la personne pour laquelle ce dernier agit avec la diligence requise par les circonstances.

Une telle exigence n'est pas propre à la Suisse. Ainsi, par exemple, l'article 3 de la directive blanchiment de capitaux³³⁵ prévoit que les établissements financiers exigent l'identification de leur client moyennant un document probant lorsqu'ils nouent des relations d'affaires; l'article 7 de

³³² Voir ainsi Michael C. JENSEN, The Modern Industrial Revolution, Exit, and the Failure of Internal Control Systems, 6 Journal of Applied Corporate Finance 4 (1994).

³³³ *Supra* IV/A/3.

³³⁴ Pour les règles régissant la diligence des gérants de fortune, des fiduciaires, des avocats, des PTT, voir notamment Marlène KISTLER, La vigilance requise en matière d'opérations financières, Etude de l'article 305^{ter} CPS, Thèse Lausanne, Zurich 1994, p. 104.

³³⁵ J.O.C.E. L 166, du 10 juin 1991, p. 77.

la même directive prescrit qu'en cas de doute, les établissements financiers prennent des mesures raisonnables en vue d'obtenir des informations sur l'identité réelle des personnes pour lesquelles ces clients agissent.³³⁶ Plus généralement, les recommandations du Groupe d'Action Financière (-GAFI) visent à faire adopter des dispositions similaires par les principales places financières.³³⁷

On ajoutera que cette exigence commence également à être imposée aux sociétés financières et aux investisseurs institutionnels,³³⁸ même si son effectivité pour des personnes qui ne sont pas des banques demeure aléatoire.³³⁹

Il n'est pas possible de déterminer dans l'abstrait le comportement à adopter par les banques en matière d'identification du client. Au vu de l'importance de l'organisation du point de vue de la surveillance bancaire, il convient d'examiner au préalable quelles sont les mesures d'organisation particulières envisageables.

1. D'une manière générale, il nous paraît que la meilleure approche est celle qui consiste à laisser les banques s'organiser comme elles l'entendent. L'autorité de surveillance devrait se limiter à exiger que l'information relative à l'identité des clients soit réunie et conservée de manière à répondre aux besoins de la banque et à ceux des autorités. On peut justifier une telle approche en analysant la praticabilité de deux exigences de nature organisationnelle qui pourraient contribuer à garantir le respect de l'article 305^{ter} CPS.

La première exigence envisageable est celle qui consisterait à requérir la tenue d'un registre centralisant les noms des titulaires de compte, des éventuels ayants droit économiques, voire même des personnes disposant de procurations.

On pourrait en effet arguer qu'une telle mesure est seule à même de permettre à la banque de véritablement "connaître" son client: à défaut, ces indications sont dispersées dans différents dossiers et il peut s'avérer très difficile pour les organes et les employés de la banque de déterminer le nombre et l'identité réels de leurs clients. Par ailleurs, une telle mesure devrait permettre aux banques de mieux exécuter les ordonnances bloquant des avoirs ou requérant des informations, qu'elles émanent du juge

³³⁶ S'agissant de l'état de la transposition dans le droit des Etats membres, voir récemment KISTLER, *supra* note 334, pp. 27 ss.

³³⁷ Voir notamment les Recommandations N° 12 et N° 13 reproduites in: Bulletin CFB N° 20 (1990) pp. 35, 59-60.

³³⁸ Pour la Suisse, voir l'article 305^{ter} CPS et l'article 2 de l'Avant-projet relatif au blanchiment de capitaux, *supra* note 246; sur le plan international, voir notamment l'article 12 de la directive blanchiment de capitaux, J.O.C.E. L 166, du 28 juin 1991, p. 77 et KISTLER, *supra* note 334, pp. 129 ss.

³³⁹ Voir ainsi le Rapport annuel 1992-1993 du Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI), du 29 juin 1993, pp. 20 ss.

pénal (notamment dans le cadre de procédures d'entraide internationales) ou du juge civil (notamment dans le cadre de procédures de séquestre au sens de l'article 271 LP).

Toutefois, une telle exigence peut présenter des inconvénients d'ordre pratique ou commercial non négligeables. Ainsi, la tenue d'un registre à jour des fondés de procuration de toutes les sociétés titulaires de comptes est loin d'être aisée. Ainsi, la discrétion (interne) accrue que l'on veut pouvoir offrir par le biais de l'ouverture de comptes numérotés ou à dénomination de fantaisie implique *de facto* la tenue de registres distincts pour leurs titulaires. Par ailleurs, la tenue d'un registre centralisé n'est pas sans problèmes au regard des normes en matière de protection des données.

En conséquence, on doit admettre qu'il est préférable de laisser les banques décider individuellement comment elles entendent s'organiser pour respecter l'exigence de l'identification du client – étant entendu que la CFB devrait intervenir, lors de la procédure d'octroi de l'autorisation ou *ex post*, si elle constatait des déficiences.

Il en va de même d'une deuxième exigence envisageable, à savoir la mise en place de systèmes types de surveillance interne. En effet, les événements dont on peut penser qu'ils devraient déclencher des "alarmes" ne sont pas les mêmes en fonction de la taille et de la nature des activités de la banque. De plus, l'adoption de systèmes types aurait pour principal conséquence de rendre de telles "alarmes" inefficaces dans les situations mêmes où l'on pourrait en avoir le plus besoin: les personnes désireuses d'échapper à une investigation interne en ce qui concerne leur identité n'auront guère de difficultés à connaître les éléments de nature à déclencher une "alarme".

2. Le fait qu'il est peu souhaitable d'adopter des mesures d'organisation particulières n'implique pas que l'on renonce à formuler des indications générales concernant le comportement qui doit être celui des banques en matière d'identification – étant entendu qu'il est hors de question, du point de vue de la praticabilité, que l'autorité de surveillance procède, au cas par cas, à l'approbation préalable de l'identification du client.

Il faut commencer par constater que la Convention de diligence formule des indications générales (et moins générales) relatives à l'identification du client.³⁴⁰ Cependant, nous avons déjà eu l'occasion de mentionner que son utilité pratique ne doit pas être surestimée. La contribution de la Convention de diligence se situe à un niveau encore relativement abstrait:³⁴¹ rappeler que la présomption est que les apparences correspondent à la réalité et offrir diverses indications générales relatives à l'individua-

³⁴⁰ Voir *supra* III/A/2.

³⁴¹ Voir *supra* III/B/1.

lisation des situations exceptionnelles et au comportement qu'elles requièrent.

Plus concrètement, la Convention de diligence définit le cercle des personnes devant faire l'objet d'une identification et les informations ou documents à obtenir et à conserver. Elle pose que la banque peut présumer que le cocontractant est aussi l'ayant droit économique et fournit quelques exemples de situations dans lesquelles la détermination de l'existence ou de l'identité de ce dernier doivent faire l'objet de démarches complémentaires; de plus, elle définit la conséquence de l'absence de réponse satisfaisante suite à ces démarches, à savoir la rupture des relations d'affaires.

Cependant, on doit constater que l'on n'évite pas le recours à des notions juridiques imprécises. Ainsi, l'article 3 de la Convention mentionne que la présomption selon laquelle le cocontractant est l'ayant droit économique est détruite lorsqu'il y a "doute", à savoir si des constatations "insolites" sont faites.³⁴² De même, l'article 6 prévoit que la banque doit répéter la procédure d'identification lorsque, dans le courant de la relation d'affaires, un "doute" survient quant à l'exactitude des indications données initialement ou lorsque des "indices" de modifications survenues *a posteriori* existent.

Par ailleurs, la Convention de diligence laisse certaines questions cruciales sans réponse. Tel est le cas pour un problème devenu fondamental depuis l'abolition du formulaire B (qui permettait de ne pas communiquer à la banque l'identité de l'ayant droit économique), celui de la crédibilité de la déclaration faite au moyen du formulaire A (relatif à l'identité de l'ayant droit économique), voire du formulaire R (relatif aux comptes ouverts dans le cadre de l'exercice d'une activité d'avocat ou de notaire).³⁴³ De même, une démarche qui s'avère souvent délicate, à savoir la manière de traiter les avoirs du client en cas de rupture des relations d'affaires, ne fait pas l'objet d'indications pratiques.³⁴⁴ Or, lorsque cette rupture intervient postérieurement au transfert d'avoirs, la banque se trouve dans une situation cornélienne: il est difficile de transférer les avoirs à un intermédiaire financier sis dans une place financière sérieuse (car il devrait, en bonne logique, refuser d'entrer en relations d'affaires avec un tel client) et il est à plusieurs égards peu diligent de les transférer à un intermédiaire financier sis dans une place financière moins sérieuse (qui, lui, pourrait se montrer moins regardant).

Certes, les observations susmentionnées relèvent quelque peu de la critique à bon marché. Elles ont cependant l'avantage de mettre en évidence la difficulté à formuler des indications générales qui ne reviennent pas à simplement repousser les problèmes ou à en créer de nouveaux. Il nous semble dès lors peu judicieux que l'autorité de surveillance tente

³⁴² Voir le commentaire N° 18 de la Convention de diligence (1992).

³⁴³ Cp. le commentaire N° 21 de la Convention de diligence (1992).

