



Actes de conférence

2003

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Journée 2002 de droit bancaire et financier

---

Thévenoz, Luc (ed.); Bovet, Christian (ed.)

### How to cite

THÉVENOZ, Luc, BOVET, Christian, (eds.). Journée 2002 de droit bancaire et financier. Berne : Stämpfli, 2003. (Journée de droit bancaire et financier)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:5641>

## Avant-propos

La Journée de droit bancaire et financier se veut un point de rencontre des intérêts et préoccupations des praticiens de ce domaine. Les organisateurs de ce colloque annuel sélectionnent ainsi des thèmes d'actualité, tout en sachant que la matière est si volumineuse que tout choix a sa part d'arbitraire. Certains thèmes sont aussi là pour présenter, dans une vision prospective, des débats en cours et pour examiner comment ces futures réglementations affecteront l'activité des intermédiaires financiers et les produits qu'ils distribuent.

Telle est la perspective choisie pour le premier grand sujet: l'harmonisation de la fiscalité de l'épargne dans l'Union européenne. *Jacques Malherbe* et *Olivier Hermand* dressent un portrait détaillé de la réglementation communautaire, sans ignorer son histoire parfois agitée et les difficultés – voire dissensions – internes. *Xavier Oberson* reprend cette analyse et, après avoir rappelé la pratique de la Suisse en matière d'échanges de renseignements fiscaux, montre les différences fondamentales entre le système suisse de l'impôt anticipé et celui de l'agent payeur proposé par l'Union européenne; il discute les modalités de création d'une retenue à la source conforme aux demandes communautaires.

Le financement des activités de négoce et, plus généralement, du commerce international, a traditionnellement occupé une place privilégiée dans les activités de nombreux établissements financiers genevois; d'où une jurisprudence relativement importante et parfois contestée des juridictions de ce canton en matière de crédits documentaires et de garanties bancaires. *Nicolas de Gottrau*, auteur de plusieurs publications complètes sur le sujet, traite de deux problèmes actuels: la fraude dans l'accréditif à paiement différé et le choix des parties à citer dans la procédure en mesures provisionnelles. Par son commentaire, *Louis Gaillard* lui donne la réplique sur les aspects procéduraux.

*Urs Zulauf* et *Marc Siegel* présentent l'évolution de la problématique des personnes politiquement exposées dans la pratique des autorités suisses de surveillance des marchés financiers. Tout en se fondant sur les origines de la politique de la Commission fédérale des banques en la matière, ils tirent les enseignements des décisions plus récentes dans les affaires Abacha et Montesinos. Les auteurs de cette contribution prennent aussi extensivement en compte les travaux des divers acteurs impliqués

dans la lutte contre le blanchiment d'argent, que ce soit sur le plan national ou international.

Les chroniques de jurisprudence imposent aussi des choix. *Luc Thévenoz* concentre son analyse sur les arrêts récents relatifs au for du séquestre d'avoirs bancaires, aux procurations post mortem et à la reddition de comptes par voie de mesures provisionnelles. Quant à *Christian Bovet*, il met l'accent sur la lutte contre le financement du terrorisme, tout en présentant les derniers développements de la surveillance bancaire dans des domaines tels que l'entraide administrative, le devoir d'information des négociants ou la responsabilité de l'État.

Cette publication et le colloque qui l'a suscitée n'auraient pas pu voir le jour sans l'aide de *Gervais Muja* et *Claude Laporte*, pour l'organisation générale, et d'*Anouchka Moritz* et *Ksenija Radojevic Bovet*, pour la mise en page et la relecture des textes et épreuves d'imprimerie. Merci infiniment à tous les quatre ainsi qu'aux intervenants et participants à cette manifestation. Ils contribuent tous à sa vitalité et à son succès.

Luc Thévenoz

Christian Bovet

## Auteurs

**Christian Bovet** est professeur et vice-doyen de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Auparavant, il a pratiqué le Barreau pendant plusieurs années comme avocat associé dans une étude d'affaires genevoise. Titulaire d'un LL.M. de Columbia University School of Law, New York (1988), il a travaillé plus d'une année dans cette dernière ville comme *foreign associate* dans le cabinet d'avocats international Debevoise & Plimpton. Il est membre de la Commission fédérale de la communication (ComCom). Il est en outre président du Tribunal d'honneur de l'Association suisse des gérants de fortune, ainsi que de l'Association suisse du droit de la concurrence et de la commission spécialisée de la Fédération suisse des avocats "droit de la concurrence".

**Louis Gaillard** est avocat au Barreau de Genève. Titulaire d'un diplôme d'études supérieures de l'Université de Genève, il a été magistrat du pouvoir judiciaire durant treize ans, exerçant principalement les fonctions de juge civil. Il est l'auteur avec Bernard Bertossa, Jacques Guyet et André Schmidt du Commentaire de la Loi de procédure civile genevoise. Il a publié divers articles dans le domaine de la procédure civile et de l'arbitrage. Il a participé à l'élaboration de plusieurs lois de procédure et d'organisation judiciaire.

**Nicolas de Gottrau** est avocat, associé de l'Étude Python Schifferli Peter & Associés à Genève. Après des études de droit à l'Université de Genève et son admission au Barreau de Genève en 1987, il a travaillé dans le département du financement du marché international des capitaux d'une grande banque à Zurich, avant d'être en charge du service juridique d'une banque privée à Genève. Il a poursuivi ses études aux États-Unis en 1990-1991, obtenant un LL.M. de Duke University School of Law et le brevet d'avocat au Barreau de New York. À son retour à Genève, il a réintégré le Barreau, puis obtenu en 1999 le titre de docteur en droit de l'Université de Genève, pour une thèse consacrée au crédit documentaire qui lui a valu les prix Walther Hug et Joseph Des Arts. Il est par ailleurs l'auteur de plusieurs publications en droit bancaire et en droit des sûretés.

**Olivier Hermand** est avocat au Barreau de Bruxelles auprès du cabinet anglais Freshfields Bruckhaus Deringer, au sein duquel il développe une pratique de droit fiscal belge et international axée sur les produits financiers et la fiscalité des sociétés. Après ses études de droit à l'Université Catholique de Louvain (Belgique), il y a travaillé comme assistant au sein du Département de droit économique et social. Il a publié divers articles en droit fiscal et participe à de nombreux séminaires sur ce thème. Parallèlement à son activité au Barreau, il poursuit ses activités académiques en tant que membre du Centre d'études Jean Renault.

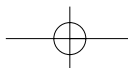
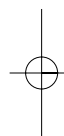
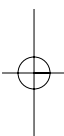
**Jacques Malherbe** est avocat au Barreau de Bruxelles, associé du cabinet international Stibbe, et professeur à l'Université Catholique de Louvain, où il enseigne le droit commercial et le droit fiscal. Il enseigne régulièrement comme professeur invité à Paris-I (Sorbonne), Dijon et Vienne. Il est également vice-président du conseil scientifique de l'International Fiscal Association. Il a notamment publié *Droit fiscal international* et *Droit fiscal: L'impôt des sociétés*, tous deux parus à Bruxelles chez Larcier en 1997.

**Xavier Oberson** est professeur de droit fiscal et de droit administratif à la Faculté de droit de Genève depuis 1995. Avocat au Barreau de Genève, il est également membre de la Commission fédérale de recours en matière de contributions. Ses domaines de spécialisation sont le droit fiscal suisse et international, ainsi que le contentieux administratif. Il a notamment présidé le groupe d'experts chargé par le Département fédéral des finances de proposer des modèles pour une imposition des entreprises indépendante de leur forme sociale. Il a publié de nombreux ouvrages et articles en ces matières, en particulier *Précis de droit fiscal international*, Berne (Staempfli) 2001, et, en tant que co-auteur, *Switzerland in international tax law*, Amsterdam (IBFD Publications) 1996.

**Marc Siegel** est avocat et collaborateur du Service juridique de la Commission fédérale des banques (CFB). Titulaire d'une licence en droit de l'Université de Genève, il a obtenu son brevet d'avocat en 1999. Après une courte pratique du Barreau genevois, il a rejoint la CFB début 2001.

**Luc Thévenoz** est professeur à l'Université de Genève et directeur de son Centre d'études juridiques européennes ainsi que du Département de droit commercial. Ses activités en tant qu'avocat, enseignant et chercheur – comprenant des séjours à l'Université de Californie à Berkeley et à la Boston University – couvrent principalement le droit des obligations, celui des services bancaires et financiers, ainsi que la fiducie et le trust. Il est membre de la Commission fédérale des banques après avoir travaillé au sein de la Commission des offres publiques d'acquisition ainsi que du Tribunal arbitral international pour les comptes en déshérence en Suisse.

**Urs Zulauf** est docteur en droit et chef du Service juridique de la Commission fédérale des banques (CFB). Dans cette fonction, qu'il occupe depuis 1996, il supervise les domaines de la réglementation, de l'entraide administrative, des activités internationales ainsi que les procédures administratives menées par la CFB. Il est l'auteur de nombreuses publications traitant de la surveillance bancaire et boursière ainsi que du blanchiment de capitaux. Depuis 1995, il est co-éditeur (avec Luc Thévenoz) du recueil *BF 2001 – Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, fonds de placement et marchés financiers en Suisse*, 5<sup>e</sup> édition, Zurich (Schulthess) 2001, qui constitue une compilation de la réglementation et des principaux textes internationaux régissant le secteur bancaire et financier en Suisse.



## Sommaire

Avant-propos .....	5
Auteurs .....	7
Sommaire .....	11
Abréviations .....	13

### Jacques Malherbe et Olivier Hermand

Fiscalité européenne de l'épargne: antécédents communautaires .....	17
--	----

### Xavier Oberson

Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne .....	47
--	----

### Nicolas de Gottrau

Crédit documentaire et garantie bancaire: fraude dans l'accréditif à paiement différé et choix des parties citées dans les mesures provisionnelles .....	65
--	----

### Louis Gaillard

Les parties à la procédure sur mesure provisionnelle dans une relation de crédit documentaire – Commentaire de l'exposé de Nicolas de Gottrau .....	117
---	-----

### Luc Thévenoz

Jurisprudence civile récente .....	123
Annexe .....	139





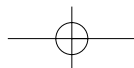
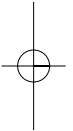
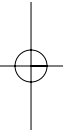
**Urs Zulauf et Marc Siegel**

Expérience et pratique de l'autorité de surveillance suisse  
face à l'abus du système financier par des personnes  
politiquement exposées ..... 141  
Annexes ..... 165

**Christian Bovet**

Lutte contre le terrorisme et autres développements récents  
dans la surveillance des intermédiaires financiers ..... 171

Table des matières ..... 203



## Abréviations

ACJ	Arrêt de la Cour de justice de Genève
aCst	Constitution fédérale du 29 mai 1874
AFC	Administration fédérale des contributions
al.	alinéa(s)
Archives	Archives de droit fiscal suisse
art.	article(s)
ASB	Association suisse des banquiers
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BBT	Berner Bankrechtstag
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BRI	Banque des règlements internationaux
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCI	Chambre de commerce internationale (Paris)
CDB 92	Convention relative à l'obligation de diligence des banques entre l'Association suisse des banquiers et les banques signataires du 1 <sup>er</sup> juillet 1992
CDI	Convention en vue d'éviter les doubles impositions
CEE	Communauté économique européenne
cep.	cependant
cf.	confer
CFB	Commission fédérale des banques (Suisse)
ch.	chiffre
CJ	Cour de justice
CLug	Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (RS 0.275.11)
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101)
DEM	Marks allemands
DFF	Département fédéral des finances
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (RS 313.0)
Ecofin	Conseil des ministres de l'Économie et des Finances

- éd. édition / éditeur(s)  
ég. également
- EIMP Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981 (RS 351.1)
- EU European Union (= UE)
- FATF Financial Action Task Force on Money Laundering (= GAFI)
- FF Feuille fédérale
- FJS Fiches juridiques suisses
- FSA Financial Services Authority (Royaume-Uni)
- FSF Forum de stabilité financière
- GAFI Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (= FATF)
- i.e. id est  
i.f. in fine  
i.i. in initio
- JdT Journal des Tribunaux (Lausanne)
- JIBL Journal of International Banking Law
- JIFM Journal of International Financial Markets
- JOCE Journal officiel des Communautés européennes
- LB Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
- LBA Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (RS 955.0)
- LBVM Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1)
- LDIP Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
- LFors Loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (RS 272)
- LFP Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31)
- LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence (éditeur, Paris)
- LIA Loi fédérale sur l'impôt anticipé du 13 octobre 1965 (RS 642.21)
- lit. lettre
- LOJ Loi d'organisation judiciaire genevoise du 22 novembre 1941 (RS-GE E.2.1)

## ABRÉVIATIONS

15

LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPC	Loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987 (RS-GE E 3 05)
LPO	Loi fédérale sur la poste du 30 avril 1997 (RS 783.0)
MOU	Memorandum of Understanding
N.	numéro marginal
n.	note
n° / no. / N°	numéro
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (RS 952.02)
obs.	observation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEIMP	Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale du 24 février 1982 (RS 351.11)
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)
OPCVM	Organisme de placement collectif en valeurs mobilières
OPO	Ordonnance sur la poste du 29 octobre 1997 (RS 783.01)
OREF	Ordre romand des experts fiscaux diplômés
p.	page
para.	paragraphe
PEP	Politically Exposed Person(s)
p.ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
réf.	références
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
rés.	résumé
Rev. Trim. Dr. Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RS	Recueil systématique des lois fédérales suisses (les textes publiés au Recueil systématique peuvent être consultés sous <a href="http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html">www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html</a> )
RS-GE	Recueil systématique de la législation genevoise
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (depuis 1990)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence

RUU	Règles et usances uniformes en matière de crédits documentaires. Publication n° 500 de la CCI, applicables à partir du 1 <sup>er</sup> janvier 1994
s.	et suivant(e)
SEC	Securities and Exchange Commission (États-Unis)
SJ	La Semaine judiciaire (Genève)
ss.	et suivant(e)s
SSJ	Société suisse des juristes
StR	Revue fiscale suisse
TC VD	Tribunal cantonal vaudois
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne
UE	Union européenne (= EU)
USD	Dollars américains
vol.	volume
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

## **Fiscalité européenne de l'épargne: antécédents communautaires**

Jacques Malherbe\* et Olivier Hermand\*\*

### **I. La place de la fiscalité directe dans le Traité de Rome**

Il est devenu banal de constater que le Traité instituant la Communauté européenne réservait peu de place à la fiscalité directe et que l'évolution des quarante-cinq années qui ont suivi n'a guère amélioré la situation.

L'article 94 du Traité permet au Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement et du Comité économique et social, d'arrêter des directives pour le rapprochement des dispositions des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. Les directives fiscales doivent donc être adoptées à l'unanimité par le Conseil, à la différence de la procédure prévue par l'article 95 du Traité pour les autres mesures relatives au rapprochement des dispositions des États membres, qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

Dans ce dernier cas s'applique en effet la procédure complexe de l'article 51 du Traité, dont le point de départ est une proposition de directive par la Commission au Parlement et au Conseil. Le Conseil statue à la majorité qualifiée, après avis du Parlement. Dans une hypothèse simple, si le Parlement ne propose aucun amendement ou si le Conseil approuve tous les amendements figurant dans l'avis du Parlement, la directive est adoptée. Dans les autres cas, toujours à la majorité qualifiée, le Conseil arrête une position commune et la transmet au Parlement européen. Une procédure subtile conduit, après intervention éventuelle d'un comité de conciliation, à l'adoption ou au rejet du projet, selon des modalités qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici.

---

\* Professeur à l'Université Catholique de Louvain; avocat, Stibbe, Bruxelles.

\*\* Avocat, Freshfields, Bruxelles.

Lors de l'adoption de l'Acte unique européen, il fut expressément prévu que les dispositions fiscales ne pourraient pas être harmonisées à la majorité qualifiée<sup>1</sup>. Les décisions fiscales relèvent ainsi davantage de la coopération intergouvernementale que du fédéralisme européen, au même titre d'ailleurs que les dispositions relatives à la libre circulation des personnes et aux droits des salariés.

Les motifs de cette exclusion sont évidents et prendront une importance particulière dans le domaine qui nous intéresse, celui de la fiscalité de l'épargne.

Il est difficile aux États membres, sur le plan politique, de rester responsables vis-à-vis des électeurs des dépenses publiques tout en consentant des limitations aux modalités de perception des recettes prévues dans leur législation fiscale. Jadis, on ajoutait que les États membres pouvaient poursuivre des objectifs sociaux ou économiques différents, ce qui ne paraît plus une réalité devant le consensus de fait des démocraties sociales et économiques de l'Europe d'aujourd'hui. Les États membres mettaient également en avant des nécessités techniques, déduites par exemple de l'accentuation différentielle des impôts directs ou indirects. Cette justification semble également dépassée. En revanche, de nouvelles contraintes naissent en raison de la régionalisation de certains impôts et de l'évolution interne des États membres vers le fédéralisme ou la régionalisation, porteuses de facteurs supplémentaires de différenciation fiscale qu'il ne faut pas sous-estimer, comme d'ailleurs de doubles impositions peu susceptibles de règlement par des conventions fiscales bilatérales ou multilatérales.

On objectera que l'harmonisation des impôts indirects, et particulièrement l'adoption de la taxe à la valeur ajoutée, ne s'est pas heurtée aux mêmes obstacles. Il s'agissait là d'un objectif nécessaire pour la réalisation de l'union douanière et de la zone de libre échange. Il en est de même de l'interdiction des taxes discriminatoires ou protectrices à l'égard des produits d'autres États membres<sup>2</sup>. On remarquera d'ailleurs que l'harmonisation des accises se heurte toujours à d'importantes difficultés, de même que l'adoption d'une éventuelle taxation sur l'énergie et des taxes anti-pollution.

<sup>1</sup> Traité instituant la Communauté européenne (ci-après Traité CE), art. 90, art. 95.2 (ex-art. 100A).

<sup>2</sup> Traité CE, art. 90 et 91, anciennement 95 et 96.

## II. Origine d'une intervention dans le domaine de la fiscalité de l'épargne

Les seules véritables avancées européennes en matière de fiscalité directe, à savoir les directives sur les fusions transfrontalières<sup>3</sup> et le régime des sociétés mères et filiales<sup>4</sup>, dues en 1990 à l'énergique intervention du commissaire Madame Christine Schrivener, ont un rapport lointain avec la fiscalité de l'épargne dans la mesure où celle-ci s'investit en actions et est dès lors intéressée aux distributions fluides de dividendes au sein de groupes européens et à la possibilité d'échange d'actions dans le cadre de fusions ou de prises de contrôle.

Les recommandations du rapport Ruding quant à l'approfondissement de ces mesures n'ont pas été suivies d'effet.

Reste le grand domaine de l'investissement et de l'épargne. On distingue traditionnellement l'investissement direct (*Foreign Direct Investment* – FDI), lié au transfert à l'étranger de capital financier ou technologique, et l'investissement financier ou de portefeuille, en dépôts bancaires ou en titres, le premier étant caractérisé par le long terme et le second par le court terme.

En ce qui concerne l'investissement direct, la Commission s'est préoccupée de l'introduction d'une proposition de directive supprimant les retenues à la source sur les intérêts et les redevances payés entre sociétés d'un groupe, dans la même ligne que la suppression des retenues à la source sur dividendes transfrontaliers entre filiales et mères, sur base de l'idée que l'imposition de ces revenus aurait lieu dans l'État membre de la résidence de la société bénéficiaire. Un régime transitoire permettrait le maintien de retenues à la source dans les États membres largement importateurs de capitaux.

En ce qui concerne la fiscalité de l'investissement financier, à savoir de l'épargne, la Communauté européenne s'est trouvée confrontée à deux mouvements, l'un économique et global, l'autre juridique et interne à la Communauté.

<sup>3</sup> Directive 90/434/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, JOCE 1990 L 225, p. 1.

<sup>4</sup> Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, JOCE 1990 L 225, p. 6.





La globalisation de l'activité financière mondiale ne doit pas être décrite ici. Accompagnée des avancées technologiques du commerce électronique, elle a conduit, en deux décennies, à la création d'un marché mondial de l'épargne qui n'existait pas précédemment, confrontant les fiscaux nationaux à des problèmes jusque-là inconnus et les privant de la maîtrise relative qu'ils avaient de la fiscalisation de leur épargne nationale.

Simultanément, au sein de la Communauté européenne, a été réalisée la libération des mouvements de capitaux, longtemps différée ou partiellement réalisée, objet de la directive du 24 juin 1988 portant libération complète des mouvements de capitaux au sein de la Communauté européenne<sup>5</sup>, entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1990, puis de l'article 56 du Traité<sup>6</sup>. Cette libération implique la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux entre États membres et entre États membres et pays tiers. Disparurent ainsi les systèmes de contrôle des changes et de déclarations qui permettaient aux fiscaux nationaux soit d'assurer l'investissement dans le pays de l'épargne local, soit de contrôler ces mouvements et de s'assurer ainsi le droit de les imposer par des mesures de contrôle efficaces.

Potentiellement se créait ainsi un risque de déplacement de l'épargne et un risque de non-imposition.

En règle générale, le droit d'imposer les intérêts est partagé entre l'État de la résidence et l'État de la source. L'État de la résidence impose, l'État de la source perçoit une retenue à la source et celle-ci fait en principe l'objet d'une imputation sur l'impôt dû dans l'État de la résidence. Dans le marché, les emprunteurs de pays imposant une retenue à la source se trouvent obligés *de facto* de majorer l'intérêt servi aux investisseurs d'un montant compensant plus ou moins complètement cette retenue. Afin d'attirer les capitaux, il est dès lors généralement renoncé à cette retenue en faveur des non-résidents.