³⁴⁴ Cp. l'article 6 et le commentaire N° 40 de la Convention de diligence (1992).

de pallier les imperfections ainsi constatées par ses propres indications générales. La même remarque vaut pour la tentative de codification des règles de conduite formulées par la Convention de diligence dans une loi fédérale relative à la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier.³⁴⁵

En revanche, il est heureux que la CFB prenne davantage position en faveur de l'auto-réglementation et semble moins se réserver la compétence de se montrer plus exigeante que ne l'est la Convention de diligence.³⁴⁶ Une telle démarche présente notamment l'avantage de renforcer la nécessité de prendre en compte les prescriptions de la Convention de diligence dans le cadre de procédures pénales relatives à l'article 305^{ter} CPS, ce qui n'est pas à négliger si l'on est quelque peu sceptique quant à la faculté des autorités pénales d'apprécier convenablement la praticabilité des exigences en matière d'identification du client.

On soulignera que cette appréciation ne signifie pas que le développement de l'auto-régulation en matière d'identification du client est une panacée. D'une part, comme nous venons de le voir, les limites en matière d'indications générales sont atteintes. D'autre part, le risque de "regulatory capture",³⁴⁷ demeure non négligeable, comme le démontre un exemple récent d'aménagement du commentaire N° 25 de la Convention de diligence (1992).

Ce dernier prévoit que lorsque le titulaire domicilié en Suisse d'un compte global reçoit directement notification par les autorités des requêtes visant à obtenir des informations ou les décisions de blocage, la banque peut renoncer à connaître les ayants droit économiques. Suite à diverses démarches, l'Association suisse des banquiers (ASB) a, d'accord avec les chefs des Départements cantonaux de justice et police, adopté une réglementation spéciale en la matière.³⁴⁸ Il a notamment été prévu que seuls les titulaires qui gèrent 250 millions de francs au moins auprès de l'établissement bancaire concerné et qui sont membres de l'ASB peuvent être mis au bénéfice de cette facilité.

Cette solution reflète certainement la volonté (louable) de mettre au bénéfice de la renonciation susmentionnée les seuls titulaires de comptes globaux "sérieux". Elle est cependant de nature à provoquer des distorsions de concurrence, en raison du nombre limité d'institutions auxquelles un titulaire de compte global "sérieux" sera disposé à confier 250 millions et des difficultés pratiques que connaissent certaines sociétés financières à se voir reconnaître la qualité de membre de l'ASB. Certes, la portée personnelle et temporelle de cette construction est limitée, dans la mesure où elle devrait cesser d'être valable avec l'entrée en vigueur de la

³⁴⁵ Voir l'avant-projet mentionné *supra* note 246.

³⁴⁶ Voir par exemple Rapport de gestion CFB 1992, Berne 1993, p. 228.

³⁴⁷ Voir à ce propos *supra* II/B et III/B/3/d.

³⁴⁸ Voir Circulaire ASB N° 1117 D, du 21 février 1994.

LBVM.³⁴⁹ Elle nous permet cependant de constater concrètement que l'auto-régulation présente des risques du point de vue concurrentiel, même lorsqu'une association professionnelle tente de contribuer à la réalisation d'un objectif d'intérêt public.

b. Les opérations du client

L'identification du client n'est pas une exigence qui peut s'apprécier isolément: elle fait partie d'un processus interactif. D'une part, elle permet de déterminer la nature et le degré de la diligence requise dans le cadre des opérations entreprises pour le client. D'autre part, ces dernières permettent de vérifier si l'identité du client a été correctement établie – par exemple s'agissant de l'existence d'un ayant droit économique.

En vertu d'une pratique établie, approuvée par le Tribunal fédéral³⁵⁰ mais controversée en doctrine,³⁵¹ la CFB retient qu'un banquier doit, avec diligence et de façon exhaustive, éclaircir l'arrière-plan économique d'une transaction lorsqu'il s'agit d'une affaire compliquée, inhabituelle ou importante ou que des indices permettent de penser qu'elle pourrait être partie d'une opération illégale ou immorale.³⁵²

Sur le plan suisse, il est prévu d'étendre cette exigence de diligence à d'autres personnes établissant des relations d'affaires dans le secteur financier, du moins en ce qui concerne le blanchiment d'argent.³⁵³ Par ailleurs, sur le plan international, on constate, l'existence d'exigences qui sont, dans une certaine mesure, similaires. La Recommandation N° 15 du Groupe d'Action Financière (GAFI) précise que les institutions financières devraient apporter une attention particulière à toutes les opérations complexes, inhabituelles, importantes, et à tous les types inhabituels de transactions lorsqu'elles n'ont pas de cause économique ou licite apparente. L'article 7 de la directive blanchiment de capitaux³⁵⁴ prévoit que les établissements financiers s'abstiennent d'exécuter les transactions qu'ils savent ou qu'ils soupçonnent être liées au blanchiment de capitaux avant d'en avoir informé les autorités.

Certes, les différents législateurs ne conçoivent pas la portée de ces exigences de manière uniforme. Ainsi, ce qui n'a pas manqué de provo-

³⁴⁹ Les titulaires de comptes globaux seront probablement considérés comme des négociants (voir *supra* note 13) au sens de cette législation et bénéficieront dès lors d'une dispense d'identification des ayants droit économiques – voir le commentaire N° 26 de la Convention de diligence (1992).

³⁵⁰ Voir ATF X.-Bank c/ CFB, 111 Ib 126, 127 (1985); ATF X.-Bank c/ CFB, 108 Ib 186, 190 (1982).

³⁵¹ Voir KLEINER, *supra* note 29, N° 18b et 34 ad Art 3-3^{ter} LB; RHINOW/BAYERDÖRFER, *supra* note 28, pp. 57 ss; JUNOD, *supra* note 27, pp. 115 ss.

³⁵² Voir notamment décision de la CFB du 4 août 1992, Bulletin CFB N° 23 (1993) pp. 25, 27-28; décision de la CFB du 26 février 1985, Bulletin CFB N° 15 (1985) pp. 5, 6.

³⁵³ Voir l'article 6 de l'Avant-projet, *supra* note 246; cf. également KISTLER, *supra* note 334, pp. 278 s.

³⁵⁴ J.O.C.E. L 166, du 28 juin 1991, p. 77.

quer quelques protestations,³⁵⁵ le Luxembourg a récemment modifié sa législation pour viser le blanchiment de capitaux constituant le produit de toute infraction,³⁵⁶ alors que l'Allemagne s'est contentée jusqu'ici de viser le seul produit du trafic de drogue.³⁵⁷ Dans une certaine mesure, cette distinction est sans portée pratique: dès le moment où il est nécessaire de se préoccuper de l'arrière-plan des opérations du client, le fait qu'il convienne de s'intéresser au blanchiment de capitaux provenant de toute infraction ou du seul trafic de drogue est relativement indifférent du point de vue technique.

En revanche, la pratique de la CFB doit être considérée comme comparativement sévère, en ce qu'elle oblige le banquier à se préoccuper de la moralité des opérations de son client. Comme nous l'avons relevé,³⁵⁸ le simple bon sens veut que l'on renonce à une telle exigence, notamment au vu des développements normatifs constatés en Suisse ou à l'étranger et tenant compte du fait que, à notre avis, la CFB ne dispose pas d'une base légale à cet effet.³⁵⁹

La pratique récente de la CFB semble indiquer qu'elle admet implicitement la validité de ce raisonnement: elle se borne à recourir au critère de la moralité dans les situations où elle désire éviter des raisonnements juridiques complexes ou de nature à provoquer des critiques – par exemple en matière de corruption.³⁶⁰ Notre analyse portera dès lors uniquement sur le devoir de procéder à l'examen de l'arrière-plan économique d'une transaction lorsqu'il s'agit d'une affaire compliquée, inhabituelle ou importante ou que des indices permettent de penser qu'elle pourrait être partie d'une opération illégale.

On ne peut apprécier ce devoir en se limitant à prendre en compte la période postérieure à l'établissement des relations d'affaires. Il convient également de déterminer si des mesures doivent être prises pour éviter d'entrer en relation avec des personnes qui présentent un risque "opérations" trop grand. En d'autres termes, la question de l'acceptabilité des opérations du client nous amène à nous interroger, à titre préalable, sur l'acceptabilité du client lui-même.

aa. L'acceptabilité du client

Il est exclu que l'autorité de surveillance procède à un contrôle *ex ante* de l'acceptabilité de chaque client. De même, on ne saurait formuler des indications générales relatives à des catégories de clients qu'il convien-

³⁵⁵ Voir à ce sujet NZZ du 26 mars 1993, N° 71, p. 33.

³⁵⁶ Voir Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, Mémorial A, N° 27, du 10 avril 1993.

³⁵⁷ Voir notamment à ce sujet Dieter UNGNADE, *Rechtliche Aspekte bei der Umsetzung des OrgKG und des Geldwäschegesetzes in der Kreditwirtschaft*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 1993, pp. 2069 ss, 2105 ss.

³⁵⁸ *Supra* III/A/1.

³⁵⁹ Voir *supra* III/A/1.