Cette course vers le bas (*race to the bottom line*) se communique des États de la source aux États de la résidence. Ceux-ci, afin de conserver dans le pays un certain volume d'épargne nationale, ont été amenés, dès l'entrée en vigueur de la libération des mouvements de capitaux et même

<sup>5</sup> Directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité, JOCE 1988 L 178, p. 5.

<sup>6</sup> Ex-art. 73B.

avant, à abaisser les impôts sur les produits d'épargne et, souvent, à les rendre proportionnels, parfois à un taux égal à celui de la retenue à la source de droit interne<sup>7</sup>, abandonnant ainsi l'impôt global en faveur d'un impôt cédulaire. Plus récemment, on a même vu naître des systèmes combinant impôt sur le revenu et impôt sur la fortune, aux termes desquels le revenu taxé n'est plus le revenu réel de l'épargne, mais un rendement forfaitaire du patrimoine<sup>8</sup>.

L'instauration, entre douze États membres, de la monnaie unique, bien entendu non encore prévue à l'époque, permet de rendre encore plus visibles les différences fiscales et élimine les risques de change entre les États concernés.

Les États membres conservent toutefois le droit d'appliquer les dispositions de leur législation fiscale qui établissent des distinctions entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis. Ils peuvent également prendre toutes mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois fiscales<sup>9</sup>.

L'idée d'harmoniser l'imposition des produits de l'épargne, des dividendes, voire même de l'impôt des sociétés, véhicules de l'investissement, a de tout temps trouvé, sans aucun effet concret, un écho dans les grands textes européens<sup>10</sup>. Dans le premier combat entre libération des capitaux et fiscalité de l'épargne, les partisans de la fiscalité sortirent perdants. La libération des mouvements de capitaux par la directive de 1988 fut adoptée sans aucune mesure préalable destinée à assurer la taxation des intérêts. Tout au plus était-il prévu que la Commission présenterait au Conseil au plus tard le 31 décembre 1988 des propositions

<sup>7</sup> Belgique, 15%.

<sup>8</sup> Régime néerlandais en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

<sup>9</sup> Traité CE, art. 58. A.M. GARCIA-MONCÓ, *L'article 58 du Traité: une réserve de souveraineté fiscale face à la libre circulation des capitaux*, thèse Université Libre de Bruxelles, Faculté de Droit, 1999-2000, 2 vol., sous la direction du Prof. M. DASSESSE.

<sup>10</sup> Rapport Neumark, 1962; Rapport Segré, 1966; Plan Werner, 1970. Sur la divinité des législations nationales, cf. p.ex. *The Taxation of Savings, A Study Prepared by the Tax Committee of the Confédération Fiscale Européenne*, Eur. Tax., 1997, p. 181; *La Fiscalité de l'épargne en Europe*, Colloque anniversaire, École supérieure des sciences fiscales, Bruxelles, 20 novembre 1998; C. LAROCHE et J. SPINDLER, "L'évolution de la fiscalité de l'épargne et la construction européenne: le cas de la France", Rev. franç. fin. publ., 1999, n° 68.

à cette fin<sup>11</sup>. Le 10 février 1989, la Commission présenta une proposition de directive relative à un régime commun de retenue à la source sur les intérêts<sup>12</sup>. Une retenue à la source minimum de 15% était proposée. Simultanément, il était proposé de modifier la directive relative à l'assistance mutuelle entre autorités compétentes des États membres. En effet, aux termes de cette directive, l'information pouvait être refusée dès lors que l'État membre n'aurait pu l'obtenir dans l'ordre interne, par exemple en raison du secret bancaire. Elle pouvait aussi être refusée en cas d'absence de réciprocité. Dès lors, en fait, un État membre dans lequel existait le secret bancaire refuserait de fournir l'information à son voisin. Celui-ci refuserait à son tour la communication d'informations équivalentes.

Il était déjà prévu que les États membres pouvaient se dispenser de la retenue à la source à condition de la remplacer par un régime de déclaration automatique des intérêts à l'administration fiscale. Les résidents d'États tiers pouvaient également être exemptés de la retenue à la source. Cette proposition fut vivement critiquée par de nombreux États membres. Certains soulignaient le risque de délocalisation de l'épargne vers les États tiers, d'autres avançaient déjà qu'un système de déclaration obligatoire des revenus de capitaux à l'administration fiscale, comme celui qui existait en France, était plus efficace et que l'imposition simultanée d'une retenue à la source imposerait aux banques une charge administrative supplémentaire et inutile.

Le coup de grâce fut probablement porté au système par l'énorme délocalisation de placements qui se produisit de l'Allemagne vers le Luxembourg après l'introduction en Allemagne d'une retenue à la source sur intérêts en 1989. La proposition fut retirée.

Il avait également été proposé, sur le plan de l'assistance administrative, que celle-ci ne puisse être refusée en présence de raisons permettant de présumer le transfert vers un État membre de fonds importants sans déclaration des revenus correspondants.

<sup>11</sup> Directive 88/361/CEE, art. 6.5: "La Commission soumettra au Conseil, au plus tard le 31 décembre 1988, les propositions visant à supprimer ou à atténuer les risques de distorsion, d'évasion ou de fraude fiscale liés à la diversité des régimes nationaux concernant la fiscalité de l'épargne et le contrôle de leur application.

Le Conseil devra se prononcer sur les propositions de la Commission au plus tard le 30 juin 1989. Toutes dispositions fiscales de caractère communautaire devraient être adoptées, conformément au Traité, à l'unanimité".

La lecture de ce texte est particulièrement ironique à l'heure actuelle.

<sup>12</sup> COM(1989) 60 final, JOCE 1989 C 141.

### III. Le “paquet” fiscal

L'approche individuelle des problèmes fiscaux avait échoué. Apparut alors l'idée, très politique, de les globaliser pour démontrer l'avantage économique d'un ensemble de mesures, compensant les inconvénients que certaines pouvaient faire craindre individuellement. En 1996, dans deux documents successifs, séparés par la réunion du Conseil Ecofin de Verone du 13 avril 1996 et les travaux d'un groupe de haut niveau suscité par ce Conseil, la Commission<sup>13</sup> soulignait que la diversité des régimes fiscaux nationaux applicables à l'imposition des revenus de l'épargne et notamment le traitement favorable réservé aux intérêts payés à des non-résidents provoquait des distorsions économiques et une érosion fiscale génératrice, par substitution, d'une imposition exagérée des revenus du travail, ayant un impact négatif sur l'emploi.

À la suite d'une nouvelle réunion informelle des Ministres des finances à Mondorf-les-Bains en septembre 1997, la Commission, dans deux communications successives, l'une au Conseil<sup>14</sup> et l'autre au Conseil et au Parlement<sup>15</sup>, proposa des mesures dans trois domaines, mesures entre lesquelles des liens ténus apparents étaient établis en termes de réduction de la concurrence fiscale, de pertes de recettes fiscales et d'orientation des structures fiscales vers l'emploi:

- un code de conduite destiné à éliminer, en matière de fiscalité des entreprises, les régimes fiscaux préférentiels existant dans l'Union européenne, tout en prévoyant le cas échéant une action de la Commission sur base de l'interdiction par l'article 87 du Traité des aides d'État en matière fiscale<sup>16</sup>;
- un régime de compromis sur l'imposition en Europe des revenus d'épargne des non-résidents;

<sup>13</sup> *La fiscalité dans l'Union européenne*, 20 mars 1996, S.E.C.(1996) 187 final; *La fiscalité dans l'Union européenne. Rapport sur l'évolution des systèmes fiscaux*, 22 octobre 1996, COM(1996) 546 final.

<sup>14</sup> *Vers une coordination en matière fiscale dans l'Union européenne. Un paquet de mesures contre la concurrence dommageable en matière fiscale*, 1<sup>er</sup> octobre 1997, COM(1997) 495 final.

<sup>15</sup> *Un ensemble de mesures pour lutter contre la concurrence fiscale dommageable dans l'Union européenne*, 5 novembre 1997, COM(1997) 564 final.

<sup>16</sup> Cf. notamment J. MALHERBE, “Concurrence fiscale dommageable et paradis fiscaux”, *Journal des Tribunaux* (belge), 2001, p. 57.

- un régime commun applicable aux paiements transfrontaliers d'intérêts et de redevances entre entreprises.

Ces orientations furent adoptées par le Conseil Ecofin du 1<sup>er</sup> décembre 1997, dont les conclusions furent publiées<sup>17</sup>. Ces conclusions étaient accompagnées de deux annexes. La première constituait l'adoption d'un Code de Conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises<sup>18</sup> décidant la création d'un groupe d'évaluation des mesures fiscales pouvant entrer dans le champ d'application de ce Code<sup>19</sup>. L'annexe 2, intitulée "Fiscalité de l'épargne", établissait les éléments de base d'une proposition que la Commission était invitée à présenter au Conseil.

Le champ d'application de la proposition de directive serait limité aux intérêts versés à des particuliers résidents d'un autre État membre que l'État de la source. Elle serait fondée sur le modèle de la coexistence, impliquant le choix entre l'application d'une retenue à la source et la fourniture d'informations aux autres États membres sur les revenus de l'épargne, éventuellement combinées et sous le bénéfice d'une clause de réexamen. Les retenues à la source seraient effectuées par l'établissement payeur. La proposition devrait tenir compte de la nécessité de préserver la compétitivité des marchés financiers européens à l'échelle mondiale. Il serait dès lors indiqué de promouvoir l'adoption des mêmes mesures dans les États tiers, les États membres s'engageant par ailleurs à les faire introduire dans leur territoire dépendants ou associés.

À cette occasion, certains États membres firent des déclarations contenant déjà des germes de destruction. La délégation britannique estima que la directive ne devrait pas s'appliquer aux eurobonds et aux instruments similaires. La délégation française exigea un taux de retenue à la source de 25% au moins. La délégation néerlandaise déclara sa préférence pour l'imposition de l'épargne dans l'État de résidence et la délégation luxembourgeoise son désir de voir la fiscalité de l'épargne réglée

<sup>17</sup> Conclusions du Conseil Ecofin du 1<sup>er</sup> décembre 1997 en matière de politique fiscale, 98/C 2/01, JOCE 1998 C 2, p. 1.

<sup>18</sup> Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 1997 sur un Code de Conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises.

<sup>19</sup> Le rapport de ce groupe a été ultérieurement publié: Rapport du groupe "Code de Conduite" (Fiscalité des entreprises) au Conseil Ecofin du 29 novembre 1999, Communiqué de presse, Bruxelles, 29 février 2000, n° 4901/99 (Groupe Primarolo).

en même temps que les régimes généraux de fiscalité des entreprises dans les États membres. Quant aux délégations belge, italienne et portugaise, elles lièrent leur accord sur la directive en matière de fiscalité de l'épargne à la directive concernant les paiements d'intérêts et de redevances entre entreprises<sup>20</sup>. En 1998, la Commission présentait une proposition de directive visant à garantir un minimum d'imposition effective des revenus de l'épargne sous forme d'intérêts à l'intérieur de la Communauté, conformément au modèle de coexistence et prévoyant une retenue à la source minimum de 20%<sup>21</sup>.

Sans surprise, les États membres se divisèrent sur cette proposition. La France, l'Allemagne et l'Italie, en raison de leur haut niveau d'imposition, étaient favorables à une harmonisation européenne des règles d'imposition de l'épargne, victimes qu'elles étaient d'une importante évasion fiscale de leurs résidents vers d'autres États membres où l'épargne est faiblement imposée<sup>22</sup>. Le Royaume-Uni – appuyé par le Luxembourg – était traditionnellement opposé à une harmonisation fiscale, qu'il voyait se réaliser toujours vers le haut et en opposition aux intérêts financiers de la place de Londres. Il était particulièrement opposé à l'application de la directive aux produits des eurobonds, qui avaient été exemptés dans la proposition de 1989, et soulignait à cet égard deux inconvénients<sup>23</sup>. Si une retenue à la source est introduite, d'après les clauses usuelles d'émission des eurobonds, le titulaire de l'obligation

<sup>20</sup> JOCE 1998 C 2, p. 2.

<sup>21</sup> COM(1998) 295 final du 20 mai 1998; J.S. TELES DE MENEZES CORREIA LEITÃO, "A proposta de directiva de tributação a forma de juros, Estudo de Direito Fiscal Europeu proposto", in *Colóquio: os efeitos da globalização na tributação do rendimento e da despesa*, Cadernos de crência e técnica fiscal, n° 188, p. 187; cf. A.P. DOURADO, "The EC Draft Directive on Interest from Savings from a Perspective of International Tax Law", *EC Tax Review*, 2000, p. 146; P. VALENTE et G. ROLLE, "The Saving Directive: Recent developments – Brussels Agreement", T.P.I. European Union Focus, février 2001, p. 19; Fiscalité de l'Épargne: Taxation européenne, Chronique, Bull. Eur. Intern. Francis Lefebvre, 1-2001, p. 3; M. GÉRARD, "Une Europe fiscale en 2010?", R.G.F. 2000, p. 225; R. KAISER, "L'accord des quinze sur la fiscalité de l'épargne obtenu sous la présidence française", *Euredia*, 2000, p. 321.

<sup>22</sup> Conseil des Impôts, La fiscalité des revenus de l'épargne, 17<sup>e</sup> rapport au président de la République, 1999, p. 159; G. MONTAGNIER, Harmonisation fiscale européenne (mars 1997 – mars 1999), Rev. Trim. Dr. Eur., 1999, p. 748.

<sup>23</sup> H.M. Treasury, *International Bonds and a Draft Directive on Taxation of Savings. A Paper by the United Kingdom*, septembre 1999; S. BELL, "E.U. Directive on the Taxation of Savings Income", *British Tax Review*, 2001, p. 262; G. HARROVER, "The European Union's Proposed 'Withholding Tax Directive' and its Potential Effect on the Eurobond Market", J.I.B.L., 1999, p. 164.

peut demander que l'intérêt qui lui est versé soit augmenté (*grossed up*) du montant dont il est privé par la retenue à la source. Il est vrai que cette retenue, d'après la proposition de directive, pouvait être évitée en fournissant à l'agent payeur un certificat attestant qu'il avait informé l'autorité fiscale de son État de résidence des intérêts à recevoir<sup>24</sup>. De plus, d'habitude, la clause ne vise que les retenues à la source imposées par un État membre. En l'espèce, la retenue aurait été imposée par une directive européenne. Toutefois, cette directive requérait des mesures législatives nationales pour être mise en vigueur, ce qui l'aurait vraisemblablement fait entrer dans le champ d'application des clauses conventionnelles.

Par ailleurs, au cas où une clause de "*gross up*" est appelée à jouer, l'émetteur peut en général racheter l'ensemble de l'émission.

Si l'on sait que le développement du marché londonien des eurobonds avait été largement dû à l'instauration aux États-Unis, en 1963, de l'*Interest Equalization Tax*, on comprend l'inquiétude londonienne<sup>25</sup>.

Le Royaume-Uni proposa notamment de n'appliquer le système de la directive qu'aux souscriptions d'une valeur inférieure à 40'000 euros, ce qui l'aurait vidé de sa substance. Les Conseils Ecofin des 8 et 21 novembre 1999 refusèrent de se rendre aux arguments britanniques: l'exclusion des eurobonds aurait accordé un tel avantage à ceux-ci qu'elle aurait pu assécher le marché accessible aux obligations d'État émises par les États membres.

Il n'en restait pas moins que la proposition introduisait dans le marché un facteur de déséquilibre. Au prix d'une retenue à la source de 20%, l'investisseur était attiré vers les États membres qui la pratiquaient au détriment des États membres pratiquant l'échange d'informations<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Projet de directive, art. 8.2 et 9.

<sup>25</sup> L'*Interest Equalization Tax* était un droit d'accises institué en 1963 aux États-Unis et destiné à décourager les investissements de portefeuilles hors des États-Unis. Il frappait notamment la souscription des obligations étrangères à des taux variant entre 0,79 et 11,25% en fonction de leur échéance. Depuis 1971, les sociétés américaines avaient la possibilité d'émettre des emprunts à l'étranger sans retenue à la source en exerçant une option soumettant alors les intérêts de leurs emprunts à l'*Interest Equalization Tax* si ces derniers étaient souscrits par des personnes physiques ou morales américaines. L'*Interest Equalization Tax* fut supprimé à dater du 30 juin 1974, l'exemption de retenue à la source étant toutefois maintenue (cf. G. GEST, *L'imposition des bénéfices des sociétés françaises aux États-Unis, Les rapports entre droit fiscal interne et conventions fiscales internationales*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 220).

<sup>26</sup> Sur les contradictions du modèle de coexistence, cf. aussi M. ROBSON, "The European Commission's Proposal for a Directive on Taxation of Savings Income", *The Offshore*

De plus, la retenue à la source bénéficiait à l'État membre qui la pratiquait, l'État de la résidence étant privé de toute recette.

L'opposition britannique allait être décisive. Lors du Conseil européen d'Helsinki des 10 et 11 décembre 1999 fut adoptée une vertueuse conclusion selon laquelle tous les résidents d'un État membre devraient payer l'impôt dû sur la totalité des revenus de leur épargne<sup>27</sup>.

Il fut dès lors facile au Royaume-Uni de défendre la supériorité du système d'échange d'informations sur celui de la retenue à la source<sup>28</sup>.

Simultanément, le Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE présentait un rapport examinant les moyens d'améliorer la coopération fiscale internationale relative à l'échange, à des fins fiscales, de renseignements détenus par les banques et les autres institutions financières<sup>29</sup>. Le Conseil européen de Santa Maria da Feira des 19 et 20 juin 2000 dégagait une unanimité. L'échange d'informations, sur une base aussi large que possible, serait l'objectif ultime. Pendant une période transitoire, un nombre limité d'États membres seraient autorisés à le remplacer par un système de retenue à la source, en transférant une part appropriée de leurs recettes à l'État de résidence de l'investisseur. Des discussions seraient envisagées avec les États-Unis et les principaux États tiers concernés (Suisse, Liechtenstein, Monaco, Andorre, Saint-Marin) afin de favoriser chez eux l'adoption de mesures équivalentes qui seraient également suscitées dans les territoires dépendants ou associés (Iles anglo-normandes, Ile de Man, Caraïbes). Les négociations avec les États tiers, notamment les États-Unis, auraient l'ambition de les amener au-delà de la pratique actuelle des traités bilatéraux. L'échange d'informations prévu par la directive est plus vaste que l'échange conventionnel. La définition des intérêts va au-delà de celle que contient la Convention-modèle de

---

*Taxation Review*, vol. I, 1998, p. 233; M. DASSESE, "Will the Proposed 'Taxation of Savings Income Directive' be the Victim of its Contradictions", *J.I.F.M.*, 1999, p. 78, *EC Tax Journal*, vol. 3, 1999, p. 175.

<sup>27</sup> Conclusions de la présidence, point 34.

<sup>28</sup> H.M. Treasury, *Exchange of Information and the Draft Directive on Taxation of Savings. The Paper by the United Kingdom*, février 2000.

<sup>29</sup> OCDE, *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales*, 2000. Parallèlement, l'OCDE avait publié deux rapports consacrés notamment aux activités financières: *Concurrence fiscale dommageable, Un problème mondial*, 1998; *Vers une coopération fiscale globale. Rapport pour la réunion du Conseil au niveau des Ministres de 2000 et recommandations du Comité des Affaires Fiscales. Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables*, 2000.



l'OCDE puisqu'elle couvre les produits de capitalisation<sup>30</sup>. Les travaux viseraient à l'adoption du paquet fiscal dans son ensemble<sup>31</sup>.

Le Conseil Ecofin réuni à Bruxelles les 26 et 27 novembre 2000 approuva l'essentiel de la nouvelle proposition de directive<sup>32</sup>. La proposition de 1998 fut dès lors retirée. Par procédure écrite, le 2 mars 2001, le Conseil Ecofin adopta en outre une clause de "grand-père", excluant de la future directive les revenus des titres de créance négociables se rapportant à des émissions dont les prospectus avaient été visés avant le 1<sup>er</sup> mars 2001 ou, en l'absence de prospectus, à des émissions réalisées avant cette date<sup>33</sup>, ce qui assura un succès certain à ces émissions. La nouvelle proposition de directive fut rendue publique le 18 juillet 2001<sup>34</sup>.

Ses tribulations n'étaient pas achevées. Le 13 décembre 2001, le Conseil Ecofin fut forcé de prendre en compte les réticences de certains États membres à conclure avant l'issue des négociations avec les États tiers. Le texte de juillet 2001 fut approuvé comme formant "l'intégralité des dispositions en matière de fiscalité de l'épargne en vue des négociations avec les pays tiers"<sup>35</sup>. Quant au texte final de la directive, son approbation fut différée jusqu'au 31 décembre 2002 au plus tard, sur la base d'un rapport du résultat de ces négociations.

#### IV. La fiscalité de l'épargne, version 2001

Le préambule de la future directive contient le préliminaire requis pour son adoption: l'objectif visé, à savoir l'imposition effective des retenues transfrontalières de l'épargne à l'intérieur de la Communauté, ne peut être réalisé de manière suffisante par les États membres en l'absence d'une coordination des régimes nationaux de fiscalité de l'épargne. Il est donc justifié de faire exception au principe de subsidiarité selon lequel la

<sup>30</sup> F. VANISTENDAEL, "Impact of European tax law on tax treaties with third countries", *EC Tax Review*, 1999 p. 167.

<sup>31</sup> Conclusions du Conseil européen de Santa Maria da Feira des 19 et 20 juin 2000, annexe IV.

<sup>32</sup> Conclusions du Conseil Ecofin des 26 et 27 novembre 2000.

<sup>33</sup> Conclusions supplémentaires du Conseil Ecofin adoptées le 2 mars 2001.

<sup>34</sup> Proposition de directive du Conseil visant à garantir une imposition effective, à l'intérieur de la Communauté, des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts (présentée par la Commission), COM(2001) 400 final.

<sup>35</sup> Communiqué de presse 15139/01 (Presse 465), <http://ue.eu.int/Newsroom>

Communauté n'intervient que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire<sup>36</sup>. Conformément au principe de proportionnalité également prévu par le Traité, l'action de la Communauté se limitera au minimum requis pour réaliser ces objectifs<sup>37</sup>.

### ***A. Champ d'application***

Le champ d'application de la directive se définit donc par rapport à trois paramètres essentiels: l'agent payeur, le bénéficiaire effectif, l'intérêt.

#### **1. Les notions d'agent payeur et d'opérateur économique**

La directive est un texte qui impose des obligations à l'agent payeur et non au contribuable final qui reste soumis aux obligations fiscales de son État de résidence. Il importe donc de définir en premier lieu l'agent payeur<sup>38</sup>. Préalablement, il faut définir la notion d'opérateur économique.

L'opérateur économique est toute personne physique ou morale qui paie ou attribue des intérêts dans le cadre de sa profession ou de son activité commerciale. Si la notion de paiement est claire, la notion d'attribution s'identifie à la collecte d'intérêts pour le compte du bénéficiaire effectif. L'opérateur économique est alors un "agent collecteur".

L'agent payeur est un opérateur économique qui paie ou attribue des intérêts au profit immédiat du bénéficiaire effectif, notion qui sera définie ci-après. C'est à cet agent payeur et non au débiteur des intérêts, par exemple la société émettrice des obligations, que la directive impose les obligations d'information ou de retenue à la source qui seront examinées plus bas. L'agent payeur peut être le débiteur de la créance productrice d'intérêts ou l'opérateur chargé par le débiteur ou le bénéficiaire effectif de payer les intérêts ou d'en attribuer le paiement.

<sup>36</sup> Traité CE, art. 5 (ex-art. 3B).

<sup>37</sup> *Idem*, art. 5, al. 2; cf. consid. 12 de la proposition.

<sup>38</sup> Projet de directive, art. 4.

Si plusieurs agents intermédiaires sont chargés de ces opérations, l'agent payeur s'identifie avec le dernier intermédiaire en contact immédiat avec le bénéficiaire effectif.

**a) *Extension: agent payeur au moment de la réception des intérêts***

Une certaine méfiance s'exerce à l'égard d'entités qui pourraient être des agents payeurs au sens général, à savoir qui payeraient ou qui attribueraient le paiement d'intérêts à des bénéficiaires effectifs mais qui, en l'absence d'une surveillance, prudentielle ou autre, des autorités pourraient échapper à cette obligation. Elles vont donc être considérées comme agents payeurs au moment de la réception des intérêts, avec pour conséquence qu'elles ne seront plus considérées comme des agents payeurs au moment où elles-mêmes payeront ou attribueront le paiement d'intérêts au profit de bénéficiaires effectifs.

Une telle entité ne sera un agent payeur par extension que si elle satisfait à trois tests cumulatifs:

- ne pas être une personne morale;
- ne pas voir ses bénéfices imposés en application du droit commun de la fiscalité des entreprises;
- ne pas être un organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) au sens de la directive 85/611/CEE<sup>39</sup>.

Aux fins de cette directive, on entend par OPCVM les organismes:

- dont l'objet exclusif est le placement collectif en valeurs mobilières des capitaux recueillis auprès du public et dont le fonctionnement est soumis aux principes de la répartition des risques, et
- dont les parts sont, à la demande des porteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de ces organismes. Est assimilé à un tel rachat ou remboursement le fait pour un OPCVM d'agir afin que la valeur de ses parts en bourse ne s'écarte pas sensiblement de leur valeur d'inventaire nette<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> JOCE 1985 L 375, p. 3.

<sup>40</sup> Projet de directive, art. 4.2.

Ces organismes peuvent revêtir la forme contractuelle ou de trust ou la forme statutaire<sup>41</sup>. Ces entités peuvent toutefois choisir d'être traitées comme des OPCVM en notifiant une option à l'État membre où elles sont établies. Les modalités de cette option seront fixées par les États membres<sup>42</sup>.

Dès lors qu'un opérateur économique paie des intérêts ou attribue le paiement d'intérêts à une entité considérée ainsi comme agent payeur, il informe l'autorité compétente (notion définie plus bas) de l'État membre où il est établi. Celle-ci transmet ces informations à l'autorité compétente de l'État membre où l'entité est établie.

Si l'opérateur économique et l'entité sont établis dans le même État membre, celui-ci prend les mesures nécessaires afin que l'entité satisfasse à ses obligations d'agent payeur<sup>43</sup>. En effet, la directive n'impose aucune obligation d'information à l'opérateur économique lorsqu'il est en rapport avec une entité établie dans le même État membre que lui.

## 2. Bénéficiaires

La directive n'impose d'obligations que lorsque le paiement d'intérêts a lieu en faveur d'un bénéficiaire effectif, c'est-à-dire une personne physique qui reçoit un paiement d'intérêts pour son propre compte. Il en sera ainsi si celle-ci ne peut fournir la preuve que ce paiement n'a pas été effectué pour son propre compte. Elle rapportera cette preuve en établissant qu'elle agit en l'une des qualités suivantes:

- en tant qu'agent payeur, autre qu'un agent payeur par extension;
- pour le compte d'une personne morale, d'une entité dont les bénéfices sont imposés en vertu du droit commun de la fiscalité des entreprises, d'un OPCVM au sens retenu précédemment ou d'un agent payeur par extension, dont la dénomination et l'adresse sont communiquées par elle à l'opérateur économique payeur qui, à son tour, les communique à son État membre d'établissement;

<sup>41</sup> Directive du Conseil du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPVCM), art. 1, JOCE 1985 L 375, p. 3.

<sup>42</sup> Projet de directive, art. 4.3.

<sup>43</sup> *Idem*, art. 4.4.

- pour le compte d'une autre personne physique, bénéficiaire effectif, dont l'identité est communiquée à l'agent payeur (voir ci-après pour les modalités de communication de cette identité).

**a) Devoir de vérification**

Si l'agent payeur dispose d'informations suggérant que la personne physique, bénéficiaire apparent, n'est pas le bénéficiaire effectif, il doit prendre des mesures raisonnables pour établir l'identité du bénéficiaire effectif. S'il n'est pas en mesure de l'identifier, il considère le bénéficiaire apparent comme le bénéficiaire effectif<sup>44</sup>.

**b) Identification du bénéficiaire effectif**

La directive ne prescrit que des normes minimales, les États membres étant libres de les étendre dans le respect du principe de proportionnalité, qui vise notamment ici à préserver la compétitivité des marchés financiers européens.

Si des relations contractuelles ont été établies avant la date prévue pour la transposition de la directive (actuellement 1<sup>er</sup> janvier 2004), l'agent payeur se contente du nom et de l'adresse du bénéficiaire, d'après les informations dont il dispose et qu'il a dû réunir en application de la directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, qui lui impose l'obligation de connaître son client<sup>45</sup>.

À partir de la date prévue pour la transposition de la directive, l'agent payeur devra ajouter à ces informations le numéro d'identification fiscale ou tout autre numéro d'identification du bénéficiaire ou, à défaut, sa date et son lieu de naissance. Plusieurs États membres attribuent un numéro d'identification fiscale unique (*Tax Identification Number* – TIN) à chaque contribuable.

<sup>44</sup> *Idem*, art. 2.2.

<sup>45</sup> Directive 91/308/CEE du 10 juin 1991, JOCE 1991 L 166, p. 77. Les établissements de crédit et les institutions financières exigent l'identification de leurs clients moyennant un document probant lorsqu'ils nouent des relations d'affaires ou pour toute transaction dont le montant excède 15'000 euros (art. 3) et conservent la copie ou les références des documents exigés pendant une période d'au moins cinq ans après la fin des relations avec leurs clients et, en ce qui concerne les transactions, pendant une période d'au moins cinq ans à partir de l'exécution des transactions (art. 4).

**c) *Établissement de la résidence du bénéficiaire effectif***

Pour les relations contractuelles établies avant le 1<sup>er</sup> juin 2001, l'agent payeur établit la résidence du bénéficiaire d'après les informations dont il dispose. S'il a respecté les obligations de la directive relatives à la prévention du blanchiment, il possède cette information, du moins si la transaction dépassait 15'000 euros.

En ce qui concerne les relations contractuelles ultérieures, il faut distinguer selon que le bénéficiaire possède un passeport ou tout autre document officiel communautaire ou un passeport ou document officiel d'un État tiers.

Dans le premier cas, le bénéficiaire devra fournir, s'il se déclare résident d'un État tiers, un certificat de résidence délivré par l'autorité compétente de l'État tiers. On veut éviter qu'une personne, supposée *a priori* être résident communautaire puisqu'elle dispose d'un passeport communautaire, prétende être résident d'un pays tiers.

Dans les autres cas, et notamment si le titulaire d'un passeport communautaire se déclare résident d'un État membre ou si le titulaire d'un passeport d'un État tiers se déclare résident de la Communauté ou d'un État tiers, l'agent payeur devra vérifier le domicile permanent, sans devoir nécessairement exiger un certificat de résidence. Ce sont les États membres qui établiront les modalités de vérification qui ne sont donc pas prévues par la directive. On pense à certaines règles nationales existant déjà dans le cadre de l'obligation de connaître son client: listes électorales, recours à des agences de renseignements commerciaux, factures d'un fournisseur de services, factures fiscales d'une autorité locale, relevés bancaires et même annuaires téléphoniques.

La directive n'entrera bien entendu en vigueur qu'à la date de sa transposition dans l'État membre. Toutefois, pour les relations contractuelles établies entre le 1<sup>er</sup> janvier 2001 et la date prévue pour la transposition, l'agent payeur devra vérifier la résidence des bénéficiaires selon la procédure plus lourde exposée ci-dessus. Il a donc tout intérêt à le faire dès à présent. Le texte semble considérer avec optimisme que les États membres respecteront la date prévue pour la transposition et n'enregistreront aucun retard.

### 3. Intérêts

#### a) *Intérêts en général*

Selon l'exposé des motifs de la future directive, l'intérêt est défini conformément à l'article 11.3 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE. Il s'agirait dès lors des revenus<sup>46</sup> de créances de toute nature, assortis ou non de garantie hypothécaire ou d'une clause de participation aux bénéfices du débiteur et notamment les revenus des fonds publics et des obligations d'emprunt, y compris les primes et lots.

Cette énumération, selon le modèle OCDE, est limitative et a pour but d'éviter une référence au droit national<sup>47</sup>. À part les extensions prévues dans la suite de la définition par la directive, il semble que le même raisonnement puisse s'appliquer ici. Il est expressément prévu en outre que les pénalisations pour paiements tardifs, comme dans le modèle OCDE, ne sont pas considérées comme des intérêts. Puisque la définition est limitative, les rentes viagères ne sont pas davantage visées<sup>48</sup>.

Le texte de l'OCDE prévoit une exception pour les intérêts excessifs, dépassant ceux qu'auraient convenus des parties indépendantes (*arm's length*). La partie excédentaire de ces paiements pourrait notamment être considérée comme un dividende à condition que l'article 9, relatif aux paiements entre entreprises associées, permette de l'ajouter aux bénéfices de l'entreprise qui l'accorde<sup>49</sup>. En l'absence d'une telle exception dans la directive, on ne pourrait appliquer cette disposition et exclure un tel montant du montant des intérêts. Paradoxalement, ce montant sera donc considéré éventuellement comme un dividende pour l'application de la convention bilatérale existant entre deux États membres et comme un intérêt pour l'application de la directive, ce qui pourrait donner lieu à une double perception de retenue à la source pendant la période transitoire (voir ci-après)<sup>50</sup>. Encore faut-il bien entendu que cet intérêt soit payé à

<sup>46</sup> Le projet de directive est tautologique puisqu'il parle ici d'intérêts (art. 6.1 (a)).

<sup>47</sup> OCDE, *Commentaire au modèle de convention concernant le revenu et la fortune* (ci-après Comm. OCDE), Paris 2001, art. 11.21.

<sup>48</sup> *Idem*, point 23.

<sup>49</sup> Projet de directive, art. 11.6.

<sup>50</sup> Comp. J. MALHERBE, *Droit fiscal international*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 437; K. VOGEL, *DBA-Doppelbesteuerungs-abkommen Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Munich, 1996, Ch. Beck, art. 1163C, p. 958.

une personne physique, bénéficiaire effectif, pour qu'il entre dans le champ d'application de la directive.

Quant aux obligations participatives, le critère essentiel de distinction entre intérêts et dividendes sera la soumission du capital aux risques de l'entreprise<sup>51</sup>.

En cas d'obligations souscrites au-dessus du pair, l'excédent du montant payé par le souscripteur sur le montant remboursable constitue un intérêt négatif qui doit être déduit des intérêts imposables<sup>52</sup>.

#### ***b) Intérêts courus ou capitalisés***

Sont également considérés comme des intérêts de créance les intérêts courus ou capitalisés obtenus lors de la cession, du remboursement ou du rachat des créances. Il s'agit de l'augmentation de valeurs des créances dont le revenu est par contrat constitué exclusivement ou pour partie de cette augmentation de valeur, l'intérêt à prendre en considération étant, dans ce cas, constitué de la différence entre le capital remboursé et le prix d'émission des titres. Tel est le cas d'obligations à coupons zéro, d'obligations émises en dessous du pair et d'autres créances similaires. Il est possible que de tels revenus ne soient pas considérés comme des intérêts en vertu de certaines législations nationales, encore que cette extension ait souvent été prévue par la loi fiscale.

Les États membres peuvent, pour tous ou certains de ces intérêts, demander aux agents payeurs établis sur leur territoire d'annualiser les intérêts sur une période ne pouvant dépasser une année et de traiter les intérêts ainsi annualisés comme paiement d'intérêts, alors même qu'aucune cession, rachat ou remboursement n'est intervenu pendant la période et que ni l'agent payeur ni le bénéficiaire ne disposent des fonds requis pour payer une retenue à la source éventuelle. Cette circonstance est bien entendu indifférente si l'obligation n'est que d'information, mais elle constitue une source de difficultés administratives<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Comm. OCDE, art. 11.19.

<sup>52</sup> *Idem*, art. 11.20; exposé des motifs de la directive, art. 6.1 a *in fine*.

<sup>53</sup> Projet de directive, art. 6.5.



**c) Revenus distribués par les OPCVM**

Seront considérés comme des intérêts les revenus provenant d'intérêts et payés par des OPCVM communautaires au sens de la directive relative à ces organismes ou par des organismes de placement collectif établis en dehors du territoire communautaire<sup>54</sup>. Une discrimination est donc établie entre les OPCVM communautaires et ceux d'États tiers. Parmi ceux-ci, figureront notamment les clubs d'investissement ou tout autre type d'instruments de placement collectif qui ne seraient pas visés, si ces organismes étaient communautaires, par la directive européenne. Sont également visés les intérêts payés par des entités qui auraient été des agents payeurs par extension au sens de l'article 4.2 du projet (voir ci-dessus), soumises aux obligations prévues par la directive au moment de la réception des intérêts et donc de leur paiement, mais qui ont eu recours à l'option qui leur permet d'être traitées comme des OPCVM<sup>55</sup>. Dans ce cas, c'est au moment de l'attribution des intérêts par ces entités que des obligations prévues par la directive doivent être respectées.

Il en sera ainsi même si l'OPCVM ou l'entité assimilée a reçu les intérêts par l'intermédiaire d'une entité qui aurait été un agent payeur par extension et n'aurait pas opté pour le statut d'OPCVM<sup>56</sup>.

Si un agent payeur ne dispose pas des éléments permettant de calculer la part d'intérêts contenus dans les distributions du fonds, le montant global des revenus est considéré comme paiement d'intérêts<sup>57</sup>.

Les États membres peuvent exclure de la catégorie des intérêts les revenus d'organismes dont les créances ne dépassent pas 15% de leur portefeuille<sup>58</sup>. Cette exclusion devrait être respectée par les autres États membres qui ne pourront dès lors demander aux agents payeurs établis sur le territoire de respecter la directive en ce qui concerne ces revenus. L'objectif est de permettre aux États membres d'exclure des organismes qui investissent principalement en actions mais qui peuvent détenir quelques créances à des fins de liquidités. C'est donc l'État du territoire où l'OPCVM est établi qui prendra la décision.

<sup>54</sup> Le territoire communautaire est défini conformément à l'article 299 du Traité CE (projet de directive, art. 7).

<sup>55</sup> Projet de directive, art. 4.3.

<sup>56</sup> *Idem*, art. 6.1 (c): approche dite du "couponnage".

<sup>57</sup> *Idem*, art. 6.2.

<sup>58</sup> *Idem*, art. 6.6: règle de *minimis*.

**d) Intérêts contenus dans les rachats de parts d'OPCVM de capitalisation**

Sont considérés comme des intérêts les revenus réalisés lors de la cession, du remboursement ou du rachat de parts ou d'unités dans les mêmes organismes que ceux visés sub 3 mais à condition qu'ils aient investi plus de 40% de leurs actifs dans des créances ou des parts et unités d'organismes remplissant eux-mêmes cette condition<sup>59</sup>. Si le seuil de 40% est atteint, la totalité du revenu sera considérée comme intérêt. Ce pourcentage sera établi en fonction de la politique d'investissement telle qu'elle est définie dans le règlement ou dans les documents constitutifs des organismes concernés ou, à défaut, en fonction de la composition réelle de leurs actifs<sup>60</sup>.

Si l'agent payeur ne dispose pas d'éléments concernant ce pourcentage, il est considéré comme supérieur à 40%.

Par une règle "*de minimis*", chaque État membre peut à nouveau exclure les organismes dont les créances ne dépassent pas 15% de leur portefeuille. De tels actifs seraient exclus de la cascade devant permettre à chaque stade de calculer, en cas d'investissement d'un OPCVM dans un autre, le pourcentage de 40%.

Le pourcentage de 40% sera abaissé à 15% au terme de la période de transition définie plus loin<sup>61</sup>. Le pourcentage de 15% semble en effet suffisant pour couvrir les besoins de liquidités d'un organisme investissant en actions.

#### **4. Autorité compétente**

L'autorité compétente est celle qui fera l'objet d'une notification par les États membres à la Commission. Pour les États tiers, il s'agit de l'autorité compétente aux fins de conventions bilatérales ou multilatérales en matière de fiscalité ou, à défaut, de toute autre autorité compétente pour délivrer les certificats de résidence à des fins de fiscalité<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> *Idem*, art. 6.1 (d).

<sup>60</sup> *Idem*, art. 6.8.

<sup>61</sup> *Idem*, art. 6.7.

<sup>62</sup> *Idem*, art. 5.



## ***B. Échange d'informations***

La future directive prévoit l'obligation pour l'agent payeur de communiquer à l'autorité compétente de l'État membre où il est établi une série d'informations<sup>63</sup> que cette autorité compétente communiquera à l'autorité compétente de l'État membre de résidence du bénéficiaire effectif<sup>64</sup>. Cette dernière information aura un caractère automatique et sera effectuée au moins une fois par an dans les six mois qui suivent la fin de l'exercice fiscal de l'État membre de l'agent payeur pour tous les paiements d'intérêts effectués au cours de cette année<sup>65</sup>. Ces délais devraient permettre aux États membres de pouvoir, le cas échéant, imposer les revenus concernés dans le respect de leurs délais d'imposition prévus par la législation nationale.

Il convient de préciser que l'obligation d'information imposée aux agents payeurs ne se substitue pas – ou à tout le moins n'empêche pas – d'éventuelles retenues à la source prévues par la législation nationale de l'État de résidence de l'agent payeur et, d'une manière plus générale, de l'État de la source.

L'article 17 du projet prévoit que la directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres prélèvent des retenues à la source, notamment de type "débitéur" (et autres que celles prévues à l'article 11 au titre d'exception au principe général de l'échange d'informations). On peut s'interroger sur la nécessité de cette précision dans le texte même de la directive dans la mesure où l'objectif est le souci d'assurer la taxation effective des intérêts dans l'État membre de résidence du bénéficiaire effectif des intérêts.

Les limites relatives à l'échange d'informations entre États membres, prévues par la directive concernant l'assistance mutuelle dans le domaine des impôts directs et indirects, ne s'appliquent pas en l'espèce<sup>66</sup>. Il s'agira en particulier de la faculté de ne communiquer d'informations que sur base de la réciprocité, déjà évoquée ci-dessus.

<sup>63</sup> *Idem*, art. 8.

<sup>64</sup> *Idem*, art. 9.

<sup>65</sup> *Idem*, art. 9.2.

<sup>66</sup> Art. 9.3 du projet de directive exclut en effet l'application de l'article 8 de la directive 77/799/CEE concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs et indirects, JOCE 1997 L 336, p. 15.



Les informations définies par la future directive constituent un minimum. Les États membres ne pourraient l'étendre au delà du principe de proportionnalité, toujours dans le souci de préservation de la compétitivité du marché financier européen.

Il faut distinguer les informations relatives aux bénéficiaires effectifs à l'agent payeur et aux revenus.

### **1. Bénéficiaire effectif**

Doivent être communiqués son identité, sa résidence, établie comme dit ci-dessus, ainsi que son numéro de compte ou à défaut l'identification de la créance génératrice des intérêts.

### **2. Agent payeur**

L'agent payeur doit communiquer son nom ou sa dénomination ainsi que son adresse.