³⁶⁰ Voir récemment à ce propos le Rapport de gestion CFB 1993, Berne 1994, p. 132.

draît de refuser *per se*. Ainsi, qualifier d'indésirables les clients colombiens sous prétexte que les affaires de drogue concernent souvent des ressortissants de ce pays serait à la fois absurde (il devrait exister, en chiffre absolu, davantage de trafiquants de nationalité américaine) et contre-productif (les trafiquants auront soin d'opérer par le biais de personnes de nationalité tierce). Le même raisonnement vaut pour d'autres interdictions envisageables, par exemple une interdiction de l'acceptabilité des fonctionnaires en raison des nombreuses affaires de corruption récemment découvertes.

En revanche, on pourrait se montrer moins opposé à ce que l'autorité de surveillance requière la prise de mesures d'organisation particulières, à savoir la mise en place de procédures spéciales d'acceptation pour les clients présentant un risque "opérations" élevé. Certes, nous venons de constater qu'il est difficile d'établir des critères permettant d'identifier ces derniers. Toutefois, dans la mesure où il s'agirait simplement de tracer le cercle des personnes devant faire l'objet d'une attention particulière, voire d'une approbation par les instances supérieures de la banque, cette difficulté tire moins à conséquence. Ainsi, il serait envisageable d'assujettir à une telle procédure spéciale l'acceptation des potentats étrangers.

Les avantages d'une telle exigence sont cependant limités. D'une part, son utilité devrait varier considérablement de banque à banque. D'autre part, les banques pour lesquelles une procédure spéciale d'acceptation des clients présente un intérêt particulier ont normalement déjà mis en place une telle mesure organisationnelle – plus d'ailleurs pour éviter des atteintes à leur réputation que suite à des considérations juridiques.

La multiplication des exigences nuisant à leur efficacité, il nous semble dès lors préférable de voir l'autorité de surveillance donner la priorité à la question du contrôle des opérations du client (y compris son virement initial).

bb. Le contrôle et l'acceptabilité des opérations

Il est généralement admis que, d'un point de vue de principe, le banquier diligent doit veiller à ce que les opérations du client ne violent pas des dispositions conçues dans l'intérêt général. En revanche, trois questions, qui ne font pas toujours l'objet d'une analyse distincte, donnent lieu à des controverses: le degré de diligence requis, la définition des dispositions d'intérêt général et les mesures à prendre lorsque l'on se trouve en présence d'opérations susceptibles de violer de telles dispositions.

1. La CFB exige que la banque fasse preuve d'une diligence particulière, portant notamment sur l'arrière-plan économique, lorsqu'une transaction est compliquée, inhabituelle ou importante, respectivement lorsque des indices laissent penser que la transaction pourrait être partie d'une opération illégale.³⁶¹

³⁶¹ Voir *supra* note 352.

Le critère déterminant est celui de l'indice d'illégalité: les autres critères ne sont que des exemples d'indices d'illégalité potentielle devant déclencher une analyse de l'arrière-plan économique de la transaction. Certes, il convient de réserver les situations dans lesquelles l'opération du client n'est pas illégale en tant que telle, mais risque d'amener la banque à violer des prescriptions légales, par exemple en matière de fonds propres. Toutefois, il s'agit de situations qui devraient se présenter peu fréquemment et dans lesquelles des indices d'illégalité potentielle seront normalement également présents.

Cette thèse semble rencontrer l'approbation de la doctrine,³⁶² voire celle de la CFB.³⁶³ Il existe toutefois une propension à vouloir conserver une portée autonome au critère du caractère inhabituel de la transaction. A vrai dire, nous ne voyons pas en quoi ce critère (comme d'ailleurs celui du caractère important ou complexe) relève d'autre chose que de la tautologie: il revient à dire qu'il convient de faire preuve d'une diligence particulière dans des circonstances particulières!

Certes, cette conclusion ne vaut pas si l'on apprécie le caractère inhabituel de manière absolue, à savoir indépendamment de la taille ou de la nature des activités de la banque, et non pas de manière relative. Une telle approche "absolutiste" ne nous paraît cependant pas acceptable. En effet, soit l'on admet très facilement qu'une opération est inhabituelle et il en découle à la fois de graves difficultés pratiques et une distorsion de concurrence au détriment des banques d'une certaine importance. Soit l'on admet plus difficilement qu'une opération est inhabituelle et il en découle la situation absurde où certaines banques n'ont pas à considérer comme inhabituelle une opération qui devrait être qualifiée de telle, compte tenu de leur taille ou de la nature de leurs activités.

Une fois admis que le critère déterminant est celui de l'illégalité, il s'agit de se demander quelles sont les mesures d'organisation particulières que devrait adopter le banquier diligent, respectivement quel devrait être son comportement dans un cas concret.

Du point de vue de l'organisation, les considérations faites à propos de l'identification du client valent *mutatis mutandis*.³⁶⁴ D'une manière générale, les banques doivent pouvoir s'organiser comme elles l'entendent. L'autorité de surveillance se limitera à exiger que les données relatives aux opérations du client soient réunies et conservées de manière à répondre aux besoins de la banque et à ceux des autorités.

Ici également, on peut justifier cette conclusion en analysant la praticabilité d'une exigence spécifique envisageable, à savoir la mise en place de systèmes types de surveillance interne. A nouveau, on doit constater que les événements dont on peut penser qu'ils devraient déclencher des

³⁶² Voir notamment KISTLER, *supra* note 334, p. 107; JUNOD, *supra* note 27, p. 115.

³⁶³ Voir la Circulaire Blanchiment de capitaux, *supra* note 126, N^{os} 8 et 17.

³⁶⁴ Voir *supra* IV/B/2/a.

“alarmes” ne sont pas les mêmes en fonction de la taille et de la nature des activités de la banque. De même, l’adoption de systèmes types aurait pour principale conséquence de rendre de telles alarmes inefficaces dans les situations mêmes où l’on pourrait le plus en avoir besoin, dans la mesure où les personnes désireuses d’échapper à une investigation interne n’auront guère de difficultés à connaître les éléments de nature à déclencher une “alarme”.

Du point de vue du comportement à adopter, il est évidemment hors de question que l’autorité de surveillance procède, au cas par cas, à l’approbation préalable des opérations du client. En revanche, on constate que la Circulaire CFB Blanchiment de capitaux³⁶⁵ formule des indications générales relatives aux opérations du client. Cependant, la contribution de la Circulaire se situe à un niveau encore assez abstrait et, comme la Convention de diligence, laisse certaines questions cruciales sans réponse. Tel est notamment le cas en ce qui concerne les hypothèses dans lesquelles il convient de faire une communication aux autorités de poursuite pénale. De même, une démarche qui s’avère souvent délicate, à savoir la manière de traiter les avoirs du client en cas de rupture des relations d’affaires ne fait pas l’objet d’indications pratiques.

A nouveau, on constate les difficultés à formuler des indications générales qui ne reviennent pas à simplement repousser les problèmes ou à en créer des nouveaux. On remarque également que le recours à la technique de la Circulaire ne présente pas d’avantage majeur par rapport à l’auto-régulation.³⁶⁶

2. S’agissant de la définition des dispositions d’intérêt général dont la violation constitue une “illégalité”, il s’agit, d’une manière générale, de savoir si l’on doit également prendre en compte la violation du droit suisse par des opérations à l’étranger ou la violation du droit étranger. Plus spécifiquement, il convient de déterminer le statut des opérations constitutives d’une violation de règles en matière de corruption, du droit fiscal ou du droit des successions.

D’une manière générale, on remarquera que d’assez nombreuses normes suisses visent des comportements à l’étranger. Ainsi, l’article 136 LDIP³⁶⁷ prévoit que les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l’Etat sur le marché duquel le résultat s’est produit. De même, les articles 4-6^{bis} CPS sont relatifs à son application pour des actes commis à l’étranger. Ou encore, diverses prescriptions

³⁶⁵ Voir *supra* note 126.

³⁶⁶ A propos de cette question, voir *supra* II/B et III/C/2/d; cf. également Peter KLAUSER, Ein schweizerisches Börsengesetz – Selbstregulierung versus staatliche Regulierung, Quartalsheft SNB 1/1994, pp. 61 ss, 61.

³⁶⁷ RS 291.

du droit administratif suisse visent des comportements intervenant à l'étranger, par exemple en matière d'acquisitions d'immeubles.³⁶⁸

Par ailleurs, l'Association suisse des banquiers (ASB) a formulé certaines indications générales en ce qui concerne le respect du droit étranger. La Convention de diligence prévoit que les banques signataires ne doivent prêter aucune assistance active au transfert de capitaux hors des pays dont la législation prévoit des restrictions en matière de placement de fonds à l'étranger.³⁶⁹ La Convention de diligence prévoit également que les banques ne doivent pas fournir une aide à leurs clients dans des manoeuvres visant à tromper les autorités étrangères, en particulier les autorités fiscales, au moyen d'attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière.³⁷⁰

Quant à la doctrine, elle admet que le banquier diligent doit veiller à ne pas participer à des violations du droit pénal étranger, pour autant que ces violations puissent donner lieu à entraide internationale.³⁷¹ La portée d'une telle exigence est relativement grande. D'une manière générale, il est relativement rare que des faits constitutifs d'une violation du droit étranger ne soient pas également constitutifs d'une violation du droit suisse.³⁷² De plus, l'entraide peut également être accordée dans les cas où la violation du droit étranger ne correspond pas strictement à une violation du droit suisse, mais que ce dernier connaît des prescriptions "équivalentes" (double incrimination abstraite).³⁷³

En conséquence, d'un point de vue de principe, le banquier doit aussi faire preuve d'une diligence particulière lorsqu'il apparaît qu'une transaction pourrait être partie d'une opération constitutive d'une violation du droit suisse à l'étranger ou du droit étranger. En revanche, la CFB devra faire preuve d'une grande retenue en la matière. On doit tenir compte de la difficulté, voire de l'impossibilité pratique à respecter plusieurs ordres juridiques à la fois.³⁷⁴ De même, on doit admettre que certaines prescriptions étrangères ne peuvent être respectées par un client désireux de

³⁶⁸ Voir Marc BERNHEIM, *Die Finanzierung von Grundstückskäufen durch Personen im Ausland, unter besonderer Berücksichtigung der Stellung von Auslandsbanken*, Thèse Zurich, Zurich 1993, notamment pp. 41 ss.