### **3. Paiement d'intérêts**

#### ***a) Intérêts en général***

L'information portera sur le montant des intérêts payés ou crédités.

#### ***b) Intérêts courus ou capitalisés***

L'information portera sur le montant des intérêts ou sur le montant total de la cession, du rachat ou du remboursement. L'État membre déterminera l'option choisie. Elle s'appliquera aux intérêts courus ou capitalisés obtenus lors de la cession, du remboursement ou du rachat de créances<sup>67</sup> ainsi qu'aux revenus réalisés lors de la cession, du remboursement ou du rachat de parts ou d'unités dans les organismes ayant investi plus de 40% de leurs actifs en créances<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Projet de directive, art. 6.1 (b).

<sup>68</sup> *Idem*, art. 6.1 (d).



**c) Intérêts distribués par des OPCVM de distribution**

L'information portera sur le paiement d'intérêts ou sur le montant total de la distribution, qui peut inclure des revenus autres que des intérêts.

**d) Intérêts payés par un agent payeur par extension n'ayant pas exercé l'option d'être traité comme OPCVM**

L'entité communiquera le montant des intérêts revenant à chacun de ses membres, bénéficiaires effectifs et résidents d'un État membre autre que celui où l'entité est établie.

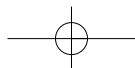
Si, en ce qui concerne les produits de capitalisation, un État membre a opté pour l'annualisation, le montant des intérêts annualisés devra lui être communiqué.

En ce qui concerne les États membres qui, pendant la période transitoire, peuvent substituer la retenue à la source à l'échange d'informations (Belgique, Luxembourg, Autriche), les autres États membres seront néanmoins obligés d'échanger avec eux des informations dans la mesure où ces États devront mettre en place une procédure permettant d'exclure la retenue à la condition de communication d'informations (voir ci-dessous).

**C. Retenue à la source**

Pendant une période de transition de sept ans à partir de la date d'entrée en vigueur de la directive, la Belgique, le Luxembourg ou l'Autriche peuvent substituer à l'échange d'informations la perception d'une retenue à la source au taux de 15% pendant les trois premières années de la période de transition et de 20% pour le reste de la période. Si, comme prévu actuellement, l'entrée en vigueur se situe au 1<sup>er</sup> janvier 2004, les taux seront donc les suivants:

du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 31 décembre 2006 15%  
du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 décembre 2010 20%



## 1. Assiette de la retenue

### a) *Retenues en général*

La retenue est calculée sur le montant des intérêts payés ou crédités.

### b) *Intérêts courus ou capitalisés ou revenus d'OPCVM de capitalisation ayant investi plus de 40% de leurs actifs en créances*

La retenue est perçue sur le montant des intérêts ou par des prélèvements d'effet équivalent sur le montant total du produit de la cession, du rachat ou du remboursement.

### c) *Intérêts compris dans les revenus distribués par les OPCVM de distribution*

La retenue est perçue sur le montant correspondant à la quote-part d'intérêt.

### d) *Intérêts payés à des agents payeurs par extension n'ayant pas opté pour le statut d'OPCVM*

La retenue est due sur le montant des intérêts qui reviennent à chaque membre de l'entité, bénéficiaire effectif établi dans un autre État membre et personne physique.

En cas d'option d'un État membre pour l'annualisation des intérêts courus ou crédités ou des produits de capitalisation, la retenue est perçue sur le montant des intérêts annualisés, ce qui pose le problème de liquidités évoqué ci-dessus<sup>69</sup>.

### e) *Proratisation*

Dans les cas visés au points a) et b) ci-dessus, la retenue fiscale est en principe prélevée au prorata de la période de détention de la créance par

<sup>69</sup> *Idem*, art. 11.2.

le bénéficiaire effectif. Si cette période de détention ne peut être déterminée par l'agent payeur, il considère que le bénéficiaire effectif a détenu la créance pendant toute la période d'existence de celle-ci, sauf si le bénéficiaire effectif fournit la preuve de la date d'acquisition.

## 2. Imposition dans l'État de résidence

L'État de résidence peut également imposer le bénéficiaire effectif conformément à son droit interne. Il est tenu d'éliminer la double imposition qui résulterait du prélèvement de la retenue fiscale. Cette obligation, prévue par la future directive<sup>70</sup>, est indépendante de celle, éventuellement plus limitée ou modalisée, qui serait prévue par les conventions fiscales bilatérales.

L'État de résidence accorde aux bénéficiaires un crédit d'impôt égal au montant de la retenue à concurrence de l'impôt dû pour de tels intérêts sur son territoire, conformément à son droit interne. Lorsque le montant de cette retenue fiscale est supérieur au montant de l'impôt dû, il rembourse l'excédent.

On remarquera que certains États membres, pratiquant une imposition cédulaire, comme la Belgique, refusent d'accorder le crédit d'impôt étranger pour l'imputer sur l'impôt national qui n'est que l'équivalent de la retenue à la source locale. La légalité de cette exclusion dépend de l'interprétation des conventions bilatérales. Ici, cette restriction semble exclue par la directive elle-même<sup>71</sup>.

En cas de cumul de retenues à la source, une retenue ayant été perçue en exécution de la directive et une autre en raison du droit interne de l'État de la source et de la convention bilatérale, cette autre retenue sera créditée en premier lieu. Il s'agit en particulier des retenues à charge du débiteur de l'intérêt, indépendantes de la retenue prévue par la directive à charge de l'agent payeur.

<sup>70</sup> *Idem*, art. 14.1.

<sup>71</sup> *Idem*, art. 14.2.

Exemple donné par l'exposé des motifs pour un placement de €100:

<b>État membre</b>	<b>Retenue à la source</b>
Débiteur dans État C	€ 15 dans État C
Agent payeur dans État A	€ 20 dans État A
	<b>Impôt dû</b>
Impôt dû dans État B	€ 25

L'État membre B doit procéder au calcul suivant:

$$€ 25 - 15 - 20 = -€ 10$$

Il doit ainsi rembourser € 10 au bénéficiaire effectif.

### 3. Autres retenues à la source

Les États membres peuvent prélever d'autres retenues à la source que la retenue prévue par la directive et ce, "dans le cadre de leurs dispositions nationales ou des conventions relatives à la double imposition"<sup>72</sup>.

Comme souligné ci-avant, la future directive ne visant que l'imposition effective des revenus de l'épargne dans l'État de résidence du bénéficiaire effectif, on peut se demander si cette précision dans le texte même de la directive est nécessaire. En outre, on remarquera que la référence aux conventions relatives à la double imposition est maladroitement rédigée dans la mesure où ces conventions ne départagent que le pouvoir d'imposition entre les États membres signataires sans pour autant créer une règle de droit positif.

### 4. Partage des recettes

Les États membres qui appliquent une retenue fiscale conservent 25% de la recette de cette retenue et en transfèrent 75% à l'État membre de résidence du bénéficiaire effectif des intérêts, au plus tard dans les six mois qui suivent la fin de leur exercice fiscal<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> *Idem*, art. 17.

<sup>73</sup> *Idem*, art. 12.



## 5. Exceptions au système de la retenue au bénéfice du système de l'information

Les États qui pratiquent la retenue doivent prévoir l'une de deux procédures permettant aux bénéficiaires effectifs d'éviter la retenue<sup>74</sup>. Dans la première, le bénéficiaire effectif autorise l'agent payeur à communiquer les informations prévues par la directive. Cette autorisation est valable pour trois ans et couvre tous les paiements d'intérêts à ce bénéficiaire effectif par cet agent payeur. Dans ce cas, l'État membre qui a reçu l'information la transmet, comme prévu par la directive, à l'État de résidence.

Dans la seconde procédure, le bénéficiaire effectif remet à son agent payeur un certificat établi par l'autorité compétente de son État membre de résidence et portant les mentions suivantes:

- nom, adresse et numéro d'identification fiscale ou, à défaut, date et lieu de naissance du bénéficiaire effectif;
- nom ou dénomination et adresse de l'agent payeur;
- numéro de compte du bénéficiaire effectif ou, à défaut, identification du titre de créance.

Ce certificat est valable pendant trois ans. Il doit être délivré à tout bénéficiaire effectif qui en fait la demande, dans les deux mois de la demande. Si les informations sur la base desquelles il est délivré sont modifiées, le bénéficiaire effectif ne peut plus s'en prévaloir et doit en demander un nouveau.

### *D. Dispositions spéciales*

#### 1. Clause de grand-père

Comme on a vu, les émissions d'obligations et d'autres titres d'emprunts négociables comportent fréquemment des clauses de brutage, par lesquelles l'émetteur s'engage à dédommager l'investisseur pour toutes retenues prélevées par l'État d'établissement de l'émetteur et de remboursement anticipé autorisant dans ce cas l'émetteur à racheter ou rappeler le titre au pair. Le prélèvement de la retenue fiscale autorisée

<sup>74</sup> *Idem*, art. 13.

pour certains États membres pendant la période transitoire risque de provoquer l'application de ces clauses.

Afin d'éviter une perturbation des marchés, il a été prévu que les obligations domestiques et internationales et les autres titres de créances négociables dont l'émission d'origine est antérieure au 1<sup>er</sup> mars 2001 ou pour lesquelles les prospectus d'émission ont été visés avant cette date par les autorités compétentes des États membres ou d'États tiers ne sont pas considérés comme des créances.

Afin d'éviter toute distorsion de concurrence entre agents payeurs, cette *clause maintien de la situation antérieure (Grandfathering)* est d'application, que l'agent payeur soit établi dans un État qui prélève une retenue fiscale ou dans un État qui pratique l'échange d'informations. Elle s'applique à tous les titres de créances négociables, qu'ils comportent ou non les clauses de brutage et de remboursement anticipé.

Par titres négociables, on entend tous les titres de créances qui peuvent être négociés librement sur le marché secondaire ou qui peuvent être transférés par leur détenteur sans l'accord préalable de l'émetteur: obligations domestiques internationales, euro-commercial papers, euro medium term notes et bons de caisse, par exemple.

Cette clause est assortie d'une *exception* applicable aux titres de créances négociables émis par un gouvernement ou une entité assimilée, c'est-à-dire un organisme public autorisé par un gouvernement à émettre un emprunt en tant qu'émetteur public, si une nouvelle émission est réalisée à compter du 1<sup>er</sup> mars 2002. En effet, en cas d'émission, il est courant d'accroître le volume des émissions existantes en procédant à une émission en continu (*tap*) de façon à accroître la liquidité de l'émission précédente. Cette nouvelle émission porte sur des titres interchangeable avec ceux de la précédente émission, l'ensemble étant négocié comme s'il provenait d'une seule émission.

Si un émetteur public procède à une telle réouverture, l'ensemble de l'émission, qu'elle soit antérieure au 1<sup>er</sup> mars 2001 ou réalisée à compter du 1<sup>er</sup> mars 2002, cesse de bénéficier de la clause de grand-père. On attend en effet des États membres et de leurs entités assimilées qu'ils renoncent à rappeler ou à racheter de telles émissions en application de clauses qui le leur permettraient.

En revanche, en ce qui concerne les émetteurs privés, la nouvelle émission ne bénéficierait pas de la clause de grand-père mais l'émission

d'origine ou toute autre émission faite avant le 1<sup>er</sup> mars 2002 continuerait à en bénéficier. On s'attend à ce que ces émetteurs privés facilitent l'application de la disposition en ne rendant pas les émissions ultérieures interchangeables avec des émissions précédentes et, par exemple, en les enregistrant sous un numéro d'enregistrement ISIN ou national différent de celui de la première émission<sup>75</sup>.

## 2. Organisations internationales

Les États qui prélèvent la retenue fiscale sont autorisés à exempter de l'obligation de la prélever les agents payeurs mandatés par les organisations internationales qui, aux termes d'accords internationaux, sont exonérées de l'obligation de prélever une retenue sur les paiements d'intérêts afférents aux créances qu'elles émettent. Il s'agit notamment des institutions suivantes:

- Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (BIRD);
- Société Financière Internationale (SFI);
- Banque Interaméricaine de Développement;
- International Investment Corporation;
- Banque Asiatique de Développement;
- Banque Africaine de Développement.

---

<sup>75</sup> *Idem*, art. 15.

## **Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne**

Xavier Oberson\*

### **I. Introduction**

La Suisse a toujours eu une attitude très réservée à l'égard de la fourniture d'informations fiscales vers des États étrangers. Dans l'arsenal des instruments de lutte contre la fraude fiscale (comprise dans son sens le plus large), l'échange de renseignements est généralement considéré comme une mesure peu efficace, coûteuse administrativement parlant, et incisive sur la sphère privée de l'individu. En revanche, le système de l'impôt anticipé, prélèvement de 35% non libératoire à la source sur certains rendements de capitaux mobiliers<sup>1</sup>, constitue une alternative plus fiable et moins interventionniste.

Cette approche est de plus en plus remise en question par de nombreux États et notamment l'Union européenne (UE). Dans ce contexte, la mise en œuvre envisagée du projet de directive communautaire sur l'épargne, dont une nouvelle version a été rendue publique récemment<sup>2</sup>, place la Suisse dans une position délicate. Cela d'autant plus que l'adoption par la Suisse de "mesures équivalentes" au projet de directive fait partie intégrante d'un second volet de négociations bilatérales avec l'UE.

Notre propos est d'analyser comment la politique traditionnelle de la Suisse en ce domaine peut trouver une solution harmonieuse face à ces importants développements. Après un bref rappel de la position traditionnelle de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux avec

---

\* Professeur à l'Université de Genève, avocat.

<sup>1</sup> Voir les art. 4 ss de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA) du 13 octobre 1965 (RS 642.21).

<sup>2</sup> Proposition de directive du Conseil, du 18 juillet 2001, visant à garantir une imposition effective, à l'intérieur de la Communauté, des revenus de l'épargne sous forme du paiement d'intérêts, COM(2001) 400.



l'étranger (II), on tentera de comparer l'approche helvétique, dont l'impôt fédéral anticipé constitue le fer de lance, avec celle préconisée par le projet de directive communautaire sur l'épargne (III). Cela fait, il sera alors possible de tracer quelques pistes permettant, éventuellement, de rapprocher, voire de coordonner les deux visions.

## II. La politique traditionnelle de la Suisse en matière d'échanges de renseignements fiscaux à l'égard de l'étranger

### A. *Le cadre des conventions de double imposition*

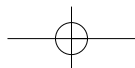
Dans le contexte conventionnel, la position de la Suisse en matière d'échange de renseignements demeure très restrictive<sup>3</sup>. Une assistance administrative existe avec les autorités compétentes des États parties à une convention de double imposition (CDI) avec la Suisse, mais uniquement dans le but d'assurer l'application d'un traité et non de mettre en œuvre des dispositions internes des États concernés. La Suisse a d'ailleurs fait une réserve à l'art. 26 du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE (ci-après Modèle OCDE). Elle entend limiter, en principe, l'échange de renseignements aux informations nécessaires à l'application de la convention<sup>4</sup>. Cette position rigide a subi récemment quelques modifications.

On rencontre une première entorse à cette règle dans la CDI avec la **France**, suite à la ratification de l'avenant du 22 juillet 1997<sup>5</sup>. Le chiffre VII du protocole additionnel à cet avenant précise en effet que les personnes morales qui sont des nationaux et des résidents de Suisse peuvent bénéficier de l'exonération de la taxe française – dite de 3% – sur la valeur vénale des immeubles sis en France. Toutefois, les autorités compétentes peuvent, en cas de doute, échanger des renseignements pour l'application de cette taxe, conformément à l'art. 28 par. 1, deuxième et troisième phrases, et par. 2 de la CDI.

<sup>3</sup> OBERSON X., *Précis de droit fiscal international*, Berne 2001, n. 698; LÜTHI D., "Informationsaustausch im Internationalen Steuerrecht der Schweiz", in *Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1993, p. 438.

<sup>4</sup> OCDE, *Commentaire au modèle de convention concernant le revenu et la fortune*, Paris 2001, n. 24 ad art. 26.

<sup>5</sup> L'avenant du 22 juillet 1997 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1998; RS 0.672.934.911.



Une exception plus importante existe en outre dans le cadre de la CDI avec les **États-Unis**. La nouvelle CDI de 1996<sup>6</sup> prévoit un échange de renseignements, non seulement nécessaires à l'application de la convention, mais aussi pour prévenir les fraudes fiscales et délits semblables en liaison avec des impôts visés par la convention (art. 26 par. 1, première phrase, CDI). Certes, une disposition semblable existait déjà dans l'ancienne CDI de 1951. La nouvelle teneur est toutefois plus précise et aussi plus large sur un point fondamental<sup>7</sup>.

Elle est plus *précise*, en ce sens que le terme de fraude fiscale est désormais défini à l'art. 9 du Protocole. Cette définition correspond à celle d'*escroquerie fiscale* au sens de l'art. 3 al. 3 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)<sup>8</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1983. L'art. 9 du Protocole reprend la jurisprudence rendue en matière d'EIMP, dès lors qu'il précise que le terme de "fraude fiscale" recouvre non seulement l'emploi de faux documents, mais aussi le comportement astucieux (*scheme of lies*). De surcroît – conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral –, le secret bancaire n'est pas opposable à une procédure fondée sur une escroquerie fiscale<sup>9</sup>.

Une *innovation* importante concerne la forme de l'assistance. La CDI de 1996 prévoit désormais l'envoi de *copies originales*. En conséquence, contrairement à la jurisprudence rendue sous l'empire de la CDI de 1951<sup>10</sup>, des documents conformes aux exigences du droit américain en matière de preuve peuvent être envoyés aux États-Unis.

Enfin, la formulation plus large du nouvel art. 26 de la CDI avec les États-Unis est en train, semble-t-il, d'être proposée dans le contexte de récentes négociations en échange de concessions. Ainsi un protocole modifiant la CDI avec l'Allemagne vient d'être paraphé, le 7 décembre 2001, qui prévoit l'extension de l'échange de renseignements aux cas

<sup>6</sup> Convention entre les États-Unis et la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu, du 2 octobre 1996, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

<sup>7</sup> OBERSON Xavier, "L'échange de renseignements selon la nouvelle convention de double imposition entre la Suisse et les États-Unis", in *RDAF* 1998 II, pp. 235 ss, 241 ss.

<sup>8</sup> RS 351.1.

<sup>9</sup> Art. 6 lit. d du Memorandum of Understanding (MOU). Le Tribunal fédéral avait déjà jugé en ce sens dans le cadre de la CDI de 1951, ATF 96 I 737, JdT 1971 I 571 ss. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voir AUBERT M. / BÉGUIN P.-A. / BERNASCONI P. / GRAZIANO-VON BURG J. / SCHWOB R. / TREUILLAUD R., *Le secret bancaire suisse*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1995, pp. 643 ss.

<sup>10</sup> ATF 101 Ib 160.



d'escroquerie fiscale, contre-balançée par un dégrèvement intégral de l'impôt à la source sur des participations déterminantes.

## ***B. L'entraide judiciaire internationale***

### **1. Éléments essentiels**

Traditionnellement, la Suisse n'entendait pas assurer l'entraide judiciaire en matière fiscale. Une brèche a été introduite, pour la première fois, dans le cadre du traité d'entraide judiciaire entre la Suisse et les États-Unis du 25 mai 1973, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1977. Ce traité, actuellement en voie de révision, prévoit toutefois une entraide judiciaire en matière fiscale limitée au domaine du crime organisé. De surcroît, il pose des conditions sévères devant démontrer la nécessité de cette entraide. Cette voie ne semble guère avoir été utilisée en pratique<sup>11</sup>.

En revanche, en présence d'une *escroquerie fiscale*, l'entraide internationale en matière pénale peut être obtenue, sur la base de l'EIMP. Dans cette hypothèse, le secret bancaire n'est plus opposable aux investigations qui sont conduites par des autorités pénales. En matière fiscale, l'entraide est toutefois limitée à la troisième partie de la loi, ce qui exclut notamment la procédure d'extradition.

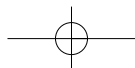
L'accord du 10 septembre 1998 entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et d'en faciliter l'application<sup>12</sup> – dont la mise en œuvre bute sur certains problèmes<sup>13</sup> – prévoit également une entraide judiciaire si la procédure vise des faits qui constituent une *escroquerie en matière fiscale* telle que définie par le droit de l'État requis (art. II par. 3). Cette norme ne modifie pas la politique d'entraide de la Suisse puisque la notion d'escroquerie fiscale correspond à celle déjà appliquée sur la base de l'art. 3 al. 3 EIMP<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> ZIMMERMANN R., *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berne 1999, p. 319.

<sup>12</sup> FF 1999 1409.

<sup>13</sup> Cet accord a été approuvé par le Parlement fédéral le 20 avril 1999, mais son entrée en vigueur pose encore des difficultés, compte tenu de nouvelles conditions formelles posées par la législation italienne.

<sup>14</sup> BERNASCONI P., "Schweizerisches Bankgeheimnis und ausländischer Fiskus bei der internationalen Rechts- und Amtshilfe", SJZ 1999, pp. 401 ss, 403.



## 2. La clé du système: l'escroquerie fiscale

On constate ainsi que le concept d'escroquerie fiscale est la **clé** de l'entraide fiscale. Il existe une parfaite coordination entre la définition de l'art. 26 CDI États-Unis et celle de l'EIMP (art. 3 al. 3). Savoir si l'on est en présence d'une escroquerie fiscale se détermine uniquement d'après le droit interne de l'État requis<sup>15</sup>. Dans le cadre de l'EIMP, il y a *escroquerie fiscale* lorsque l'auteur, par son comportement astucieux, a eu pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important représentant une contribution, un subside ou autres prestations ou de porter atteinte d'une autre manière à leurs intérêts pécuniaires<sup>16</sup>. L'escroquerie fiscale est donc fondamentalement une soustraction d'impôt qualifiée, c'est-à-dire réalisée au moyen d'une *tromperie astucieuse* de l'autorité fiscale, typiquement par l'emploi de machinations, de manœuvres, ou de ce que l'on appelle un édifice mensonger (*Lügengebäude*) du contribuable<sup>17</sup>. Si, selon la jurisprudence, la remise, à l'autorité fiscale, de titres inexacts ou incomplets constitue toujours une escroquerie fiscale – en raison de la foi particulière qui est attachée à ce type de documents –, il peut aussi y avoir une escroquerie fiscale:

(...) lorsque l'intéressé recourt à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène (par exemple par la production d'une correspondance fictive, ou l'interposition d'une société de complaisance), ou lorsqu'il fait de fausses déclarations dont la vérification ne serait possible qu'au prix d'un effort particulier ou ne puisse raisonnablement être exigée, ou lorsqu'il dissuade la victime de les contrôler, prévoit qu'un tel contrôle ne pourrait se faire sans grand peine ou mise sur un rapport de confiance.<sup>18</sup>

### C. Fondements de la politique suisse

La conception suisse repose, fondamentalement, sur trois idées maîtresses. En premier lieu, les conventions de double imposition n'ont pas pour but de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, mais tendent à

<sup>15</sup> ATF 117 Ib 53.

<sup>16</sup> Voir l'art. 24 al. 1 de l'ordonnance sur l'EIMP (OEIMP) qui renvoie à l'art. 14 al. 2 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA) du 22 mars 1974 (RS 313.0).

<sup>17</sup> ATF 125 II 252. Voir aussi POPP P., *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle 2001, pp. 121 ss.

<sup>18</sup> ATF du 24 mai 2000, p. 8; voir aussi ATF 125 II 250.



*éviter les doubles impositions* internationales<sup>19</sup>. Cette conception n'est pas nécessairement partagée par nos voisins – et notamment par l'OCDE –, qui voient également dans une CDI un instrument privilégié de lutte contre la fraude fiscale internationale.

En second lieu, la légitime lutte contre l'évasion fiscale peut tout aussi bien s'effectuer par d'autres moyens, notamment par un mécanisme de *retenue à la source* sur les rendements de capitaux mobiliers. L'impôt fédéral anticipé, frappant les rendements de capitaux mobiliers, les gains de loteries et certaines prestations d'assurances, tend à sa manière à lutter contre l'évasion fiscale. Cet impôt, dont le taux de 35% est un des plus élevés au monde, n'est remboursé qu'aux bénéficiaires résidents de Suisse qui déclarent régulièrement les rendements grevés de l'impôt. Pour les résidents étrangers, un remboursement partiel (voire intégral) n'entre en ligne de compte qu'en application d'une éventuelle CDI. Dès cet instant, un échange de renseignements est alors possible entre l'autorité de l'État de résidence du requérant et la Suisse, afin d'assurer la bonne application du traité. L'impôt anticipé a ainsi pour effet de décourager les contribuables bénéficiaires des rendements grevés à éluder l'impôt.

En troisième lieu, selon la conception helvétique, la procédure de taxation est *focalisée sur le contribuable* qui est l'interlocuteur privilégié du fisc<sup>20</sup>. Ainsi, en droit interne, le secret professionnel protégé légalement, soit notamment le secret bancaire, dont la transgression est réprimée pénalement à l'art. 47 LB, est opposable aux autorités fiscales dans le cadre de la procédure de taxation et de répression de la soustraction d'impôt.

<sup>19</sup> OBERSON X. (n. 3), § 1, ch. 35; WALDBURGER R., "Entraide administrative et judiciaire internationale", in OREF (éd.), *Les procédures en droit fiscal*, Berne 1997, pp. 293 ss, 295; GRÜNIGER H. / KELLER A.H., "Internationale Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch", in *Archives* 60 (1991/92) p. 518.

<sup>20</sup> AUBERT / BÉGUIN / BERNASCONI / GRAZIANO-VON BURG / SCHWOB / TREULLAUD (n. 9), p. 216.

### III. Coordination de la position helvétique avec le projet de directive européenne sur l'épargne

#### A. *Le projet communautaire de directive sur l'épargne (rappel)*

##### 1. Historique

La Commission a présenté, le 20 mai 1998, une proposition de directive visant à garantir un minimum d'imposition effective des revenus de l'épargne sous forme d'intérêts à l'intérieur de la Communauté<sup>21</sup>. Cette proposition était fondée sur le modèle dit de *coexistence*, dans le cadre duquel chaque État membre doit opter, soit pour une retenue à la source, soit communiquer aux autres États membres des informations sur les revenus de l'épargne.

Cette proposition a notablement évolué au Conseil européen de Feira des 19 et 20 juin 2000. En substance, il a été décidé que l'objectif politique était d'aboutir à l'échange de renseignements. Selon ce compromis, le modèle de l'impôt à la source n'est qu'une solution transitoire. Un accord sur le contenu essentiel d'une nouvelle directive a été obtenu lors du Conseil Ecofin des 26 et 27 novembre 2000. En conséquence, une nouvelle proposition a été publiée le 18 juillet 2001. L'exposé détaillé du contenu de celle-ci a déjà été présenté par le Professeur Jacques MALHERBE<sup>22</sup>. On se contentera d'en dégager ici quelques éléments qui paraissent pertinents dans une perspective comparée avec la Suisse.

##### 2. Éléments essentiels

###### a) *En général*

Fondamentalement, la future directive vise à garantir l'imposition des revenus de l'épargne sous forme d'intérêts effectués par des agents payeurs dans un État membre en faveur de bénéficiaires personnes physiques résidentes d'un État de l'UE (art. 1). À cet effet, l'agent payeur

<sup>21</sup> COM(1998) 295 final.

<sup>22</sup> Voir la contribution du Prof. J. MALHERBE dans le présent ouvrage.

doit communiquer à l'autorité compétente de son État membre, notamment, l'identité du bénéficiaire effectif et le montant des intérêts payés. L'autorité compétente communique ensuite automatiquement ces informations à l'autorité de l'État membre de résidence du bénéficiaire effectif.

Toutefois, pendant une *période transitoire* de sept ans dès l'entrée en vigueur de la directive, le Luxembourg, la Belgique et l'Autriche sont autorisés à appliquer, en lieu et place du système d'échange d'informations, une retenue à la source non libératoire d'un taux minimum de 15% pendant les trois premières années de la période de transition, puis de 20% pour le reste de cette période (art. 11). L'entrée en vigueur de la directive dépend beaucoup des résultats des négociations avec les États tiers, notamment avec la Suisse. Le 13 décembre 2001, le Conseil Ecofin a d'ailleurs reporté au 31 décembre 2002 l'adoption de la directive.

#### **b) Le champ d'application**

Dans une perspective comparée, le système prévu se caractérise par un champ d'application restreint et précis.

La directive ne vise que les **intérêts proprement dits**, y compris les intérêts courus ou capitalisés obtenus par le bénéficiaire à l'occasion du remboursement ou de la cession de l'instrument financier, ainsi que – à certaines conditions – les intérêts distribués par des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) de capitalisation (art. 6 ch. 1 lit. a à c). Elle englobe aussi les revenus réalisés lors de la cession, du remboursement ou du rachat de parts dans des OPCVM, si ces organismes ont investi plus de 40% de leurs actifs dans des créances (art. 6 ch. 1 lit. d). Sont en revanche exclus les dividendes et produits de participations, les produits financiers innovants (marché à terme) et les produits des contrats d'assurance-vie.

Elle ne vise que les intérêts versés par un **agent payeur** sis dans l'Union européenne. L'agent payeur est l'opérateur économique qui paie ou attribue des intérêts au profit immédiat du bénéficiaire effectif (art. 4). Il s'agit essentiellement de toute personne physique ou morale qui paie des intérêts dans le cadre de sa profession ou de son activité commerciale<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Commentaire sur le projet de directive, ad art. 4 al. 1.

Les intérêts visés doivent être payés à un **résident d'un autre État membre**. Il s'ensuit, notamment, que les intérêts payés à l'intérieur d'un même État ne sont pas concernés par la directive. De même, les intérêts versés à des États tiers ne sont pas non plus couverts. On notera, en revanche, que les intérêts de source hors UE sont donc aussi visés, pour autant qu'un agent payeur sis dans un État membre les verse directement à un bénéficiaire résident d'un autre État membre.

De surcroît, ces intérêts doivent nécessairement être versés à une **personne physique**, résidente dans l'UE (art. 2 ch. 1). Il est sans importance cependant que les intérêts appartiennent à la fortune privée ou commerciale du bénéficiaire. En revanche, les personnes morales sont exclues. Selon le projet sont également exclues, les autres entités dépourvues de personnalité juridique qui sont "fiscalisées dans les conditions de droit commun". Un régime particulier s'applique en outre pour les OPCVM (art. 2 ch. 1 lit. b). À notre avis, cette restriction du champ d'application de la directive pose problème, tant il paraît aisé d'intercaler une personne morale en tant que destinataire.

Enfin, la personne physique destinataire doit être le **bénéficiaire effectif** des intérêts. On notera que le paiement dans un État membre d'intérêts à une personne physique résidente d'un autre État membre est *présumé* être réalisé au profit du bénéficiaire effectif. Cette présomption peut être renversée, soit: (i) si le bénéficiaire est lui-même un agent payeur; (ii) s'il agit pour le compte du bénéficiaire effectif en qualité de mandataire et qu'il communique les éléments d'identification; ou (iii) s'il dispose d'éléments donnant à penser qu'une autre personne est le bénéficiaire effectif.

### *c) Élimination de la double imposition et partage des recettes*

L'État membre de résidence du bénéficiaire effectif doit faire en sorte que l'éventuelle double imposition pouvant résulter du prélèvement de la retenue fiscale soit éliminée (art. 14). Il le fait en accordant un crédit d'impôt égal au montant de l'éventuelle retenue perçue par l'agent payeur de l'autre État membre. Lorsque le montant de la retenue dépasse celui de l'impôt dû, l'État de résidence rembourse la différence.

En principe, les États membres appliquant la retenue à la source conservent 25% de la recette de cette retenue et en transfèrent 75% à l'État membre de résidence du bénéficiaire effectif des intérêts (art. 12).



## ***B. Comparaison entre le système d'impôt anticipé suisse et le projet de directive***

Si l'on essaie de comparer le système helvétique de l'impôt anticipé avec le récent projet de directive communautaire de l'imposition de l'épargne, on peut relever de prime abord, certains points de **convergence**<sup>24</sup>. L'objectif visé est principalement le même. En effet, l'impôt anticipé – du moins lorsque le destinataire est en Suisse – a principalement pour fonction de lutter contre l'évasion fiscale<sup>25</sup>. De même, en partie, l'impôt anticipé frappe aussi certaines formes d'"intérêts", soit ceux provenant d'obligations, d'avoirs en banque, et de parts de fonds de placement.

Cela dit, dans leur conception même, les deux systèmes sont fondamentalement différents. À cet égard, quatre **divergences** méritent attention<sup>26</sup>.

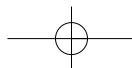
Tout d'abord, l'objet de l'impôt est beaucoup plus vaste. L'impôt anticipé ne se concentre pas uniquement sur les intérêts de l'épargne, mais sur les **rendements de capitaux mobiliers**, soit les rendements d'obligations, de participations, de parts à un fonds de placement, et d'avoirs de clients. On notera que, s'agissant des intérêts, l'impôt anticipé ne frappe que les intérêts d'obligations. Les intérêts résultant d'un simple prêt ne sont pas couverts.

Ensuite, l'impôt anticipé est dû par le **débiteur** résidant en Suisse de la prestation imposable. Il s'agira typiquement de la société de capitaux qui distribue les rendements de participations, de l'émetteur d'une obligation, de la direction du fonds, ou de la banque détentrice des avoirs de clients. À l'inverse, le projet de directive s'adresse à l'*agent payeur* situé dans un État membre de l'UE, soit l'opérateur économique qui est responsable du paiement d'intérêts au profit immédiat du bénéficiaire effectif. Cette différence d'approche est fondamentale. Les intérêts payés par l'intermédiaire d'une banque suisse – agent payeur hors UE – à un

<sup>24</sup> BÖCKLI P., "Zahlstellensteuer", in *Archives* 68 (1999/2000) pp. 529 ss, 562.

<sup>25</sup> ATF 113 Ib 128. HÖHN E. / WALDBURGER R., *Steuerrecht I*, 9<sup>e</sup> éd., Berne 2001, § 21 n. 3; LOCHER P., *Commentaire de la Constitution fédérale de 1874* (aCst.), n. 38 ad art. 41bis aCst.

<sup>26</sup> Voir BÖCKLI (n. 24), 562; OBERSON X., "Problèmes fiscaux posés par la mise en oeuvre de l'euro", in THÉVENOZ L. / FONTAINE M. (éd.), *La monnaie unique et les pays tiers*, Zurich 2000, pp. 359 ss. Voir aussi, Département fédéral des finances (DFF), *Technische Machbarkeitsstudie einer Zahlstellensteuer*, du 31 janvier 2001 (ci-après DFF, *Étude de faisabilité*), pp. 15 ss.



résident de l'UE ne sont donc pas visés par le projet. D'un autre côté, l'impôt anticipé n'est pas dû sur les rendements de capitaux mobiliers de source étrangère, même s'ils sont reçus par un bénéficiaire effectif en Suisse ou qu'ils soient payés à ce dernier par un agent payeur en Suisse.

L'impôt anticipé vise les rendements de capitaux mobiliers de source suisse, **indépendamment du lieu de résidence du bénéficiaire**. Le projet de directive s'adresse, par contre, aux intérêts payés à l'intérieur de la Communauté par un agent payeur. Ce projet concerne uniquement les intérêts payés par un État membre à un résident d'un autre État membre, et exclut donc les intérêts payés par un État membre à un résident d'un pays tiers. En conséquence, selon le système suisse, le débiteur n'a pas besoin d'identifier le destinataire pour savoir si l'impôt est dû ou non. Il lui suffit de grever le paiement sujet à imposition de la charge de l'impôt (35%) et aussi de faire supporter cette charge par le bénéficiaire (art. 14 LIA). Ce dernier devra ensuite faire valoir son droit (total ou partiel) au remboursement auprès de l'administration fiscale compétente.

Enfin, l'impôt anticipé frappe les rendements de capitaux mobiliers versés aussi bien à des personnes **physiques** que **morales**. Dès lors, la forme juridique du bénéficiaire du rendement est sans importance pour le débiteur.

### C. Conséquences

On constate que les deux systèmes sont en réalité **inconciliables**. L'impôt anticipé suisse est un *véritable impôt à la source* perçu auprès du débiteur de la prestation. Il s'agit d'un impôt spécial sur les revenus de capitaux<sup>27</sup>. Le modèle communautaire n'est pas un impôt à la source, mais une retenue sur l'agent payeur dans l'UE qui verse l'intérêt au dernier bénéficiaire effectif.

Dans la perspective d'assurer l'imposition effective des intérêts, le choix communautaire n'est pas sans risque. Pour fonctionner, ce système suppose en effet l'adoption de mesures équivalentes par toutes les places financières d'importance<sup>28</sup>. Il est en effet loisible de déplacer un agent payeur dans une structure *offshore*. L'impôt anticipé pose de ce point de

<sup>27</sup> HÖHN / WALDBURGER (n. 25); LOCHER (n. 25) n. 46 ad art. 41bis aCst.

<sup>28</sup> En ce sens également, DFF, *Étude de faisabilité* (n. 26), p. 22: "Eine Zahlstellensteuer ist somit faktisch nur effizient machbar, wenn weltweit ein griffiges Zahlstellensteuersystem eingeführt wird".



vue moins de problème car il est beaucoup plus difficile de déplacer le débiteur, par exemple, l'émetteur d'un emprunt obligataire<sup>29</sup>. Quoiqu'il en soit, le choix du système de l'agent payeur – guidé, semble-t-il, par des considérations de compétitivité et ancré dans les propositions communautaires depuis près de cinq ans – est désormais bien établi. On comprend ainsi que des négociations sont prévues avec des États tiers, dont la Suisse et les États-Unis, mais pourquoi ne pas englober également le Japon, Singapour et d'autres États disposant de places financières significatives?

Le modèle communautaire n'en demeure pas moins lacunaire, en se bornant à n'appréhender que les *intérêts* (définis à l'art. 6), sans englober les autres types de rendements de fortune (notamment les dividendes)<sup>30</sup>. La notion d'intérêt est un concept juridique au carcan trop étroit dans le contexte des instruments financiers exotiques ou dérivés qui se développent bien au-delà des catégories juridiques. Les intérêts payés à des bénéficiaires dans des *États tiers* ou dans le même État membre que celui de l'agent payeur ne sont de surcroît pas visés, ce qui nécessite de délicates mesures d'identification et de contrôle.

Au surplus, en ne visant que les *personnes physiques*, le projet de directive ouvre la porte à des abus. Certes, le concept de "bénéficiaire effectif", bien connu du droit fiscal international<sup>31</sup>, devrait *a priori* permettre d'éviter les constructions insolites tendant à intercaler de simples sociétés dites de passage. Dans le contexte des CDI, cette notion est toutefois très délicate à utiliser et son interprétation est loin de faire l'unanimité. De plus, le terme "bénéficiaire effectif", utilisé à l'art. 2 du projet de directive, est une notion de droit communautaire qui ne correspond pas nécessairement à celle du droit conventionnel<sup>32</sup>. Il est ainsi vraisemblable que le fonctionnement du système puisse se trouver grippé par l'usage de personnes morales, bénéficiaires des intérêts, et détenues de façon indirecte par des résidents communautaires.

<sup>29</sup> En ce sens, TANNER S., "Stärken und Schwächen des schweizerischen Steuersystems", StR 1998, pp. 626 ss, 636 s.

<sup>30</sup> Voir aussi RIHS M., *EU-Zinsbesteuerung. Auswirkungen auf die Schweiz*, Berne 2001, p. 56.

<sup>31</sup> Voir notamment, à ce propos, DU TOIT Ch., *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, Amsterdam 1999; VOGEL K., *On Double Taxation Conventions*, 3<sup>e</sup> éd., Londres/La Haye/Boston 1997, Preface to Art. 10 to 12.

<sup>32</sup> DOURADO A.P., "The EC Draft Directive on Interest from Savings from a Perspective of International Tax Law", *EC Tax Review*, 2000, pp. 144 ss, 148 s.



Ce nonobstant, le projet de directive, malgré ses faiblesses, pourrait très bien voir le jour. N'oublions pas qu'il fait partie d'un "paquet fiscal" comprenant également un code de conduite sur la fiscalité des entreprises et un projet de directive sur les intérêts et les redevances. Les avantages et inconvénients des États membres sont en quelque sorte équilibrés par le jeu subtil de ces trois textes. Dans la perspective de nouveaux accords bilatéraux avec l'UE, la Suisse entend ainsi adopter une attitude constructive. Il s'agit maintenant de voir comment la Suisse pourrait, de ce point de vue, coordonner – voire concilier – son système d'impôt anticipé avec le modèle communautaire.

#### ***D. Le projet d'impôt suisse sur l'agent payeur (étude de faisabilité)***

##### **1. Généralités**

Le 13 mars 2000, le Conseil fédéral a décidé de mandater le Département fédéral des finances aux fins de réaliser une étude de faisabilité sur l'introduction en Suisse d'un impôt sur l'agent payeur sur les rendements d'intérêts de source étrangère. Le rapport du 31 janvier 2001 a été rendu public le 28 février 2001<sup>33</sup>. L'idée serait de mettre en œuvre une retenue à la source, suivant le modèle communautaire, sur les intérêts de source étrangère versés par des agents payeurs résidents de Suisse à des personnes physiques résidentes de l'UE et bénéficiaires effectives de ces rendements.

##### **2. Fondement juridique**

Le groupe de travail a d'emblée écarté la possibilité d'**élargir l'impôt anticipé** suisse aux débiteurs étrangers versant des intérêts, par l'intermédiaire d'agents payeurs suisses, à des résidents UE<sup>34</sup>. Un tel élargissement viendrait donc appréhender, selon le modèle traditionnel du débiteur, des intérêts de source étrangère destinés à des non-résidents de Suisse, avec pour seul ancrage la présence sur notre territoire d'un agent

<sup>33</sup> DFF, *Étude de faisabilité* (n. 26).

<sup>34</sup> *Idem*, p. 31.





payeur. Certes, dans le passé, la constitutionnalité d'un élargissement de l'impôt anticipé aux intérêts d'avoirs fiduciaires a été admise par le Conseil fédéral au motif que "ni le système de l'impôt anticipé, ni l'art. 41bis, 1<sup>er</sup> alinéa, lettre b [aCst.] n'interdisent de soumettre les rendements étrangers à cet impôt tels les avoirs fiduciaires placés à l'étranger"<sup>35</sup>. La situation est toutefois très différente dans notre contexte. Le groupe de travail relève à juste titre que la souveraineté fiscale suisse ne saurait s'étendre sans limite à des états de fait réalisés à l'étranger, sans lien économique suffisant avec la Suisse. De surcroît, un tel système serait difficilement praticable car on voit mal comment la Suisse pourrait contraindre les débiteurs étrangers à s'exécuter.