³⁶⁹ Article 7 de la Convention de diligence (1992).

³⁷⁰ Article 8 de la Convention de diligence (1992).

³⁷¹ Voir surtout JUNOD, *supra* note 27, pp. 104-108; cf. également KLEINER, *supra* note 29, N° 37 ad Art. 3-3^{ter} LB.

³⁷² Un bon exemple est constitué par les affaires de corruption: ces dernières impliquant souvent la réalisation d'infractions du type gestion déloyale ou faux dans les titres, il n'est souvent même pas nécessaire d'invoquer une violation de l'article 315 CPS (corruption passive) ou de l'article 305^{bis} CPS (blanchiment d'argent) pour obtenir les informations désirées; pour un cas récent, voir ATF du 20 avril 1993 relatif à une demande d'entraide présentée par l'Italie.

³⁷³ Voir *supra* note 124.

³⁷⁴ Voir dans ce sens KLEINER, *supra* note 29, N° 27b ad Art. 3-3^{ter} LB.

conclure des affaires dans le pays en question respectivement ne peuvent être prises à la lettre.

Plus spécifiquement, un exemple typique est celui de versement de pots-de-vin. Il est reconnu que, dans certains pays (pour ne pas dire continents), cette pratique est non seulement utile, mais encore indispensable. Certes, de nombreuses législations étrangères répriment pour le moins la corruption de fonctionnaires; cependant, la mise en oeuvre des dispositions visant le versement de pots-de-vin laisse souvent à désirer, quand elle ne relève pas de la farce. Par ailleurs, les initiatives internationales en la matière³⁷⁵ provoquent un intérêt et des réactions mitigés.

Même si diverses affaires ont récemment été exploitées à des fins politiques, la crise économique et l'attitude apparemment plus flexible³⁷⁶ des USA, qui s'étaient faits les champions de la lutte contre la corruption, ne sont pas de nature à renverser cette tendance. Ce serait dès lors faire preuve d'angélisme que d'adopter une attitude "pure et dure" en matière de corruption.

Il est vrai que, pour des motifs politiques, on ne pouvait faire autrement, dans l'affaire "mani pulite", que d'affirmer qu'une banque ne peut accepter des versements sur des comptes ouverts auprès d'elle lorsqu'elle sait ou devrait savoir qu'ils constituent des pots-de-vin.³⁷⁷ De même, on peut comprendre que l'on veuille éviter que la banque participe directement, par le biais d'une garantie bancaire, à une opération de corruption.³⁷⁸ Toutefois, d'une manière générale, nous sommes d'avis que l'autorité de surveillance doit se borner à intervenir *ex post* dans les situations reflétant des abus manifestes ou trop explosives pour que l'on puisse les ignorer.

S'agissant de la violation de dispositions fiscales, on relèvera qu'en vertu de l'article 3 al. 3 de la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP),³⁷⁹ les demandes d'entraide en matière financière sont irrecevables si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique. Cependant, la libéralisation des mesures en matière de contrôle des changes³⁸⁰ et le fait qu'il peut être donné suite à une demande de communication d'informations et d'actes officiels si la

³⁷⁵ Parmi les réalisations concrètes on mentionnera avant tout la Recommandation N° R (81) 12 du Conseil de l'Europe sur la criminalité des affaires.

³⁷⁶ Voir *Dooley versus United Technologies Corp.*, 803 F. Supp. 428 (D.D.C. 1992), premier jugement excluant spécifiquement les sociétés étrangères du champ d'application du Foreign Corrupt Practices Act, 15 U.S.C 78.

³⁷⁷ Voir Rapport de gestion CFB 1993, Berne 1994, p. 132.

³⁷⁸ Voir la décision de la CFB du 23 juin 1980, Bulletin CFB N° 7 (1980) pp. 35 ss.

³⁷⁹ RS 351.1.

³⁸⁰ Voir Bernhard FISCHER/Helmut REISEN, *Libéralisation des mouvements de capitaux dans les pays en développement: Pièges, exigences et perspectives*, Paris 1993; Donald J. MATHIESON/Liliana ROJAS-SUAREZ, *Libéralisation du compte des mouvements des capitaux: Bilan et perspectives*, Washington D.C. 1992.

procédure vise une escroquerie en matière fiscale ont réduit la portée de cette réserve. En particulier, la notion d'escroquerie fiscale est définie très largement par la jurisprudence.³⁸¹

Comme en matière de corruption, l'autorité de surveillance ne saurait éviter d'intervenir *ex post* dans les situations reflétant des abus manifestes³⁸² ou trop explosives pour que l'on puisse les ignorer. Il n'en demeure pas moins qu'une grande retenue s'impose. Ainsi, le fait qu'une demande d'entraide internationale soit formulée dans le cadre d'une procédure d'escroquerie fiscale ne devrait pas suffire à éveiller l'intérêt de la CFB. Ainsi, estimer inadmissible qu'une banque participe à une opération immobilière tout en sachant qu'une partie du prix a été versée par dessous de table³⁸³ relève nécessairement de l'arbitraire, si l'on considère le nombre d'opérations de ce genre qui ont lieu sans que l'autorité de surveillance puisse intervenir, ne serait-ce que pour des motifs de personnel.

Le même raisonnement vaut s'agissant d'opérations de clients contraires aux dispositions régissant leur succession. Ainsi, deux raisons au moins font que l'autorité de surveillance doit faire preuve de retenue en la matière. D'une part, il est souvent difficile de déterminer si et dans quelle mesure de telles dispositions sont violées: la fortune totale du client et le régime applicable à sa succession sont fréquemment impossibles à établir avant le décès du client. D'autre part, la banque joue souvent un rôle socialement utile, dans la mesure où son intervention permet d'éviter des procédures judiciaires coûteuses et durables – notamment lorsque les héritiers ont un intérêt fiscal à une certaine discrétion.

3. La question des mesures à prendre lorsque l'on est en présence d'opérations du client qui sont contraires à des dispositions d'intérêt général est délicate. Preuve en est que les indications générales en la matière sont, comme on vient de le voir, d'une utilité pratique très limitée.

Toute solution nous paraît être fonction du cas d'espèce. Il est vrai que, dans les cas d'infractions pénales graves au sens du CPS, la banque n'a

³⁸¹ ATF Office fédéral de la police c/ Fritz Naphtali-Stiftung, 115 Ib 68, 71 ss (1989); ATF X. c/ Président du Tribunal du canton Y., 111 Ib 242, 247 ss (1985). Cp. cependant ATF S. c/ Office fédéral de la police, 112 Ib 55, 56: l'escroquerie en matière de subvention n'est pas une escroquerie fiscale (mais peut constituer une escroquerie au sens de l'article 148 CPS); ATF A. c/ Office fédéral de la police, 116 Ib 96, 103 (1990): la demande d'entraide pour escroquerie fiscale est déclarée irrecevable, ne satisfaisant pas les exigences plus sévères en matière d'indices à produire pour justifier la démarche de l'Etat requérant.

³⁸² Par exemple, lorsque la banque établit de fausses attestations à l'intention d'autorités fiscales étrangères; voir à ce propos la décision de la CFB du 27 août 1992, Bulletin CFB N° 23 (1993), pp. 31 ss et la décision de la CFB des 17/18 décembre 1991, Bulletin N° 23 (1993) pp. 19 ss.

³⁸³ Voir la décision de la CFB du 28 novembre 1991, Bulletin CFB N° 22 (1992) pp. 27, 31, ainsi que le Rapport de gestion CFB 1993, Berne 1994, pp. 131-132.

pas seulement le droit, mais encore le devoir d'informer les autorités pénales.³⁸⁴ Cependant, bien que les craintes exprimées quant à la responsabilité des banques en la matière sont probablement exagérées,³⁸⁵ l'autorité de surveillance veillera à ne pas admettre trop facilement un manque de diligence en la matière.

En effet, d'une part, une trop grande sévérité aurait pour conséquence d'amplifier encore la tendance à la fuite devant les responsabilités, pour ne pas dire l'attitude paranoïaque constatée dans la pratique. Pour ne citer qu'un exemple récent d'absurdité, une banque genevoise a fait les plus grandes difficultés pour accepter la remise d'un chèque de fr. 250.– représentant la finance d'inscription à un colloque de la Faculté de droit et devant être crédité sur un compte ouvert au nom de l'Université de Genève, sous prétexte que la personne qui venait le remettre n'avait pas un passeport à présenter. D'autre part, on doit prendre en compte le fait qu'il peut être tentant pour une autorité pénale de tirer parti du profil médiatique d'une affaire. Dès lors, l'autorité de surveillance doit tenir compte de l'intérêt de la banque concernée et de la place financière suisse en général à minimiser ce risque "publicité".

3. Dispositions dans l'intérêt du client

Nous avons relevé³⁸⁶ que, dans le cadre d'une analyse relative à la diligence du banquier vis-à-vis de son client, il se justifiait de consacrer une section spécifique à l'analyse de deux types d'activités bancaires,³⁸⁷ la participation à des émissions publiques et la gestion de fortune.

a. *Les émissions publiques*

Les banques suisses occupent une place importante dans le domaine de l'émission des valeurs mobilières par des entreprises tierces.³⁸⁸ Par ailleurs, elles procèdent elles-mêmes depuis quelques années à l'émission de produits dérivés de toutes natures.

³⁸⁴ Voir à ce propos Renate SCHWOB, Anzeigerecht oder Anzeigepflicht der Banken bei Verdacht auf Straftaten, in: Festschrift für Beat Kleiner, Banken und Bankenrecht im Wandel, Zurich 1993, pp. 441 ss.

³⁸⁵ Voir à ce propos Niklaus SCHMID, Insiderdelikte und Geldwäscherei – neuere und künftige Aspekte aus der Sicht der Banken, in: Wolfgang WIEGAND Ed., Aktuelle Probleme im Bankenrecht, Berne 1994, pp. 189 ss, 206.

³⁸⁶ *Supra* IV/A/3.

³⁸⁷ Pour une analyse de la diligence du banquier dans d'autres situations, voir notamment Marco BORGHI, L'impatto del diritto pubblico sul diritto privato nel settore bancario, in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi Ed., Aspetti civilistici del diritto bancario, Lugano 1993, pp. 25 ss.

³⁸⁸ Voir notamment Urs BUMBACHER, Die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Grossbanken im internationalen Geschäft, Thèse Bâle 1992, Berne 1993, pp. 351 ss.

L'Ordonnance sur les banques (OB)³⁸⁹ précise que le champ d'application personnel de la LB s'étend aux maisons d'émissions³⁹⁰ et le projet de LBVM prévoit qu'est assujettie à surveillance toute personne qui offre au public des valeurs mobilières sur le marché primaire ou qui crée elle-même et offre au public des dérivés.³⁹¹ Cependant, on relèvera qu'il n'a pas été jugé utile de réglementer dans la LBVM le marché primaire, notamment l'obligation d'émettre un prospectus ou de préciser la responsabilité de ses auteurs. En effet, il a été estimé que cela n'était pas nécessaire, ces domaines tombant déjà sous le coup du CO.³⁹² De plus, on a voulu tenir compte de l'existence d'un contrôle du prospectus pour les émissions faisant l'objet d'une demande de cotation boursière (prospectus d'admission). Enfin le marché des émissions en Suisse pouvant être partiellement (pour les émissions étrangères) assimilé à un "euromarché suisse", il a semblé judicieux de ne pas instituer un désavantage compétitif: l'euromarché proprement dit n'est pas, pour l'heure, régit par une réglementation spécifique. Le régime suisse en matière d'émission est et demeurera ainsi moins sévère que celui des principaux Etats étrangers.³⁹³

La volonté de ne pas régir le marché primaire dans le cadre de la LBVM implique nécessairement que la latitude d'action de l'autorité de surveillance demeurera limitée en matière d'émission; ainsi, il est exclu d'instituer un contrôle préalable (*ex ante*) des prospectus. Cependant, dans la mesure où elle vise les maisons d'émissions, la LBVM permettra, à l'image de la LB, de protéger partiellement l'investisseur sur les marchés primaires.³⁹⁴ En effet, le caractère moins sévère du régime suisse en matière d'émission et la compétence expresse donnée à l'autorité de surveillance en ce qui concerne le respect de règles de conduite (devoirs de diligence, de loyauté et d'information)³⁹⁵ font que l'on devra prêter *ex post* une attention particulière au respect des dispositions prévues par le droit civil, et notamment par le CO.

Il nous paraît que deux devoirs méritent une attention particulière à cet égard, à savoir la transparence et la loyauté.

³⁸⁹ RS 952.02.

³⁹⁰ Article 2a lit. c OB.

³⁹¹ Article 2 lit. c et article 10 du projet de LBVM (FF 1993 I 1269, 1345 et 1347); pour la définition du négociant, voir *supra* note 13.

³⁹² Voir Message du Conseil fédéral concernant la LBVM, FF 1993 I 1269, 1286.

³⁹³ *Id.* p. 1285.

³⁹⁴ *Id.* pp. 1284-1285.

³⁹⁵ Voir l'article 11 du projet de LBVM, FF 1993 I 1269, 1348.

1. L'importance pratique de la question de la mise à disposition du souscripteur potentiel d'une valeur mobilière d'informations appropriées est généralement reconnue en Suisse.³⁹⁶ Ainsi, le CO³⁹⁷ et les règles professionnelles édictées par l'Association suisse des banquiers (ASB)³⁹⁸ comprennent un certain nombre d'exigences en la matière. Plus généralement, le marché a élaboré un cadre juridique.³⁹⁹

Toutefois, l'analyse d'un prospectus demeure économiquement onéreuse, même pour des analystes financiers ou des investisseurs institutionnels. Par ailleurs, le juge civil n'est souvent pas à même de tenir compte de manière appropriée de la réalité économique; par exemple, lorsqu'une émission régie par le droit suisse est "prise ferme",⁴⁰⁰ la qualification juridique de la relation entre une maison d'émission sise en Suisse et ses clients est souvent aléatoire (vente ou mandat?), mais susceptible d'affecter les devoirs de ladite maison d'émission.

Or, il est relativement facile pour une maison d'émission de réduire les coûts de transaction et les imperfections juridiques qui découlent de cette situation. Ainsi, il lui est notamment possible d'obtenir que les "points critiques" du prospectus soient résumés et mis en évidence en première page, sans que cette requête soit de nature à entraîner un désavantage compétitif.⁴⁰¹ D'une part, les prescriptions légales en la matière demeurent plus sévères à l'étranger. D'autre part, sur le plan suisse, les investisseurs institutionnels qui ne font pas l'objet d'une surveillance administrative ne devraient pas être prochainement amenés à jouer un rôle notable dans le domaine de l'émission.⁴⁰²

En conséquence, il est souhaitable que le principe d'un contrôle *ex post* de la transparence des prospectus d'émission soit reconnu en Suisse. Bien entendu, on se gardera d'instituer un contrôle systématique et pointilleux. Il convient de tenir compte de la protection offerte par l'importance de

³⁹⁶ Voir récemment à ce propos Rolf WEBER, *Prospekthaftpflicht in der Praxis*, RSDA 1993, pp. 55 ss.

³⁹⁷ Voir article 1156 CO et Christian CAMENZIND, *Prospektzwang und Prospekthaftung bei öffentlichen Anleiheobligationen und Notes*, Thèse Zurich, Zurich 1989, pp. 55 ss.

³⁹⁸ Cf. la Convention XIX de l'Association suisse des banquiers relative aux Notes de débiteurs étrangers, reproduite in: *Colloque, Le droit du marché financier suisse*, Genève 1987, pp. 197 ss.

³⁹⁹ Voir récemment à ce propos Karl SCHWEIZER, *Notes, Euronotes, NIFs und RUFs als Finanzierungsmittel für Unternehmen, Bankrechtliche Haftungsprobleme*, Thèse Bâle, Zurich 1993 et les ouvrages cités.

⁴⁰⁰ Une émission "prise ferme" est une émission dans le cadre de laquelle les intermédiaires financiers membres du syndicat d'émission assurent la souscription des valeurs mobilières en cause.

⁴⁰¹ Pour cette notion, voir *supra* note 11.

⁴⁰² Voir, à propos du comportement des investisseurs institutionnels en Suisse, Martin ANDERSON/Thierry HERTIG, *Institutional Investors in Switzerland: Their Behavior and Influence on Financial Markets and Public Companies*, Zurich 1992.

l'élément de la réputation des maisons d'émission⁴⁰³ et du contrôle du prospectus pouvant intervenir à l'étranger ou au moment de la cotation en bourse. C'est pourquoi l'autorité de surveillance s'intéressera en premier lieu aux prospectus qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle par une autre instance et qui sont de nature à induire l'investisseur en erreur, notamment parce qu'ils sont rédigés de manière à rendre les informations essentielles difficiles à individualiser.⁴⁰⁴

2. La question de la loyauté se pose avant tout en ce qui concerne la désignation et la mission d'un représentant des obligataires.