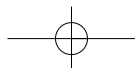
Il a ensuite examiné la possibilité d'introduire un véritable impôt sur l'agent payeur, selon le modèle communautaire, sur une base **unilatérale**. Au niveau fédéral, une base constitutionnelle expresse est bien évidemment nécessaire. Seule disposition pouvant entrer en ligne de compte, l'art. 132 al. 2 Cst. permet, en l'état, à la Confédération de percevoir un impôt anticipé sur les revenus de capitaux mobiliers, sur les gains de loterie et sur les prestations d'assurances. Il paraît toutefois difficile de fonder un impôt sur l'agent payeur, selon le modèle communautaire, sur la base de l'art. 132 al. 2 Cst.<sup>36</sup> Tout d'abord, nous avons vu que les deux modèles – au-delà des similitudes d'objectifs – présentent des divergences fondamentales et inconciliables dans leur conception. Le seul lien économique avec la Suisse est, de surcroît, l'agent payeur sis en Suisse, qui ne fait que "verser" des intérêts de source étrangère à des non-résidents. De plus, comme l'a relevé BÖCKLI, l'impôt anticipé suisse vise implicitement à lutter contre la non-déclaration des impôts suisses, alors que l'impôt sur l'agent payeur tendrait à protéger le substrat fiscal des États de l'UE<sup>37</sup>. Au surplus, l'introduction sur une base unilatérale d'un impôt sur l'agent payeur serait difficilement compatible avec les CDI conclues par la Suisse avec les États de l'UE<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Message du Conseil fédéral du 3 septembre 1980, FF 1980 398 ss, 402.

<sup>36</sup> Le groupe de travail du DFF, dans sa majorité, estime que l'art. 132 al. 2 Cst. peut certes fonder un impôt sur l'agent payeur frappant les intérêts dans la mesure où les bénéficiaires sont des résidents de Suisse, mais ne constitue pas une base constitutionnelle suffisante pour frapper les intérêts destinés à des résidents UE, dès lors que le seul point de rattachement suisse est l'agent payeur; voir *Étude de faisabilité* (n. 26), pp. 32 s.

<sup>37</sup> BÖCKLI (n. 24), p. 562.

<sup>38</sup> Selon le groupe de travail, comme ils ne proviennent pas de source suisse, les "intérêts" versés par un agent payeur suisse ne tombent pas sous la règle de partage de l'art. 11



En conséquence, seul un **accord international** entre la Suisse et l'UE est à même de fonder une retenue sur l'agent payeur frappant les intérêts de source étrangère destinés à des personnes physiques résidentes de l'UE<sup>39</sup>. Cet accord reposerait ainsi essentiellement sur l'art. 54 Cst. Au fond, le système que la Suisse introduirait reprendrait en quelque sorte le modèle de la retenue supplémentaire d'impôt.

### 3. Éléments essentiels

Les éléments essentiels devraient correspondre en substance au modèle de la directive communautaire. La retenue frapperait les *intérêts* de source étrangère payés par des agents payeurs résidents de Suisse à des bénéficiaires effectifs, personnes physiques, résidents de l'UE. Les *assujettis* seraient ainsi les agents payeurs résidents de Suisse.

Le taux devrait être de 15% durant les trois premières années, puis de 20% pour les années suivantes. À l'instar du projet de directive, le montant brut des intérêts devrait être déterminant. Les éventuels impôts à la source déjà perçus par un autre État seraient imputés. Il en découle notamment que les rendements d'intérêts de source suisse seraient exclus du champ d'application de l'impôt sur l'agent payeur et cela, même s'ils n'ont pas subi l'impôt anticipé (par exemple les intérêts sur un prêt privé)<sup>40</sup>.

L'UE devrait ainsi s'engager à créditer/rembourser l'impôt perçu sur des agents payeurs suisses de l'impôt sur le revenu des bénéficiaires (personnes physiques) résidant dans les États membres.

Au surplus, il faudrait fixer les modalités du remboursement à l'UE par la Suisse des recettes provenant de la retenue sur les agents payeurs suisses, sous déduction des coûts de perception.

---

du Modèle OCDE, mais sous celle de l'art. 21 du Modèle OCDE (autres revenus). Partant, ils ne sont imposables que dans l'État de résidence du bénéficiaire. Dès lors que toutes les CDI conclues par la Suisse avec les États membres de l'UE contiennent une clause similaire, la Suisse ne pourrait pas percevoir un impôt sur l'agent payeur, sans une dérogation expresse; *Étude de faisabilité* (n. 26), p. 35.

<sup>39</sup> BÖCKLI (n. 24), p. 563; DFF, *Étude de faisabilité* (n. 26), p. 37.

<sup>40</sup> DFF, *Étude de faisabilité* (n. 26), p. 45.



Dans la mesure où il devait être adopté, l'accord bilatéral serait complété par une ordonnance du Conseil fédéral destinée à réglementer les nombreuses questions de mise en œuvre.

#### IV. Conclusion

L'adoption de la directive n'est pas gagnée d'avance car de nombreuses divergences entre les États membres sont apparues au cours des discussions. Mais, comme nous l'avons relevé, les chances de succès sont réelles. L'écueil principal, à ce jour, semble bien être l'obtention de "garanties suffisantes" de certains États tiers, dont la Suisse, tendant à la mise en œuvre de "mesures équivalentes" à celles du projet de directive.

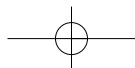
Les autorités suisses ont rappelé à de nombreuses occasions que la solution de l'échange de renseignements n'entraîne pas en ligne de compte. Clairement contraire à la politique traditionnelle de la Suisse<sup>41</sup>, cette mesure remettrait en cause le secret bancaire. Tous les regards sont donc tournés vers l'imposition à la source.

La Suisse pratique depuis longtemps un système d'impôt à la source. L'impôt anticipé est un moyen efficace pour lutter contre l'évasion fiscale, mais il repose sur une conception fondamentalement différente de celle du modèle de l'agent payeur. En particulier, la lacune principalement visée par l'UE, à savoir celle des intérêts de source étrangère versés par des agents payeurs sis en Suisse à des résidents UE, ne tombe pas dans le champ d'application de l'impôt anticipé. Bien que le système suisse (principe du *débit*) présente de nombreux atouts<sup>42</sup>, il paraît difficile de tabler aujourd'hui sur une modification du mécanisme communautaire (principe de l'*agent payeur*). L'élément déterminant dans le futur sera ainsi de faire admettre qu'un impôt suisse sur l'agent payeur constitue une "mesure équivalente" à la directive européenne et non pas, à l'instar du projet de directive, un système transitoire.

À notre sens, la Suisse dispose de nombreux arguments. Tout d'abord, elle n'est pas membre de l'UE. On ne saurait exiger d'un non-membre qu'il adopte des mesures en tous points semblables au modèle fixé par une directive. Cette réglementation fait – on l'a déjà mentionné – partie d'un équilibre entre avantages/inconvénients du paquet Monti

<sup>41</sup> Voir *supra* II.

<sup>42</sup> Dans ce sens également, TANNER (n. 24), p. 636; RIHS (n. 30), p. 72.



qui forme un tout cohérent. En percevant un impôt à la source sur l'agent payeur, la Suisse adopterait une mesure qui a pour seule fonction d'assurer l'imposition dans les États de l'UE.

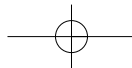
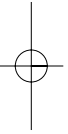
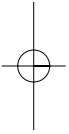
Deux développements récents vont dans la même direction. En premier lieu, le mandat de négociation avec la Suisse, adopté en faveur de la Commission le 15 octobre 2001, prévoit notamment la possibilité d'insérer une *review clause*, afin de négocier des amendements dans la mesure nécessaire pour assurer une imposition effective du revenu de l'épargne et pour combattre les distorsions de concurrence<sup>43</sup>. Une telle clause, qui se trouve également dans le projet de directive, pourrait permettre de modifier aussi bien l'accord bilatéral que la directive dans un sens du maintien du système de l'impôt à la source. En second lieu, il semble que certains États membres n'excluent pas un retour au modèle de coexistence, tel que prévu dans le projet 1998 de directive sur l'épargne.

La Suisse est au cœur du débat. De la solution adoptée dans l'accord bilatéral avec l'UE, tendant à la mise en œuvre de "mesures équivalentes" au projet de directive, dépend finalement le contenu et l'entrée en vigueur de la directive elle-même. Bien que non-membre de l'UE, la Suisse se trouve donc, indirectement, en mesure d'influencer le contenu d'un texte de droit communautaire qui ne lui est pourtant pas applicable. L'enjeu est de taille.

Cela dit, il ne faut pas oublier que, pour être réellement efficace, le système de l'agent payeur, prévu par le projet de directive, devrait fondamentalement être adopté par les places financières importantes du monde entier, y compris par les territoires dépendants ou associés de certains États membres de l'UE. En d'autres termes, la coordination avec le projet de directive UE ne saurait viser que la Suisse. Là encore, notre pays dispose d'un argument supplémentaire à faire valoir dans le cadre des négociations.

---

<sup>43</sup> NZZ du 11 octobre 2001, p. 9.



## **Crédit documentaire et garantie bancaire: fraude dans l'accréditif à paiement différé et choix des parties citées dans les mesures provisionnelles**

Nicolas de Gottrau\*

### **I. Introduction**

Le crédit documentaire et la garantie bancaire sont des institutions très semblables en dépit du fait que le premier revêt avant tout une fonction de paiement, alors que la seconde a une fonction de garantie.

Si ces deux instruments sont aujourd'hui bien connus en raison de l'abondante doctrine qui leur a été consacrée<sup>1</sup>, il n'en demeure pas moins qu'un certain nombre de problèmes n'ont, semble-t-il, pas encore trouvé de solutions définitives en jurisprudence. C'est notamment le cas dans le domaine de la fraude et des mesures provisionnelles.

Le cadre qui nous est imposé dans cette étude ne nous permet pas de passer en revue toutes les questions relatives à ces deux thèmes. Nous limiterons dès lors notre examen à deux points présentant une actualité toute particulière, en raison notamment des litiges qui opposent régulièrement les différents acteurs à des transactions du commerce international financées au moyen d'accréditifs ou couvertes par des garanties bancaires. Ce sont les conséquences de la fraude dans l'accréditif à paiement différé, lorsque celui-ci fait l'objet d'un paiement anticipé (ci-après II), et

\* Docteur en droit, LL.M., avocat, Python Schifferli Peter & Associés, Genève.

<sup>1</sup> En matière de crédit documentaire, signalons en droit suisse les contributions récentes de KOLLER/KISSLING, pp. 23 ss; DE GOTTRAU (1999); BÜHLER, pp. 19-111; ainsi que DOHM (1993); *idem* (1993a); TEVINI DU PASQUIER; ULRICH; SCHÖNLE (1988), pp. 311 ss; *idem* (1987), pp. 313 ss; *idem* (1983), pp. 53 ss et 73 ss; GANI; STAUDER, pp. 433 ss.

En matière de garantie bancaire, on relèvera les études de DE GOTTRAU (2001); *idem* (2001a); SPAINI; ZOBL, pp. 23 ss; KELLERHALS, pp. 131 ss; BÜSSER; BÜHLER, pp. 113-173; RAPP, pp. 259 ss; THÉVENOZ (1994), pp. 167 ss; ainsi que celles de LOGOZ; KLEINER; ROSSI; GIGER, pp. 247 ss; EGGER, pp. 12 ss; DOHM (1986); SCHÖNLE (1983), pp. 53 ss et 73 ss.



le choix des parties citées dans les mesures provisionnelles, que ce soit dans le crédit documentaire ou la garantie bancaire (ci-après III).

Avant d'aborder ces deux points, il convient de rappeler brièvement ce qu'il faut comprendre par la notion de "fraude" dans le crédit documentaire, respectivement d'"appel abusif" dans la garantie bancaire.

Dans le *crédit documentaire*, la fraude du bénéficiaire – la forme la plus courante en pratique<sup>2</sup> – consiste en une situation dans laquelle le bénéficiaire présente à la banque désignée (i) soit des documents qu'il sait, ou ne sait pas<sup>3</sup>, être dénués d'authenticité<sup>4</sup> et/ou de sincérité<sup>5</sup>, (ii) soit des documents authentiques et sincères mais sans exécuter ou en n'exécutant que très partiellement le rapport de valeur<sup>6</sup>, de sorte qu'il se trouve en position d'obtenir la réalisation du crédit documentaire de façon indue, ce qui aurait pour conséquence de causer un préjudice au donneur d'ordre et/ou à la (aux) banque(s) intervenante(s), à tel point que cette situation rende la prétention du bénéficiaire en paiement de la somme d'accréditif constitutive d'un abus de droit manifeste au sens de l'art. 2 al. 2 CC<sup>7</sup>.

En matière de *garantie bancaire*, il y a appel abusif chaque fois que le bénéficiaire ne peut en aucun cas avoir le droit de procéder à cet appel, quel que soit le point de vue juridique adopté, selon les règles de la bonne foi<sup>8</sup>. L'appel ne doit pas être seulement injustifié, il doit être manifestement abusif au sens de l'art. 2 al. 2 CC; par ailleurs, il faut s'en tenir à

<sup>2</sup> Une fraude peut toutefois aussi être commise par le donneur d'ordre, par le bénéficiaire et le donneur d'ordre agissant de connivence, par un tiers, voire même par des employés ou organes des banques; cf. à ce sujet DE GOTTRAU (1999), pp. 113-114.

<sup>3</sup> Il convient, en droit suisse, de retenir une conception objective de la fraude et de l'abus de droit: l'intention dolosive du titulaire d'un droit n'est pas prise en considération pour apprécier si l'exercice qu'il en fait est abusif. Aussi, le bénéficiaire pourrait-il se voir opposer une fraude commise à son insu. Cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 217-223.

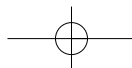
<sup>4</sup> Les documents présentés à la banque peuvent être faux (leur auteur réel ne coïncide pas avec leur auteur apparent) ou falsifiés (des documents authentiques sont modifiés par un tiers dans certaines de leurs données); la fraude est alors dite matérielle.

<sup>5</sup> Les documents présentés sont authentiques (ils émanent bien de leur auteur), mais contiennent des énoncés contraires à la vérité; les documents sont donc formellement conformes, alors que la marchandise envoyée est sans valeur ou d'une valeur tout à fait inférieure à celle convenue. Il s'agit d'une fraude intellectuelle.

<sup>6</sup> Le rapport de valeur est le rapport contractuel de base qui lie le donneur d'ordre au bénéficiaire (p.ex. vente commerciale à distance).

<sup>7</sup> Sur les questions complexes que soulève la définition de la fraude dans le crédit documentaire, en droits suisse et comparés, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 101-229 et les réf. citées.

<sup>8</sup> DOHM (1986), p. 115, n° 233.



une conception objective de la notion d'appel abusif, la banque n'ayant pas à se préoccuper de l'état d'esprit du bénéficiaire<sup>9</sup>.

C'est dans de telles situations de fraude, respectivement d'appel abusif, que les rapports juridiques complexes créés entre les parties par l'émission d'un crédit documentaire ou d'une garantie bancaire prennent tout leur sens.

Nous en analyserons les conséquences dans un type d'accréditif particulier, avant d'examiner, dans le cadre aussi bien du crédit documentaire que de la garantie bancaire, les mesures provisionnelles destinées précisément à empêcher de telles "machinations frauduleuses"<sup>10</sup>.

## II. Conséquences de la fraude dans l'accréditif à paiement différé

### A. Problématique

La question des conséquences de la fraude dans le crédit documentaire à paiement différé qui fait l'objet d'un paiement anticipé<sup>11</sup>, sous forme d'un escompte<sup>12</sup>, a déjà fait couler beaucoup d'encre en doctrine et donné lieu à de nombreuses décisions jurisprudentielles dans les principaux États européens. Il n'empêche que la situation est encore loin d'être clarifiée que ce soit sur le plan international ou sur le plan interne. Comme des cas de fraude se produisent à intervalles réguliers dans ce type de crédit – c'est le cas récemment de l'affaire *Solo Industries*, du nom de la société au cœur d'un énorme cas de fraude aux crédits documentaires –, et que de nombreuses banques et parties s'y trouvent mêlées, il n'est pas sans intérêt de se pencher à nouveau sur cette problématique.

<sup>9</sup> Cf. DE GOTTRAU (2001a), pp. 11-14 et les réf. citées.

<sup>10</sup> Expression utilisée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 100 II 145, 151, JdT 1975 I 326, 332 consid. 4b.

<sup>11</sup> Si le paiement de la somme d'accréditif intervient à l'échéance prévue dans les conditions de l'accréditif, les conséquences de l'existence d'une fraude sont les mêmes que dans le crédit réalisable à vue: si la fraude est découverte avant l'échéance, elle pourra être opposée au bénéficiaire; si elle ne l'est qu'après, il appartiendra à la partie ayant subi le dommage de se retourner contre le bénéficiaire. Cf. à ce sujet DE GOTTRAU (1999), pp. 245-246, 248, 264, 267 et 271-272.

<sup>12</sup> Le terme d'escompte est utilisé ici dans le sens de paiement anticipé et non dans son sens technique.





L'accréditif à paiement différé pose des problèmes particuliers en raison du fait que son paiement ne doit pas intervenir, comme dans un crédit réalisable à vue, trait pour trait, au moment de la levée des documents, mais plus tard, à l'échéance. L'acheteur-donneur d'ordre peut ainsi entrer en possession des documents, voire contrôler la conformité de la marchandise elle-même, avant que la somme d'accréditif ne doive être payée au vendeur-bénéficiaire. Aussi, le délai de paiement prévu dans les conditions de l'accréditif (p.ex. "available (ou "payable") at 90 days after the date of the bill of lading") permet, plus souvent que dans un crédit ordinaire, la découverte d'une fraude avant l'échéance de paiement.

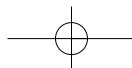
La situation est encore compliquée par le fait que la banque désignée, lorsqu'elle réalise le crédit, qu'elle soit banque émettrice dans un crédit tripartite, ou banque confirmante ou domicile de paiement dans un crédit quadripartite, procède souvent à un paiement anticipé de la somme d'accréditif. Se pose dès lors la question de savoir si la banque désignée qui a procédé à un tel paiement anticipé dispose d'une action en remboursement de ses frais dans l'hypothèse où une fraude est découverte entre la date de l'escompte et celle de l'échéance prévue par le crédit documentaire.

Pour répondre à cette question, il faut d'abord examiner dans quelle mesure non seulement la banque émettrice, mais aussi la banque correspondante, a le droit de s'acquitter de son obligation de paiement avant l'échéance même du crédit, afin de déterminer quelles conséquences une fraude, découverte donc après l'escompte, mais avant l'échéance de paiement, peut avoir sur l'opération documentaire.

Il convient de distinguer deux situations: celle où la banque qui procède au paiement anticipé est banque émettrice dans un crédit tripartite, voire banque confirmante (ci-après B), et celle où elle est banque notificatrice domicile de paiement (ci-après C).

### ***B. Banque émettrice ou banque confirmante***

Lorsque la banque qui procède à l'escompte est banque émettrice ou confirmante, autrement dit lorsqu'elle est banque assignée et désignée pour réaliser l'accréditif, le paiement anticipé est-il admissible?



## 1. Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires

Avant leur révision de 1983, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) ne traitaient pas spécifiquement de l'accréditif à paiement différé, quand bien même ce type de crédit était déjà largement utilisé dans la pratique bancaire. L'art. 10 a ii et b ii des RUU 400 a, pour la première fois, tenu compte de cette forme de crédit en prévoyant que la confirmation d'un tel crédit constituait "un engagement ferme" de la part de la banque (émettrice, respectivement confirmante) "de payer ou de faire effectuer le paiement à la date ou aux dates déterminables conformément aux stipulations du crédit". Quant aux RUU 500, applicables dès le 1<sup>er</sup> janvier 1994, elles prévoient également, en leur art. 9 a ii et b ii, que dans un crédit réalisable par paiement différé la banque émettrice prend "un engagement ferme" de payer à l'échéance, respectivement que la banque confirmante "doit (...) payer à la date ou aux dates d'échéance déterminable(s) conformément aux stipulations du crédit".

Une partie de la doctrine, interprétant de façon littérale l'art. 9 b ii RUU (500), considère que la banque devrait impérativement payer à la date prévue par les conditions de l'accréditif, et à aucun autre moment<sup>13</sup>. Cette opinion doit, selon nous, être rejetée pour les motifs développés ci-dessous<sup>14</sup>.

On relèvera seulement, ici, que l'art. 9 b ii RUU, pas plus que les autres dispositions des RUU relatives au crédit à paiement différé<sup>15</sup>, ne traite spécifiquement de la question de savoir si la banque émettrice, ou la banque correspondante, est en droit de payer la somme d'accréditif au bénéficiaire avant l'échéance convenue. L'art. 9 a et b RUU se borne à préciser de quelle façon la banque émettrice ou confirmante doit, en règle générale, payer selon le type de crédit: à vue dans un crédit à vue, à la date d'échéance dans un crédit à paiement différé, etc.

En l'absence d'une disposition claire des RUU quant au point de savoir si le paiement anticipé est admissible ou prohibé dans le crédit à paiement différé, il convient d'examiner cette question à la lumière du droit national applicable.

<sup>13</sup> P.ex. CAPRIOLI, p. 246.

<sup>14</sup> Sous ch. II.B.4.a à e.

<sup>15</sup> Art. 8 b ii, 9 a ii, 9 b ii, et 14 a RUU.