D'un point de vue économique, le manque d'informations ou la modestie de leur investissement font que ces derniers ne sont souvent pas en mesure d'assurer le "monitoring" de l'émetteur. D'un point de vue juridique, bien que la doctrine exige que le représentant des obligataires soit une personne jouissant d'une certaine indépendance,⁴⁰⁵ on constate que la protection des obligataires laisse fortement à désirer en pratique, soit pour des motifs juridiques,⁴⁰⁶ soit parce que la motivation économique nécessaire pour entreprendre une action à cette fin fait défaut. On en voudra pour preuve le faible nombre de procès en responsabilité intentés en Suisse, quand bien même des situations à problèmes apparaissent régulièrement.⁴⁰⁷

A nouveau, il est relativement facile pour une maison d'émission de remédier à cette situation, en veillant à la désignation *ex ante* d'un représentant des obligataires qualifié, indépendant et motivé. Certes, ce dernier devra être rémunéré; toutefois, cet élément ne nous paraît pas de nature à réduire l'attrait de la place financière suisse, bien au contraire.

En conséquence, il est souhaitable que le principe d'un contrôle *ex post* de l'existence d'un représentant des obligataires (ou de titulaires de valeurs mobilières analogues) approprié soit reconnu en Suisse. A nouveau, on se gardera d'instituer un contrôle systématique ou pointilleux et l'on tiendra compte du contrôle opéré par d'autres instances.

b. Gestion de fortune

Les banques suisses occupent une place de choix en matière de gestion de fortune. Toutefois, une concurrence toujours plus forte se manifeste dans ce secteur. De plus, l'examen de la jurisprudence civile montre que les

⁴⁰³ En ce qui concerne l'importance de l'élément réputation dans le domaine de l'émission, voir par exemple Adriano RAMPINI, *Das Emissionsgeschäft für Schweizerfranken-Anleihen. Eine Beurteilung des Wettbewerbs aus industrieökonomischer Sicht*, Berne 1993, pp. 56 ss.

⁴⁰⁴ Pour une approche similaire en matière de conditions générales, voir *supra* III/A/1.

⁴⁰⁵ Voir récemment à ce sujet Daniel DAENIKER, *Anlegerschutz bei Obligationenanleihen*. Thèse Zurich, Zurich 1992, pp. 125 ss.

⁴⁰⁶ Voir par exemple ACJ Dow Banking Corporation c/ Banco Central de Costa Rica, SJ 1983 pp. 406 ss.

⁴⁰⁷ Voir ainsi WEBER, *supra* note 396, p. 55.

litiges entre les banques gestionnaires et leurs clients sont plus fréquents que dans le passé.

L'opportunité d'une intervention de la CFB visant à assurer un meilleur respect des obligations résultant du droit civil est dès lors une question d'actualité.

Les relations entre une banque suisse et le client dont elle gère les avoirs sont en principes régies par le droit suisse et, plus spécifiquement, par les règles du mandat.⁴⁰⁸ En vertu de ces dernières, la banque ne répond pas du résultat de son activité, mais a essentiellement deux devoirs, la diligence et la fidélité (article 398 al. 2 CO). De telles obligations demeurent très générales et leur portée doit être modulée en fonction des spécificités de la personnalité du client.⁴⁰⁹

D'un point de vue pratique, l'intervention de l'autorité de surveillance peut être envisagée dans quatre domaines: information du client concernant les risques courus; exécution des ordres; instructions données par l'ayant droit économique; relations avec un gérant de fortune externe.

1. Dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire, le banquier a bien évidemment le devoir d'informer le client des risques courus.⁴¹⁰ En revanche, on se montre plus hésitant à reconnaître l'existence d'une telle obligation lorsque le client entreprend de sa propre initiative des opérations à risque.⁴¹¹

Il est incontestable que la banque est normalement mieux à même d'apprécier les risques courus par les clients, même lorsque ces derniers sont des investisseurs avertis. On doit aussi admettre qu'une bonne politique d'information est de nature à contribuer à la réputation de la place financière suisse. Cependant, on peut attendre de l'investisseur désireux de bénéficier d'une information quant aux risques courus qu'il manifeste au moins implicitement cette volonté.

Dès lors, la jurisprudence civile selon laquelle la banque n'a un tel devoir d'information que si la gestion est discrétionnaire ou si le client requiert expressément un tel service,⁴¹² ne paraît pas criticable. En revanche, le respect du devoir d'information ainsi défini par le Tribunal fédéral n'est pas toujours garanti en pratique.

La CFB pourrait pallier ce déficit de mise en oeuvre de deux manières. D'une part, elle pourrait exiger que la banque institue une procédure spéciale de traitement des litiges relatifs à l'information donnée au client et conserve de manière centralisée les données les concernant. D'autre

⁴⁰⁸ Voir notamment à ce sujet Alessandro BIZZOZERO, *Le contrat de gérance de fortune*, Thèse Fribourg, Fribourg 1992, pp. 44 ss.

⁴⁰⁹ Voir à ce sujet HOPT, *supra* note 279, pp. 138 ss.

⁴¹⁰ Voir ainsi ATF E. Revisions- und Treuhand AG c/ R., 115 II 62, 65 (1989).

⁴¹¹ Voir Rolf WEBER, *Ausmass und Grenzen des Informationsflusses im Auftragsrecht: Zu den BGE vom 23.3.1993 und 119 II NR. 45, ZBJV 129 (1993) pp. 692 ss.*

⁴¹² Voir ATF X. AG c/ Bank Y., 119 II 333, 335 (1993).

part, elle pourrait exiger que le client soit clairement informé de la politique de la banque en matière d'opérations à risques.

La proportionnalité de telles exigences ne va cependant pas de soi. D'une part, les avantages d'une procédure interne de traitement des litiges paraissent limités. D'autre part, la quantité de documents communiqués au client dans le cadre de la relation d'affaires est déjà telle que nous doutons de l'utilité d'une intervention de l'autorité de surveillance visant à augmenter la quantité d'informations prodiguées au client. Il n'en demeure pas moins que la CFB ne saurait se désintéresser du déficit en matière de transparence. En effet, les banques ont toujours davantage tendance à offrir aux clients des produits financiers qu'elles ont elles-mêmes créés (dérivés, parts de fonds de placement, etc.), ce qui influence inévitablement la qualité de l'information prodiguée. De plus, le développement du marketing diminue le nombre de clients agissant réellement de leur "propre" initiative.

En conséquence, si une intervention *ex ante* nous semble peu souhaitable, il nous paraît que la CFB devrait prêter *ex post* une attention particulière à l'information fournie à propos de trois éléments: rémunération (directe et indirecte) de la banque; risque liquidité, à savoir degré de difficulté à revendre la valeur mobilière acquise; risque complémentaire, à savoir obligation potentielle d'opérer des versements ultérieurs concernant la valeur mobilière acquise.

2. L'exécution des ordres donnés par le client peut donner lieu à des abus de différentes natures.

La CFB a eu l'occasion de préciser que lors d'exécution d'ordres de bourse par le compte nostro, la banque a l'obligation de documenter entièrement la reprise de sa part du risque de cours.⁴¹³ De même, la CFB a relevé qu'il convient de ne pas sous-estimer le danger d'une utilisation illégale des fonds de la clientèle par des employés tentant de récupérer des montants qu'ils auraient perdus dans le cadre d'opérations boursières.⁴¹⁴

Les risques d'abus résultant de l'existence de conflits d'intérêts potentiels entre la banque ou ses employés et le client doivent faire l'objet de l'attention de l'autorité de surveillance dans le cadre de son évaluation de l'organisation générale de la banque.⁴¹⁵ En revanche, une mesure particulière d'organisation semble appropriée en ce qui concerne les ordres concernant le client. L'autorité de surveillance exigera la mise en place de systèmes permettant à la banque de: bénéficier d'un "order book" informatisé et pouvant être géré en respectant des priorités; détecter automatiquement les anomalies éventuelles, notamment les erreurs de saisie;

⁴¹³ Voir la décision de la CFB des 18/19 décembre 1989, Bulletin CFB N° 20 (1990) pp. 23 ss.

⁴¹⁴ Voir la décision de la CFB du 30 mai 1988, Bulletin CFB N° 18 (1988) pp. 20 ss.

⁴¹⁵ Voir *supra* IV/B/1.

retracer le déroulement temporel de l'exécution de tout ordre de la banque ou du client.

Certes, il conviendra de procéder graduellement, afin de tenir compte des coûts⁴¹⁶ et de la pression naturellement exercée par le marché. Néanmoins, l'importance du recours à des méthodes modernes d'exécution des ordres fait qu'il conviendra de ne pas hésiter à faire preuve de fermeté vis-à-vis des banquiers qui montreraient une réticence à moderniser leurs systèmes.

3. La question de la portée des instructions données par l'ayant droit économique a récemment défrayé l'actualité judiciaire.

La banque a une obligation d'identifier l'ayant droit économique, notamment en vertu de la Convention de diligence.⁴¹⁷ Cependant, cette dernière mentionne qu'elle ne peut et ne veut pas modifier les dispositions du droit civil qui régissent les rapports entre la banque et ses clients.⁴¹⁸ Dans le même esprit, l'article 479 CO prévoit que si un tiers se prétend propriétaire de la chose déposée, le dépositaire n'est pas moins tenu de la restituer au déposant, tant qu'elle n'a pas été judiciairement saisie ou que le tiers n'a pas introduit contre lui sa demande en revendication.

Cette construction se comprend. En effet, si l'ayant droit économique est véritablement celui qu'il prétend être, il lui est facile d'obtenir la délivrance d'une procuration ou la prise par le cocontractant des mesures souhaitées. Plus généralement, il convient de faire abstraction de la dualité juridique seulement si elle est opposée à des tiers de manière contraire à la bonne foi pour en retirer des avantages abusifs. Ainsi, en droit fiscal, l'administration ne peut invoquer l'unité économique que lorsque des raisons objectives et sérieuses le justifient.⁴¹⁹ De même, dans le domaine de l'exécution forcée, la jurisprudence et la doctrine ont eu l'occasion de préciser que seule la propriété juridique des biens est déterminante.⁴²⁰

En ce qui concerne plus particulièrement la gestion de fortune, le Tribunal fédéral a relevé, dans un arrêt *Fondation B.* du 31 juillet 1992,⁴²¹ que le bénéficiaire d'une fondation du Liechtenstein ne pouvait donner des ordres à la banque dans la mesure où il n'avait pas été désigné comme organe ou comme représentant autorisé. En effet, il convient de protéger cette dernière dans sa confiance.

Il faut cependant constater qu'il est fréquent, surtout dans le domaine de la gestion de fortune, que la banque assiste son client dans la mise au

⁴¹⁶ A ce propos, voir *supra* IV/A/2.

⁴¹⁷ Voir *supra* IV/B/2/a.

⁴¹⁸ Voir le commentaire N° 2 de la Convention de diligence (1992).

⁴¹⁹ Voir par exemple à ce sujet ATF Société du Mervelet c/ Commission cantonale de recours de l'impôt de défense nationale du canton de Genève, 109 Ib 110, 113 (1983).

⁴²⁰ Voir récemment, en matière de séquestre ACJ P et autres, SJ 1993 pp. 125 ss, 129 ss et les références citées.

⁴²¹ Affaire 4C.142/1992.

point de structures présentant des avantages d'ordre fiscal ou successoral. De plus, elle connaît souvent la réalité économique des relations entre son cocontractant et d'autres personnes "concernées". Ainsi, même sous l'empire du formulaire B, nombreux étaient les praticiens qui affirmaient connaître 95% des ayant droit économiques des comptes ouverts auprès de leur établissement. Ainsi, dans l'arrêt *Fondation B.*, le Tribunal fédéral a retenu que l'ayant droit économique avait bien donné des "ordres" à la banque, que cette dernière les avait partiellement exécutés, mais qu'il ne s'agissait là que de "propositions" et de "suggestions" n'obligeant pas la banque.

Il nous paraît dès lors qu'une intervention *ex post* de la CFB est nécessaire lorsque l'on constate que la banque participe à la mise en place de structures fiscales ou successorales à l'intention de ses clients, mais se réfugie systématiquement derrière la réalité juridique lorsque cela s'avère opportun. En effet, il s'agit de situations où il est difficile de saisir le juge, en raison de l'inévitable publicité qui en résulte. Par ailleurs, la CFB est mieux à même de traiter de tels abus que le juge civil, en raison de l'importance qu'elle peut donner (et qu'elle donne) à la réalité économique.

4. Il est aujourd'hui relativement fréquent que la banque ne soit pas le seul mandataire du client dans le cadre de la gestion de ses avoirs. Ce dernier peut notamment avoir recours aux services d'un gérant de fortune externe, à savoir d'une personne qui n'est ni une banque, ni un organe ou un employé d'une banque.

Le gérant externe peut être au bénéfice d'un mandat de gestion discrétionnaire ou simplement avoir pour fonction de contrôler la gestion opérée par la banque. Pour éviter toute discussion, la banque exigera souvent que le gérant externe dispose d'une procuration relative aux comptes concernés, procuration faisant normalement l'objet d'un formulaire spécial.

Il n'est pas toujours facile d'établir les devoirs respectifs de la banque et du gérant externe. D'un point de vue pratique, deux questions sont intéressantes: la banque doit-elle refuser de traiter avec certains gérants externes? La banque doit-elle intervenir en cas de mauvaise gestion par le gérant externe?

Il est assez rare qu'une banque refuse de traiter ou de continuer à traiter avec un gérant de fortune externe. En effet, une telle démarche est souvent délicate, notamment dans la mesure où elle implique une information motivée à l'intention du client et la perte possible de ce dernier. En conséquence, le refus de traiter intervient avant tout lorsque l'exécution des ordres par le gérant externe est source de difficultés ou de litiges fréquents. Quant au contrôle par la banque de l'exécution de son mandat par le gérant externe, la règle est, à première vue, que le client doit supporter les conséquences de son choix – d'autant que la rémunération de la banque est réduite de ce fait. Cependant, la banque rétrocède fréquemment au gérant externe une partie des commissions qu'elle perçoit

dans le cadre de l'exécution des transactions effectuées pour le client, à titre de rémunération pour le volume d'affaires généré par le gérant externe.

Cette situation et les conflits d'intérêt qui peuvent en résulter ont amené la doctrine à reconnaître que la banque a, en vertu du droit privé, un certain devoir de surveillance du gérant externe.⁴²² On se montre toutefois prudent: le client doit être considéré à même de supporter les risques résultant de son choix, alors que la banque peut connaître d'importantes difficultés à surveiller le gérant externe.

Il semble judicieux de faire preuve de la même prudence au niveau de la surveillance. Une intervention de la CFB semble nécessaire. Toutefois, dans un premier stade du moins, elle devrait simplement exiger des banques qui acceptent de traiter avec des gérants de fortune externes de veiller à ce que les client soient informés de l'existence de rétrocessions de commissions. Il s'agit en effet à la fois d'une mesure utile et d'une mesure qui ne présente pas d'inconvénients de nature commerciale, aux dires de ceux qui pratiquent une telle transparence.

V. Conclusions – Thèses

On constate qu'il est possible de formuler un certain nombre de thèses relativement simples en ce qui concerne la diligence du banquier envers son client:

1. Toute proposition relative à la diligence requise du banquier reflète nécessairement une vision subjective du rôle de l'Etat et de l'intensité de la concurrence entre intermédiaires financiers.
2. Il est aujourd'hui incontestable que la LB ne vise pas seulement un objectif de protection des créanciers, mais tend également à garantir le bon fonctionnement du système bancaire.
3. Ces objectifs juridiques doivent être appréciés dans une perspective économique et politique. Du point de vue économique, la surveillance doit pallier l'asymétrie dans l'information et prévenir les externalités, à savoir les conséquences néfastes d'une panique des déposants. D'un point de vue politique, on doit admettre que l'évolution normative traduit souvent une réaction à un scandale et que l'importance politique de certaines règles est telle qu'il est illusoire de vouloir en remettre en cause le principe. On doit également reconnaître que le comportement de l'autorité administrative reflète nécessairement des considérations égoïstes, mais que l'importance de ces dernières ne doit pas être surestimée.

⁴²² Voir NOBEL, *supra* note 17, p. 16.

4. La concurrence entre systèmes légaux est une réalité. Toutefois, une course au laxisme n'est guère à craindre.

Par ailleurs, la question de la compétitivité de la place financière se pose davantage au niveau de la mise en oeuvre des normes qu'à celui de leur contenu. De plus, même ainsi délimité, l'impact des différences "normatives" est d'une importance moindre qu'on le prétend généralement. Le principal danger est celui du recours à des dogmes ou de l'utilisation de la surveillance bancaire à des fins protectionnistes.

5. Les controverses relatives à la légalité des interventions de la CFB pour défaut de diligence ont perdu une grande partie de leur intérêt pratique, en raison de l'évolution normative constatée en Suisse et à l'étranger.

Dans les faits, le principe de la légalité n'impose que deux contraintes (bienvenues) à la CFB. D'une part, cette dernière ne saurait procéder à un contrôle des conditions générales des banques, à moins que ces dernières ne soient trompeuses. D'autre part, la CFB ne saurait exiger du banquier qu'il examine la moralité des opérations entreprises par ses clients.

6. Il n'est pas souhaitable de voir la CFB concrétiser le devoir de diligence de manière détaillée. Il est tout au plus utile qu'elle formule des indications générales.

Certes, il en découle une certaine insécurité juridique. Toutefois, toute réduction notable de cette insécurité juridique présente plus d'inconvénients que d'avantages. En d'autres termes, l'insécurité juridique est souhaitable si l'on veut conserver de la flexibilité, éviter que la priorité soit donnée au formalisme, lutter contre la dilution des responsabilités, minimiser les difficultés d'application et ne pas encourager la prise de mesures inadéquates par les praticiens.

Cette conclusion est renforcée par quatre considérations: l'insécurité juridique ne facilite pas les fraudes; elle n'augmente pas sensiblement le risque d'arbitraire; elle n'est pas néfaste du point de vue de la compétitivité de la place financière; elle est gérée par l'autorité administrative mieux que par une autre autorité.

7. Au regard du principe de la proportionnalité, il est difficile d'évaluer les avantages et les inconvénients des exigences en matière de diligence. Tout au plus peut-on affirmer que, du point de vue des intermédiaires financiers, ces exigences ne peuvent être évaluées positivement au regard du test du "net regulatory burden": leurs coûts dépassent les bénéfices qui en résultent.