## 2. Droit suisse

### a) *État de la jurisprudence*

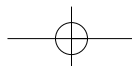
Le *Tribunal fédéral* a admis, dans un arrêt de 1974<sup>16</sup>, que la banque émettrice – et cette jurisprudence doit s'étendre à la banque confirmante, elle aussi débitrice de la somme d'accréditif –, était en droit de s'acquitter envers le bénéficiaire de son obligation de paiement, dans un crédit documentaire à paiement différé, avant même l'échéance du crédit, et ce en vertu de l'art. 81 al. 1 CO. Cette disposition prévoit que “[l]e débiteur peut exécuter son obligation avant l'échéance, si l'intention contraire des parties ne ressort ni des clauses ou de la nature du contrat, ni des circonstances”. En procédant à un paiement anticipé, sous la forme d'un escompte, la banque ne viole donc pas son obligation de suivre exactement les instructions du donneur d'ordre. Elle aura donc, conformément à l'art. 402 CO, droit au remboursement de ses frais encourus dans le cadre de l'exécution régulière de son mandat, quand bien même une fraude (indécelable pour la banque) serait découverte après l'escompte, mais avant l'échéance de paiement stipulée dans l'accréditif. En conséquence, l'acheteur reste tenu, même dans l'hypothèse où il s'avère que les biens livrés sont défectueux, de rembourser à la banque émettrice le montant d'accréditif payé par cette dernière – ou par la banque confirmante – au bénéficiaire avant l'échéance. Rien n'empêche cependant l'acheteur, désireux de se prémunir contre ce risque, d'exiger, comme condition de l'accréditif, soit la présentation d'un certificat de qualité – même établi au lieu d'arrivée –, soit l'insertion d'une clause “payable après contrôle ou réception par l'acheteur”<sup>17</sup>.

À notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur cette question<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> À noter qu'il ne saurait être tiré argument du fait que cet arrêt a été rendu avant 1983 (soit avant que les RUU ne traitent spécifiquement du crédit documentaire à paiement différé). En effet, dans le cas soumis au Tribunal fédéral, le crédit était “benützbare / available / payable 90 days from date of B/L [bill of lading]” (ATF 100 II 145, 146, JdT 1975 I 326, 327). Le terme de paiement différé était donc stipulé dans une clause expresse de l'accréditif. Or, notre Haute Cour a néanmoins fait application de l'art. 81 CO, estimant à juste titre que ladite clause n'emportait aucune interdiction de paiement anticipé.

<sup>17</sup> ATF 100 II 145, 150-153, JdT 1975 I 326, 331-333 consid. 4a à c.

<sup>18</sup> Dans un arrêt non publié du 19 novembre 1991, cause 4P.146/1991, pp. 3-4, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours de droit public contre l'arrêt de la Cour de Justice de Genève



Quant aux cours cantonales, elles n'ont, semble-t-il, pas eu l'occasion de se prononcer sur cette problématique, à l'exception notable de la *Cour de Justice de Genève*. Celle-ci a rendu, en procédure sommaire, quatre arrêts sur cette question. Après avoir dans un premier temps admis le paiement anticipé<sup>19</sup>, la Cour a considéré qu'en payant avant l'échéance la banque confirmante se substituait au bénéficiaire comme cessionnaire – ce qui avait pour conséquence qu'elle pouvait se voir opposer par le donneur d'ordre et la banque émettrice toutes les exceptions qui leur appartenaient au moment où ils ont eu connaissance de la cession –, ou accordait une simple avance au bénéficiaire dont la banque était devenue le cessionnaire<sup>20</sup>.

### b) *État de la doctrine*

La position du Tribunal fédéral, en faveur de la licéité du paiement anticipé, est partagée par la très grande majorité de la *doctrine suisse*<sup>21</sup>, et même par une partie de la doctrine étrangère<sup>22</sup>. Ces auteurs estiment que la banque émettrice ou confirmante est en droit de s'acquitter de son obligation de paiement avant l'échéance du crédit, conformément à l'art. 81 al. 1 CO. Sauf instruction interdisant clairement l'escompte, la

---

mentionné *infra* sous n. 19 et examinant donc sous l'angle du seul arbitraire le principe du paiement avant l'échéance d'un accordé à paiement différé, a relevé "que l'on ne [voyait] pas (...) ce qu'il pourrait y avoir d'insoutenable à appliquer ce principe à la banque confirmatrice, en tout cas lorsque la banque émettrice ne lui a pas interdit de payer avant l'échéance". Enfin, dans un arrêt du 15 décembre 1997, *Société E. c. Bank Kreiss Aktiengesellschaft*, SJ 1998 388 rés., le Tribunal fédéral n'a examiné cette problématique que sous l'angle du droit allemand.

<sup>19</sup> ACJ GE non publié du 6 juin 1991, *Capala Overseas Limited c. Caisse d'Épargne de la République et Canton de Genève et Barclays Bank Plc*, consid. 3.

<sup>20</sup> ACJ GE des 4 mars 1993, *L.L. UK c. CS SA, RSM et Banque I*, consid. 6d et 7b *i.f.* (non publié), 22 novembre 1996, *Bank Kreiss Aktiengesellschaft c. Société E.*, SJ 1998 393, 394 consid. 4b (se référant à l'arrêt précité sans prise de position), et 2 septembre 1999, *V. Bank c. F. SA et UBS SA*, ACJC/832/1999, consid. 5b (non publié). Nous verrons ci-dessous (ch. II.B.4.e) pour quels motifs cette théorie de la cession ne peut être retenue.

<sup>21</sup> DE GOTTRAU (1999), pp. 274 ss; SCHÖNLE (1988), pp. 313 ss; *idem* (1987), p. 336; STAUDER, pp. 443-451. Cf. aussi GUGGENHEIM, pp. 402-403; DOHM (1993), p. 8; *idem* (1993a), p. 13; ULRICH, pp. 173-175; GANI, pp. 55-56; GUTZWILLER, p. 27; SLONGO, pp. 98-101. Cf. encore LEU, n° 1 ad art. 81 CO; WEBER (1982), n° 7 ad art. 81 CO.

<sup>22</sup> VASSEUR (1987a), pp. 399 ss; *idem* (1987), pp. 59 ss; ZAHN/EBERDING/EHRLICH, n° 2/331; EBERTH (1984), pp. 7 ss, n. 48; ELLINGER, pp. 379 ss; EBERTH/ELLINGER, pp. 387 ss; HORN, pp. 9 et 17.

banque aura droit au remboursement de la somme d'accréditif même payée à l'avance.

Quelques auteurs sont toutefois d'avis que la banque qui paye avant l'échéance convenue ne le ferait pas en exécution de sa dette en tant que banque assignée, mais consentirait au bénéficiaire une avance distincte de l'accréditif<sup>23</sup>. Selon TEVINI DU PASQUIER, seul auteur suisse opposé au paiement anticipé à avoir procédé à un examen approfondi de la question, la banque qui payerait avant l'échéance ne respecterait pas ses obligations de mandataire. En indiquant le mode de réalisation du crédit, le donneur d'ordre (respectivement la banque émettrice) donnerait une instruction, formant l'une des conditions du crédit, que la banque se devrait – en vertu des art. 397 et 398 al. 2 CO, ainsi que du principe de droit coutumier de la stricte observation des conditions du crédit – de respecter absolument. Dès lors, un paiement avant l'échéance constituerait une violation par la banque des conditions du crédit qu'elle s'était engagée à suivre strictement. En d'autres termes, l'art. 9 a ii et b ii RUU – qui prévoit que la banque émettrice, respectivement confirmante, s'engage à payer à la date prévue par l'accréditif –, constituant une clause contractuelle, primerait l'art. 81 CO, norme de droit national dispositif. Il s'ensuit que la banque payant à une autre date que celle indiquée dans les conditions de l'accréditif violerait l'instruction claire reçue de son mandant, rendant de la sorte inapplicable l'art. 402 CO, voire engageant sa responsabilité de mandataire. De fait, pour cet auteur, en payant de façon anticipée, la banque accorderait au bénéficiaire un crédit qui ne correspondrait pas à la réalisation de l'accréditif, dont les conditions n'auraient pas été suivies à la lettre. En payant avant terme, la banque agirait donc à ses propres risques et périls<sup>24</sup>. Nous verrons ci-dessous pour quels motifs cette opinion de la doctrine minoritaire ne peut être retenue<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> TEVINI DU PASQUIER, pp. 65-66. Cf. aussi HOFSTETTER, p. 167; BÜHLER, p. 100.

<sup>24</sup> TEVINI DU PASQUIER, pp. 64-66. Du même avis, en doctrine étrangère, cf. NIELSEN, p. 59, n° 81; CAPRIOLI, pp. 235 ss, n° 326 ss; CANARIS, n° 955; PLAGEMANN (1987a), pp. 948 ss; *idem* (1987), p. 29.

<sup>25</sup> Cf. *infra* ch. II.B.4.

### 3. Droit comparé

En matière d'accréditif, il est important d'examiner les solutions adoptées par les tribunaux étrangers, dès lors qu'il s'agit d'un instrument de paiement international. De fait, la question du paiement avant l'échéance dans le cadre d'un crédit à paiement différé est également vivement débattue en droit étranger.

La *jurisprudence allemande* partage la solution adoptée par le Tribunal fédéral suisse. L'*Oberlandesgericht* de Francfort-sur-le-Main a en effet rendu, en 1981, un arrêt dans lequel il a considéré que la banque confirmante était en droit, après être entrée en possession des documents requis sous le crédit, de procéder à un paiement anticipé de la somme d'accréditif au bénéficiaire d'un crédit à paiement différé<sup>26</sup>. Cet arrêt n'a pas été infirmé par le *Bundesgerichtshof* allemand, comme l'ont soutenu à tort certains auteurs et même la Cour de Justice de Genève<sup>27</sup>. En effet, la plus haute juridiction allemande a bel et bien jugé, en 1987, qu'une banque notificatrice domicile de paiement accordait au bénéficiaire un crédit à ses propres risques et périls lorsqu'elle escomptait la somme d'accréditif dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé<sup>28</sup>. Toutefois, cet arrêt ne concernait aucunement une banque confirmante, mais une banque notificatrice domicile de paiement (*Zahlstelle*), ce qui modifie radicalement la situation<sup>29</sup>.

La *jurisprudence italienne*, quant à elle, admet également le principe du paiement avant l'échéance par la banque émettrice ou confirmante dans le cadre d'un accréditif à paiement différé. Dans un jugement du 15 mai 1981, le tribunal de Bologne a en effet estimé que la banque

<sup>26</sup> Arrêt de l'*Oberlandesgericht* de Francfort-sur-le-Main du 23 mars 1981, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, p. 445. Au sujet de cet arrêt, cf. SCHÖNLE (1988), p. 317; VASSEUR (1987), p. 62; EBERTH/ELLINGER, pp. 407-409. Traduction française de VASSEUR (1987), p. 62.

<sup>27</sup> CAPRIOLI, pp. 243-244, n° 343; TEVINI DU PASQUIER, pp. 64-65; ACJ GE, SJ 1998 393, 394 consid. 4 b. Le Tribunal fédéral précise cependant sans ambiguïté aucune que l'arrêt du *Bundesgerichtshof* de 1987 ne concernait pas une banque confirmante, mais seulement une banque notificatrice domicile de paiement, SJ 1998 388, 391-392 consid. 2bb; dans le même sens, THÉVENOZ (1998), p. 194.

<sup>28</sup> Arrêt du *Bundesgerichtshof* allemand du 16 mars 1987, *Der Betrieb* 1987, p. 1983; *Neue Juristische Wochenschrift* 1987, p. 2578; *Wertpapier-Mitteilungen* 1987, p. 977; *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* 1987, p. 1038. Au sujet de cet arrêt, cf. SCHÖNLE (1988), pp. 314-315; PLAGEMANN (1987a), pp. 948 ss; *idem* (1987), pp. 27 ss.

<sup>29</sup> Cf. *infra* ch. II.C.1.

confirmante était en droit d'escompter le crédit sur présentation des documents, après avoir constaté leur régularité formelle; en conséquence, la banque avait droit à son remboursement. Cette juridiction motivait sa décision en insistant sur le caractère abstrait des obligations des banques émettrice et confirmante par rapport à la relation de vente sous-jacente, ainsi que sur le fait que la finalité du crédit documentaire à paiement différé n'était pas de protéger l'acheteur contre tout défaut d'exécution par le vendeur de ses obligations en lui permettant le contrôle de la marchandise à son arrivée à destination, et ce avant l'échéance de paiement<sup>30</sup>.

La *jurisprudence française*, en revanche, diffère de celle retenue par les juridictions suisses, allemandes et italiennes. La Cour d'appel de Paris a en effet jugé, dans deux arrêts rendus en 1985, que la banque confirmante, ayant procédé à un paiement anticipé (sous forme d'un escompte) de la somme d'accréditif au bénéficiaire d'un crédit à paiement différé, devait se voir opposer l'exception de fraude découverte avant l'échéance du crédit documentaire, et n'avait pas droit au remboursement de ses frais par la banque émettrice<sup>31</sup>. Le premier de ces arrêts a été confirmé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en 1987<sup>32</sup>. Cette jurisprudence est approuvée par la majorité de la doctrine française<sup>33</sup>, quand bien même elle a été très sévèrement critiquée par un certain nombre d'auteurs étrangers et français (dont le Professeur VASSEUR, l'un des plus éminents spécialistes français du crédit documentaire)<sup>34</sup>.

Enfin, la *jurisprudence anglaise* s'est récemment prononcée dans le même sens que les tribunaux français. Tout en admettant que l'escompte par la banque confirmante relevait d'un usage établi à Londres et ne constituait pas une violation du mandat de cette dernière, la *High Court of*

<sup>30</sup> Jugement du tribunal de Bologne du 15 mai 1981, *Banca borsa e titoli di credito* 1981, pp. 170 ss; traduction de VASSEUR (1987), pp. 62-63. Cf. à ce sujet SCHÖNLE (1988), pp. 316-317; VASSEUR (1987), pp. 62-63; EBERTH/ELLINGER, pp. 409-411.

<sup>31</sup> Arrêts de la Cour d'appel de Paris des 30 avril et 28 mai 1985, *Recueil Dalloz/Sirey* (Paris), 1986 (partie "Jurisprudence"), pp. 195 ss. Pour un résumé de ces arrêts, cf. VASSEUR (1987), pp. 59-60.

<sup>32</sup> Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française du 7 avril 1987, *Banque* 1987, p. 625, *Recueil Dalloz/Sirey* (Paris), 1987 (partie "Jurisprudence"), p. 399.

<sup>33</sup> DOISE, Div. 10, art. 700; STOUFFLET, pp. 198-201, n° 1-21; RIVES-LANGE, p. 965. Plus nuancé, CAPRIOLI, pp. 242-243, n° 341-342, et pp. 249-251, n° 354-357.

<sup>34</sup> SCHÖNLE (1988), pp. 316 ss; VASSEUR (1987), pp. 59-61; *idem* (1987a), pp. 399 ss; EBERTH (1986), pp. 347 ss; MARTIN, pp. 41 ss.

*Justice* a en effet considéré que dès lors que la banque confirmante procédait au paiement anticipé d'un crédit à paiement différé sans en référer à la banque émettrice, elle acceptait en fait d'"acheter" sa propre future promesse de payer; le risque d'une fraude découverte avant l'échéance devait donc être supporté par elle en cas de paiement anticipé<sup>35</sup>. Cet arrêt a été confirmé le 25 février 2000 par la *Court of Appeal*, laquelle n'a toutefois pas procédé à un examen des conséquences de sa décision notamment sur le principe fondamental de l'abstraction du crédit documentaire<sup>36</sup>.

On voit donc que les jurisprudences suisse, allemande et italienne admettent que la banque assignée (émettrice ou confirmante) est en droit de procéder au paiement anticipé d'un crédit à paiement différé, alors que les jurisprudences française et anglaise sont d'un avis opposé. Il n'y a ainsi pas unité de principe sur cette question, aucune de ces deux positions ne faisant d'ailleurs l'unanimité en doctrine.

#### 4. Analyse

En droit suisse, la controverse porte sur la qualification juridique du paiement anticipé. Quelques auteurs, avec la Cour de Justice genevoise, sont d'avis que celui-ci est une opération de crédit, juridiquement indépendante de l'accréditif, intervenant aux risques et périls de la banque; à l'échéance, la créance du bénéficiaire en paiement de la somme

<sup>35</sup> Arrêt non publié de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*, du 9 juin 1999, *Banco Santander SA v. Bayfern Ltd and others*, pp. 16, 17 *i.i.* et 23 *i.i.* Cf. à ce sujet DOISE, Div. 10, art. 700; *Revue de droit bancaire et financier* (Paris), n° 1, janvier/février (2000), p. 22.

On relèvera cependant que dans un autre arrêt non publié, *Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc v. Standard Bank London Ltd & others*, rendu le 6 mai 1999 par la même juridiction et non frappé d'appel, il a été jugé que la banque confirmante qui, dans un crédit documentaire réalisable par négociation, payait avant l'échéance (au sens de l'art. 10 b ii RUU), ne pouvait se voir opposer l'exception de fraude si celle-ci était découverte entre le moment de l'escompte et celui de l'échéance du crédit; la banque avait donc droit au remboursement de ses frais. Or, dans le cas qui lui était soumis, on voit mal comment le juge est arrivé à la conclusion qu'il s'agissait de crédits réalisables par négociation, puisque ceux-ci étaient stipulés à paiement différé. On sait en effet qu'un accréditif à paiement différé ne peut être simultanément réalisable par négociation (art. 10 a RUU); dès lors, on peut légitimement se demander si cet arrêt ne concernait pas, en réalité, des crédits à paiement différé.

<sup>36</sup> Arrêt non publié de la *Court of Appeal (Civil Division)*, du 25 février 2000, *Banco Santander SA v. Paribas* (Case No. QBCMF 1999/0673/A3).



d'accréditif est alors éteinte par compensation<sup>37</sup> avec la créance de la banque en remboursement du prêt octroyé. La doctrine majoritaire, en revanche, considère, avec le Tribunal fédéral, que le paiement anticipé est une exécution avant l'échéance de l'obligation de la banque assignée, moyennant déduction d'un intérêt (qualifié d'escompte) pour la période courant entre le moment du paiement anticipé et l'échéance du crédit.

La question de cette qualification doit être examinée à la lumière non seulement des art. 9 a ii / b ii RUU et 81 CO, mais aussi des principes fondamentaux régissant le crédit documentaire.

#### **a) Examen des art. 9 a ii / b ii RUU et 81 CO**

Il n'est pas contestable que les RUU constituent des "clauses contractuelles" lorsque les parties s'y réfèrent<sup>38</sup>; par ailleurs, il faut admettre que les RUU, en tant que clauses contractuelles, priment le droit national dispositif, dont l'art. 81 CO. Il ne fait par ailleurs point de doute que la banque violerait son mandat si elle ne suivait pas exactement les instructions reçues de son mandant. Encore faut-il que la banque ait reçu des instructions claires et non-équivoques. Si les art. 9 a ii, respectivement 9 b ii RUU – auxquels les parties font implicitement référence en choisissant de recourir à un accréditif à paiement différé soumis aux RUU 500 – indiquaient que la banque assignée (qu'elle soit banque émettrice ou confirmante) devait payer à l'échéance "*au plus tôt*", ou à l'échéance, "*mais pas avant*", la situation serait parfaitement claire et l'art. 81 CO ne saurait trouver application<sup>39</sup>. Il en irait de même si le donneur d'ordre (dans un crédit tripartite), respectivement la banque émettrice (dans un rapport quadripartite) interdisait, par une instruction expresse, un paiement anticipé. Une telle instruction devrait être suivie absolument, en

<sup>37</sup> Ou par confusion, selon l'ACJ GE du 22 novembre 1996, *Bank Kreiss Aktiengesellschaft c. Société E.*, SJ 1998 393, 395 consid. 4e.

<sup>38</sup> ATF 121 III 436, 438 consid. 4b / bb.

<sup>39</sup> WEBER (1982), n° 13 ad art. 81 CO: "Denkbar ist auch eine Abrede, wann frühestens geleistet werden darf". À noter que l'art. 81 al. 1 CO ne trouverait pas non plus application si, aux termes de l'accréditif (par une expression telle que "au plus tard", ou "pas plus tard" qu'à l'échéance prévue), l'exécution de l'obligation de paiement de la banque devait intervenir exactement à un terme fixe ou dans un délai déterminé (art. 108 al. 3 CO); *ibidem*. En effet, dans un tel cas de figure, l'exécution ne pourrait plus intervenir si elle n'avait pas eu lieu au terme ou dans le délai prescrit; *idem*, n° 48 ad art. 75 CO. Or, un tel mécanisme de paiement est étranger au crédit documentaire à paiement différé.

vertu de l'interdiction faite au mandataire de s'écarter des "instructions précises" qu'il a reçues de son mandant (art. 397 al. 1 CO).

Cela étant, il convient de ne pas faire dire aux RUU ce qu'elles ne disent pas. L'art. 9 a ii / b ii RUU ne prévoit rien spécifiquement sur la question de savoir si la banque émettrice, respectivement confirmante peut s'exécuter avant terme; il indique que la banque doit payer à l'échéance ce qui signifie que ce n'est qu'à cette date que sa dette – rendue inconditionnelle (et donc exécutable – *erfüllbar*) par la présentation de documents conformes en apparence – deviendra exigible (*fällig*), que le bénéficiaire pourra donc en exiger le paiement, et que la banque pourra réclamer le remboursement de ses frais. Le mandat donné à la banque d'émettre, voire de confirmer un crédit à paiement différé ne comporte cependant aucune interdiction, ni expresse, ni implicite, d'une exécution anticipée. Une telle volonté aurait dû être exprimée clairement dans les conditions du crédit<sup>40</sup>, et d'autant plus clairement que l'interdiction du paiement anticipé fait fi du principe fondamental de l'abstraction<sup>41</sup>, et que le mandant sait ou doit savoir qu'en droit suisse l'art. 81 CO s'applique – *par définition* – dès qu'un paiement doit intervenir à terme. Pour y déroger, il faut donc, selon l'art. 81 al. 1 CO, que "l'intention contraire des parties (...) ressort[e] (...) des clauses ou de la nature du contrat, (...) [ou] des circonstances". Or, une telle intention contraire ne peut être déduite ni de l'art. 9 a ii ou b ii RUU, ni d'une formule standard telle que p.ex. "available [ou "payable"] at 90 days after the date of the bill of lading". Par ailleurs, une telle volonté contraire ne saurait non plus ressortir des circonstances, dès lors que le paiement anticipé de la somme d'accréditif par la banque assignée (émettrice ou confirmante) au bénéficiaire dans le crédit à paiement différé est d'un usage constant dans la pratique bancaire suisse (et également étrangère)<sup>42</sup>. En payant de façon

<sup>40</sup> L'art. 5 a RUU prévoit que "[t]outes instructions relatives à l'émission d'un crédit, le crédit lui-même, (...) doivent être complets et précis".