8. L'intervention de l'autorité de surveillance doit dès lors être fonction de trois critères: importance quantitative et qualitative des violations par le banquier de dispositions juridiquement contraignantes; moyens à disposition de la CFB; coûts pour les banques et leurs clients.

9. Dans cette perspective, l'organisation du banquier est une question qui justifie et se prête particulièrement à une intervention *ex ante* de l'autorité de surveillance.

Cette dernière veillera en premier lieu à la transparence de la structure et à la mise en place de systèmes de surveillance. En revanche, elle fera preuve de retenue dans l'appréciation de la réputation et de la compétence des personnes gérant la banque.

10. Il est juridiquement et politiquement indispensable que la CFB surveille la manière dont les banques procèdent à l'identification du client et exécutent les opérations de ce dernier.

Toutefois, des interventions *ex ante* doivent être considérées peu judicieuses. Par ailleurs, il appert qu'il est difficile de préciser davantage les indications générales formulées par la Convention de diligence ou par la Circulaire Blanchiment de capitaux. En conséquence, il convient de laisser les banques s'organiser comme elles l'entendent et de n'intervenir qu'*ex post*, dans des situations reflétant des abus ou qui sont trop explosives pour que l'on puisse les ignorer.

Cette approche, qui a l'avantage de permettre de ne juger les banques que sur les résultats, exige évidemment que l'autorité de surveillance fasse preuve d'une certaine retenue et évite de trop se laisser influencer par les thèmes politico-juridiques à la mode.

11. L'importance donnée en Suisse et à l'étranger aux règles de conduite fait que la CFB doit se préoccuper davantage du respect par les banques de dispositions conçues plus particulièrement dans l'intérêt du client. Il convient cependant qu'elle procède par étapes. Dans cette perspective, les émissions publiques et la gestion de fortune sont des domaines qui se prêtent à un premier développement de la pratique administrative.

La transparence des prospectus d'émission, ainsi que la désignation et la mission du représentant des obligataires sont ainsi deux questions qui méritent l'attention de la CFB. Il en va de même de la mise en place de systèmes adéquats d'exécution des ordres boursiers concernant le client et de la transparence des relations de la banque avec d'autres mandataires du client.

On constate que ces thèses, quoique parfois formulées de manière non traditionnelle, relèvent essentiellement du bon sens. C'est que la surveillance exige et ne peut fonctionner que si un certain respect mutuel existe entre l'autorité et les assujettis. A cet égard, il est réjouissant de constater une amélioration sensible des relations entre la CFB et les banquiers. Il reste à espérer qu'une évolution semblable puisse être constatée dans les relations avec d'autres autorités et avec le public, afin que cessent les récriminations et mesures de défiance réciproques qui ne peuvent être que préjudiciables à la compétitivité de la place financière suisse.

Bibliographie

(D'autres ouvrages et articles sont cités en notes)

- ACKERMANN, JÜRG-BEAT: Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und in der Schweiz, Thèse Zurich, Zurich 1992.
- AELLEN, MARCEL L.: Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Berne 1990.
- ALBISETTI, EMILIO et al.: Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4^e éd., Thoune 1987.
- ANDENAS, MADS/KENYON-SLADE, STEPHEN Eds: EC Financial Market Regulation and Company Law, Londres 1993.
- BALTENSPERGER, ERNST/DERMINE, JEAN: Banking Deregulation, Economic Policy N° 4 (avril 1987), pp. 63 ss.
- BIZZOZERO, ALESSANDRO: Le contrat de gérance de fortune, Thèse Fribourg, Fribourg 1992.
- BLATTNER, NIKLAUS: La compétitivité des banques, 21 Revue d'économie financière 229, 240 (1992).
- BERTSCHINGER, URS: Sorgfaltspflicht der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Thèse St-Gall, Zurich 1991.
- CAMENZIND, CHRISTIAN: Prospektzwang und Prospekthaftung bei öffentlichen Anleiheobligationen und Notes, Thèse Zurich, Zurich 1989.
- CHAPUIS, JEAN-PAUL: Sorgfaltspflichten der Banken, ZBJV 28 (1992) pp. 148 ss.
- DAENIKER, DANIEL: Anlegerschutz bei Obligationenanleihen, Thèse Zurich, Zurich 1992.
- DEWATRIPONT, MATHIAS/TIROLE, JEAN: La réglementation prudentielle des banques, Lausanne 1993.
- GENBERG, HANS/SWOBODA, ALEXANDER K. Eds: World Financial Markets after 1992, London 1993, pp. 35 ss.
- HERTIG, GÉRARD/HERTIG-PELLI, MARINA Eds: Colloque, L'avant-projet de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, Zurich 1992.
- HIRSCH, ALAIN: Les objectifs de la loi sur les banques, in: Jubiläumsschrift, 50 ans de surveillance fédérale des banques, Zurich 1985, pp. 269 ss.
- HOPT, KLAUS J.: Rechtsprobleme der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung der Schweizer Banken, in: Rudolf von Graffenried Ed., Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Berne 1987, pp. 135 ss.
- JUNOD, CHARLES-ANDRÉ: La garantie d'une activité irréprochable, De la surveillance à la tutelle des banques?, in: RUDOLF VON GRAFFENRIED Ed., Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Berne 1987, pp. 91 ss.
- JUNOD, CHARLES-ANDRÉ: Les principales règles sur la gestion des banques, in: Colloque international, L'avant-projet de loi fédérale sur les banques, Genève 1983, pp. 101 ss.
- KISTLER, MARLÈNE: La vigilance requise en matière d'opérations financières, Etude de l'article 305^{ter} CPS, Thèse Lausanne, Zurich 1994.
- KLEINER, BEAT: Kommentar ad Art. 3-3^{ter}, in: BEAT KLEINER/BENNO LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zurich 1993.
- LANGHART, ALBRECHT: Rahmengesetz und Selbstregulierung, Thèse Zurich, Zurich 1993.
- LEVICH, RICHARD M.: The Euromarkets after 1992, in: JEAN DERMINE Ed., European Banking in the 1990s, Oxford 1990, pp. 373 ss.
- MORSCHER, LUKAS: Die Regulierung der schweizerischen Finanzmärkte. Eine wirtschaftsrechtliche Untersuchung zum Verhältnis von hoheitlicher Regulierung und Selbstregulierung, Thèse Bâle, Zurich 1992.
- MÜLLER, BERNHARD: La pratique de la Commission fédérale des banques, Zurich 1987.

- NOBEL, PETER: Überblick über die neuere bankrechtliche Rechtsprechung im Zivilrecht, in: PETER NOBEL Ed., Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 2 (1993), Berne 1994, pp. 154 ss.
- NOBEL, PETER: Temi scelti di diritto privato bancario, in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi Ed., Aspetti civilistici del diritto bancario, Lugano 1993, pp. 3 ss.
- NOBEL, PETER: Gesetz oder private Selbstregulierung, in: Colloque, Le droit du marché financier suisse, Genève 1987, pp. 441 ss.
- NOBEL, PETER: Die Sorgfaltspflicht des Bankiers, in: Jubiläumsschrift, 50 ans de surveillance fédérale des banques, Zurich 1985, pp. 205 ss.
- RAMPINI, ADRIANO: Das Emissionsgeschäft für Schweizerfranken-Anleihen, Eine Beurteilung des Wettbewerbs aus industrieökonomischer Sicht, Berne 1993.
- RHINOW, RENÉ A./BAYERDÖRFER, MANFRED: Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommision im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Bâle 1990.
- ROTH, URS PHILIPP: Aufklärungspflichten im Vermögensanlagegeschäft der Banken, in: Festschrift für Beat Kleiner, Banken und Bankenrecht im Wandel, Zurich 1993, pp. 1 ss.
- SCHMID, NIKLAUS: Insiderdelikte und Geldwäscherei – neuere und künftige Aspekte aus der Sicht der Banken, in: WOLFGANG WIEGANG Ed., Aktuelle Probleme im Bankenrecht, Berne 1994, pp. 189 ss.
- SCHWOB, RENATE: Anzeigerecht oder Anzeigepflicht der Banken bei Verdacht auf Straftaten, in: Festschrift für Beat Kleiner, Banken und Bankenrecht im Wandel, Zurich 1993, pp. 441 ss.
- STEIL, BENN: Integration and Regulations in EC Capital Markets, Londres 1993.
- STRUB, ANDREAS J.: Bankdienstleistung im Binnenmarkt. Die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes der Bankdienstleistungen, Munich 1994.
- VONTOBEL, HANS-DIETER/MORSCHER, LUKAS: Wettbewerb als Chance, Anstösse zur Reform des Finanzplatzes Schweiz, Zurich 1992.
- ZOBL, DIETER: Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken unter besonderer Berücksichtigung von Interessenkonflikten, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zurich 1988, pp. 319 ss.
- ZUBERBÜHLER, DANIEL: Il dovere di diligenza delle banche per impedire e combattere il riciclaggio di denaro, Conseguenze delle raccomandazioni della "Financial Action Task Force on Money Laundering", in: Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi Ed., Vigilanza bancaria e riciclaggio, Lugano 1992, pp. 9 ss.