<sup>41</sup> Cf. à ce sujet *infra* ch. II.B.4.b.

<sup>42</sup> La pratique du paiement anticipé, dans le cadre de l'accréditif à paiement différé, se rencontre en effet non seulement en Suisse (p.ex. VASSEUR (1987), p. 63), mais aussi en Allemagne (*ibidem*), en Italie (VASSEUR (1987a), p. 400, n° 6 *i.i.*), et en Angleterre ("The experts are also agreed that it is (and was) common market practice in London to discount deferred payment letters of credit where the beneficiary requested it"; arrêt non publié de la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court*, du 9 juin 1999, *Banco Santander S.A. v. Bayfern Ltd. and others*, p. 17 *i.i.*). Le paiement anticipé se pratique également en France, mais les banques considèrent alors qu'un tel procédé ne fait pas partie intégrante de l'opération de crédit documentaire (CAPRIOLI, pp. 237-238).

anticipée, la banque ne viole donc pas le principe de la stricte observation des conditions du crédit si elle n'a pas reçu d'instruction claire et précise de ne pas payer avant terme<sup>43</sup>. C'est ce qu'exprime d'ailleurs le Tribunal fédéral lorsqu'il indique que si les donneurs d'ordre avaient voulu que la banque assignée ne paye qu'à l'échéance, "ils auraient dû le déclarer expressément à la [banque] et lui interdire d'escompter la créance de l'assignataire"<sup>44</sup>.

On vient de voir que l'art. 9 a ii / b ii RUU, s'il prévoit un paiement à l'échéance, ne prohibe pas le paiement anticipé effectué en application de l'art. 81 CO. Est-il dès lors nécessaire d'interpréter cette disposition des RUU au motif qu'elle serait peu claire et prêterait à confusion? Nous ne le pensons pas; sauf instruction contraire expresse de son mandant, une banque émettant ou confirmant un crédit à paiement différé, étant elle-même débitrice de la somme d'accréditif exigible à terme<sup>45</sup>, est autorisée à faire usage de la faculté que lui procure l'art. 81 CO. Quoi qu'il en soit, une interprétation littérale de l'art. 9 a ii et b ii RUU ne permettrait en aucun cas de conclure que cette disposition équivaldrait à une interdiction de paiement avant terme. Une interprétation selon le principe de la confiance, nous le verrons ci-dessous<sup>46</sup>, ne conduirait pas non plus à un autre résultat. Enfin, on rappellera qu'en cas de doute une clause dérogeant au droit dispositif devrait être interprétée dans un sens restrictif<sup>47</sup>; en d'autres termes, une clause de paiement différé ne prohibant pas clairement un paiement avant terme ne pourrait être interprétée comme valant exclusion d'une exécution anticipée au sens de l'art. 81 al. 1 CO.

***b) Interprétation selon le principe de la confiance et principe de l'abstraction***

S'il fallait néanmoins s'interroger, en se plaçant du point de vue de la banque assignée (qu'elle soit émettrice ou confirmante) et en appliquant le principe de la confiance, sur le sens à donner au fait que son mandant

<sup>43</sup> ATF 100 II 145, 152, JdT 1975 I 326, 333 consid. 4c.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Mais pouvant être exécutée dès que les conditions de l'accréditif sont réalisées.

<sup>46</sup> Cf. *infra* ch. II.B.4.b.

<sup>47</sup> GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, n° 864.

(donneur d'ordre dans un crédit tripartite, ou banque émettrice dans un crédit confirmé) ait, dans l'accréditif, prévu un terme de paiement différé et déclaré applicables les RUU, il faudrait encore arriver à la conclusion que la banque assignée ne pourrait comprendre de telles déclarations comme pouvant valoir interdiction d'un paiement anticipé.

Nous avons déjà relevé que les RUU ne disent rien sur la question de savoir si la banque peut s'exécuter avant terme et que l'art. 81 CO doit trouver application<sup>48</sup>. La banque ne peut donc, ni ne doit, comprendre une telle "instruction" (telle qu'elle est exprimée à l'art. 9 a ii ou b ii RUU) comme devant signifier qu'un paiement anticipé serait prohibé, et qu'il constituerait un crédit indépendant de l'accréditif et non la réalisation de ce dernier. D'ailleurs, quels pourraient être les motifs de l'acheteur (dont le propre crédit n'est pas affecté par un paiement anticipé au bénéficiaire<sup>49</sup>) pour vouloir imposer à la banque désignée le respect scrupuleux de la date de paiement de la somme d'accréditif et de la sorte empêcher le bénéficiaire d'obtenir, lui aussi, du crédit<sup>50</sup>? L'acheteur pourrait vouloir vérifier la marchandise à son arrivée avant l'échéance, ou se réserver la faculté de pouvoir solliciter une interdiction de paiement en raison d'une fraude éventuelle jusqu'au terme fixé dans l'accréditif. Or, une telle motivation non seulement ne saurait être reconnaissable pour la banque<sup>51</sup>, mais serait totalement incompatible avec le principe de l'abstraction, véritable clé de voûte du crédit documentaire<sup>52</sup>. Il est en effet unanimement admis que le but de l'accréditif à paiement différé n'est pas de permettre au donneur d'ordre de vérifier l'état de la marchandise à l'arrivée dans le délai de paiement, ou de le protéger contre

<sup>48</sup> Cf. *supra* ch. II.B.4.a.

<sup>49</sup> Cf. *infra* ch. II.B.4.d.

<sup>50</sup> Ce qui est contraire au principe de l'équilibre contractuel, cf. *infra* ch. II.B.4.d.

<sup>51</sup> La banque n'a en effet "pas à compter avec de telles circonstances extraordinaires [i.e. des machinations frauduleuses] – car il incombe à l'acheteur de choisir des cocontractants dignes de confiance", ATF 100 II 145, 151, JdT 1975 I 326, 332 consid. 4b; dans le même sens SCHÖNLE (1988), pp. 320-321; VASSEUR (1987), pp. 63-64; EBERTH/ELLINGER, p. 402; STAUDER, p. 451.

<sup>52</sup> Selon ce principe, découlant des art. 3 et 4 RUU et, en droit suisse, du principe de la relativité des contrats et de l'art. 468 al. 1 CO, l'engagement bancaire est indépendant des objections et exceptions relevant des rapports de valeur et de couverture, ainsi que du rapport assignant-assigné; à ce sujet, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 101-108.



une fraude éventuelle<sup>53</sup>. À défaut, cela signifierait que la banque, de son point de vue, ne pourrait se fier aux documents, même conformes en apparence, et devrait laisser au donneur d'ordre le temps de vérifier la marchandise avant de procéder au paiement. La banque devrait donc "suspecter systématiquement la fraude possible", et se trouverait dès lors "impliqué[e] dans l'exécution du contrat de base"<sup>54</sup>. Cela serait contraire au principe de l'abstraction, et au fait que les banques n'assument aucune responsabilité quant à la qualité, quantité, et existence de la marchandise (art. 15 RUU).

De la même manière, on relèvera qu'en présence d'une pratique bancaire et d'un usage commercial autorisant un paiement anticipé dans l'accréditif à paiement différé, l'on ne saurait non plus admettre qu'il y ait accord tacite entre le bénéficiaire et la banque pour exclure l'application de l'art. 81 al. 1 CO. Si le bénéficiaire veut conclure un contrat de prêt indépendant de l'accréditif, il faudrait qu'il en convienne expressément avec la banque assignée.

### *c) Moment de la réalisation de l'accréditif à paiement différé*

De fait, il convient de considérer que l'opération d'escompte n'est pas distincte du crédit documentaire. L'opération documentaire doit être achevée dès le moment où l'accréditif est réalisé.

C'est lors de la remise des documents par le bénéficiaire et par un paiement comptant, une acceptation de tirage ou une négociation de traite que chaque type de crédit, qu'il soit réalisable à vue, par acceptation ou par négociation, est considéré comme réalisé. En d'autres termes, c'est la présentation, puis l'acceptation des documents *et* le paiement simultané du montant d'accréditif qui réalisent le crédit documentaire. Or, le moment de la réalisation du crédit documentaire à paiement différé doit être déterminé selon le même critère: c'est donc lors de la remise des documents et du paiement – même anticipé – de la somme d'accréditif

<sup>53</sup> ATF 100 II 145, 150-151, JdT 1975 I 326, 331-332 consid. 4b; arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française du 7 avril 1987, *Banque* 1987, p. 625, *Recueil Dalloz/Sirey* (Paris), 1987 (partie "Jurisprudence"), p. 399; arrêt de l'*Oberlandesgericht* de Francfort-sur-le-Main du 23 mars 1981, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, p. 445; jugement du tribunal de Bologne du 15 mai 1981, *Banca borsa e titoli di credito* 1981, pp. 170 ss; CAPRIOLI, pp. 248-251; SCHÖNLE (1987), p. 336; VASSEUR (1987), p. 63; EBERTH/ELLINGER, p. 395; STAUDER, p. 442.

<sup>54</sup> VASSEUR (1987a), p. 401, n° 9 *if.*

que se figent les engagements irrévocables et inconditionnels de la banque confirmante (ou émettrice dans un crédit tripartite). La banque a donc droit à son remboursement si elle a bien exécuté son mandat<sup>55</sup>.

Cette interprétation, conforme à l'art. 14 a RUU, est de surcroît confortée par l'art. 8 b ii RUU qui prévoit que la banque émettrice, dans un crédit révoquant réalisable à paiement différé, ne peut plus révoquer le crédit et doit rembourser la banque désignée dès que celle-ci a levé les documents conformes en apparence avec les termes et conditions du crédit.

**d) *Compatibilité du paiement anticipé avec les fonctions de paiement, de sûreté et de crédit de l'accréditif, et faculté pour le bénéficiaire d'obtenir du crédit***

Il convient encore de s'interroger sur la compatibilité du paiement avant l'échéance avec les différentes fonctions du crédit documentaire. On sait que celui-ci est essentiellement un instrument de paiement, le donneur d'ordre s'acquittant du prix d'achat par son biais. Il revêt par ailleurs une fonction de sûreté, garantissant au vendeur qu'il percevra contre remise de documents attestant l'expédition de la marchandise le prix convenu, et à l'acheteur qu'il ne devra payer que s'il reçoit la preuve documentaire que les biens ont été envoyés. Enfin, le crédit documentaire peut avoir une fonction de crédit: c'est précisément le cas de l'accréditif à paiement différé, qui sert à procurer du crédit à l'acheteur, lequel ne doit payer qu'à une échéance déterminée et non trait pour trait; de la sorte, l'acheteur peut même, si nécessaire, vendre la marchandise pour se financer<sup>56</sup>.

Or, aucune de ces fonctions n'est compromise dans l'accréditif à paiement différé, même si le paiement intervient de manière anticipée. Le paiement de la marchandise intervient en tous les cas par l'intermédiaire de la banque assignée, seule l'exigibilité de l'obligation de cette dernière étant fixée à une date ultérieure à la remise des documents<sup>57</sup>. Quant à la fonction de sûreté, elle est également préservée dans la mesure où

<sup>55</sup> *Idem* (1992), p. 305; *idem* (1987a), p. 400, n° 4; *idem* (1987), p. 65. Pour BONTOUX, p. 1287, la seule levée de documents conformes en apparence réaliserait déjà le crédit à paiement différé. *Contra*: CAPRIOLI, pp. 246-247, n° 349-350.

<sup>56</sup> Au sujet des trois fonctions de l'accréditif, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 5-9 et les réf. citées.

<sup>57</sup> STAUDER, p. 440.



l'engagement de la banque, même en cas de paiement anticipé, est irrévocable, abstrait et soumis à la condition que les documents conformes en apparence avec les termes et conditions du crédit soient présentés par le bénéficiaire. Enfin, la fonction de crédit est garantie par le fait que le donneur d'ordre ne devra rembourser son mandataire qu'à l'échéance fixée dans l'accréditif<sup>58</sup>. Le donneur d'ordre n'est donc pas privé du bénéfice du terme<sup>59</sup>.

Par ailleurs, il convient de relever que si le crédit documentaire à paiement différé a pour fonction de fournir du crédit à l'acheteur-donneur d'ordre, il doit également permettre au vendeur-bénéficiaire d'en obtenir. Il en va de l'équilibre contractuel entre ces deux parties<sup>60</sup>. Il faut donc admettre que, sauf intention contraire des parties, l'octroi du crédit au donneur d'ordre n'est pas incompatible avec son refinancement au moyen d'un escompte. En effet, le paiement anticipé permet au vendeur, qui a lui-même consenti un crédit à l'acheteur, d'obtenir à son tour du crédit de la banque confirmante en recevant le prix d'achat de la marchandise avant l'échéance. Si ce refinancement devait se faire aux risques et périls de la banque assignée, il serait fortement remis en question<sup>61</sup>; or, une telle conséquence serait peu souhaitable dans le commerce international.

***e) La banque assignée, en payant avant l'échéance, ne se substitue pas au bénéficiaire comme cessionnaire***

La Cour de Justice de Genève, dans son arrêt de 1993<sup>62</sup>, a jugé, sans autres développements, qu'«[e]n avançant les fonds [au bénéficiaire], la [banque confirmante] s'est simplement substituée au bénéficiaire, en tant que cessionnaire». En d'autres termes, le bénéficiaire céderait, au

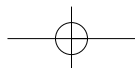
<sup>58</sup> De même, la banque émettrice ne devra rembourser la banque confirmante qu'à l'échéance.

<sup>59</sup> VASSEUR (1987a), p. 403, n° 14; cf. aussi ATF 100 II 145, 152, JdT 1975 I 326, 333 consid. 4c.

<sup>60</sup> Dans le même sens, arrêt de l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le-Main du 23 mars 1981, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, p. 445, qui se réfère au principe de la *Vertragsausgewogenheit*.

<sup>61</sup> VASSEUR (1987), p. 62.

<sup>62</sup> ACJ GE non publié du 4 mars 1993, *L.L. UK c. CS SA, RSM et Banque I.*, consid. 6d *i.f.* et 7b *i.f.* Dans le même sens, ACJ GE non publié du 2 septembre 1999, *V. Bank c. F. SA et UBS SA*, ACJC/832/1999, consid. 5b.





moment où il reçoit le paiement anticipé, sa créance à la banque confirmante, ce qui autoriserait le débiteur cédé à opposer à cette dernière (cessionnaire) toutes les exceptions qui lui appartenaient au moment où il a eu connaissance de la cession, notamment le dol ou la mauvaise foi du bénéficiaire (art. 169 CO).

Ce raisonnement peut-il être retenu? On relèvera d'abord que la banque assignée (qu'elle soit émettrice dans un crédit non confirmé ou confirmante) n'est *pas subrogée*, au sens de l'art. 110 CO, au bénéficiaire lorsqu'elle anticipe son paiement. En effet, seul un *tiers* qui paye le créancier peut être légalement subrogé<sup>63</sup>. Or, la banque confirmante, débitrice de la créance en paiement de la somme d'accréditif du bénéficiaire, n'est pas un tiers à ce rapport d'obligation. Par ailleurs, il n'existe pas de subrogation en dehors des cas prévus de façon limitative par la loi; or, aucune des causes de subrogation prévues légalement ne saurait s'appliquer en l'espèce<sup>64</sup>.

Qu'en est-il de la théorie de la *cession de créance*? De fait, la Cour de Justice genevoise n'a pas spécifié, dans son arrêt de 1993, quelle créance serait cédée par le bénéficiaire à la banque confirmante (en garantie, vraisemblablement, du prêt prétendument reçu par ce dernier)<sup>65</sup>. Or, le bénéficiaire, dans une opération de crédit documentaire confirmé, dispose de trois créances distinctes<sup>66</sup>: (i) l'une contre la banque confirmante, fondée sur la seconde assignation assumée par la banque confirmante, (ii) une autre contre la banque émettrice, fondée sur la première assignation<sup>67</sup>, et enfin (iii) une contre le donneur d'ordre, fondée sur le rapport de valeur.

<sup>63</sup> GONZENBACH, n° 5 ad art. 110 CO.

<sup>64</sup> ENGEL, p. 613 *if.*

<sup>65</sup> Elle laisse toutefois entendre que les débiteurs cédés seraient à la fois le donneur d'ordre et la banque émettrice: ACJ GE non publié du 4 mars 1993, *L.L. UK c. CS SA, RSM et Banque I.*, consid. 7b *if.*

<sup>66</sup> La créance, fondée sur les art. 402 al. 1 et 394 al. 3 CO, que fait valoir la banque confirmante contre la banque émettrice à l'échéance du crédit à paiement différé si elle a régulièrement exécuté son mandat, ne peut évidemment lui être cédée par le bénéficiaire.

<sup>67</sup> Le bénéficiaire, dans un crédit confirmé, est en effet au bénéfice de deux engagements distincts: l'un de la banque émettrice (banque assignée dans la première assignation) et l'autre de la banque confirmante (banque assignée dans la seconde assignation) (ATF 115 II 67, 70, JdT 1989 I 342, 344 consid. 1).





La cession de la première créance n'aurait aucun sens. En effet, lorsque le cédant cède au cessionnaire une créance qu'il a non contre un tiers, mais contre lui-même, la créance s'éteint par confusion, puisque le cessionnaire est débiteur cédé (art. 118 CO)<sup>68</sup>. Si donc le bénéficiaire (cédant) devait céder à la banque confirmante la créance exigible à terme mais déjà exécutable qu'il a contre cette dernière (banque assignée à qui il a remis les documents prescrits pour rendre sa créance inconditionnelle), il éteindrait sa créance par confusion<sup>69</sup>. Dans ces conditions, la cession de la créance du bénéficiaire en paiement de la somme d'accréditif contre la banque confirmante (créance devenue inconditionnelle par la présentation de documents conformes en apparence<sup>70</sup>) n'a pu être voulue, ni acceptée par cette dernière.

Quant à la cession des deux autres créances, on voit mal comment elle pourrait être envisagée par la banque confirmante. Cette dernière n'aurait en effet aucun intérêt économique ni juridique à se faire céder pareilles créances du bénéficiaire. La dette de la banque émettrice, on le sait, est solidaire et subsidiaire par rapport à celle de la banque confirmante<sup>71</sup>, ce qui signifie que ce n'est qu'en cas de défaillance de la banque ayant ajouté sa confirmation que la banque émettrice devra s'exécuter<sup>72</sup>. Il en va de même de la dette du donneur d'ordre, résultant du rapport de valeur, qui est subsidiaire à la dette assumée par la banque assignée envers le bénéficiaire; ce dernier, s'il a accepté l'assignation, ne sera en

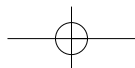
<sup>68</sup> SPIRIG, n° 76 ad art. 164 CO; AEPLI, n° 5 et 17 ad art. 118 CO.

<sup>69</sup> AEPLI, n° 14 ad art. 118 CO. L'extinction interviendrait *ipso iure*; *idem*, n° 26 ad art. 118 CO. L'analyse serait toutefois différente dans le cas d'un crédit notifié par une *banque notificatrice domicile de paiement*. En effet, cette banque n'étant pas assignée et donc pas débitrice elle-même de la somme d'accréditif, elle pourrait – si les parties en ont effectivement convenu – se voir céder la créance du bénéficiaire contre la banque émettrice sans que cette créance s'éteigne par confusion. Sans nous prononcer sur la réalité d'une cession, voulue par les parties et documentée par écrit (art. 165 al. 1 CO), cette théorie de la cession ne se heurte au moins pas, dans le cas d'un crédit notifié, à l'objection de l'extinction de l'obligation par confusion. Cf. à ce sujet le jugement non publié de la Cour civile du TC VD du 1<sup>er</sup> juin 1993, *C SA et autres c. M SA et diverses banques*, consid. VIII b, rés. par BARBEY, pp. 33-34, n° 53, p. 34, lit. d.

<sup>70</sup> Sur le contenu de la condition suspensive grevant l'engagement de la banque assignée, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 159-182.

<sup>71</sup> ACJ GE, SJ 1998 393, 394-395 consid. 4d; DE GOTTRAU (1999), pp. 62-63 et les réf. citées; DOHM (1993), p. 19; TEVINI DU PASQUIER, pp. 54-55. Cf. aussi la teneur de l'art. 9 b RUU qui précise que les documents, dans un crédit confirmé, doivent être "présentés à la Banque confirmante ou à toute autre banque désignée", ainsi que CCI, p. 24.

<sup>72</sup> TEVINI DU PASQUIER, pp. 54-55 et n. 43 et 49, qui précise que le bénéficiaire ne devrait toutefois pas attendre la date d'expiration du crédit documentaire (art. 43 a RUU).



effet autorisé à faire valoir de nouveau sa créance contre l'assignant (donneur d'ordre) découlant du rapport de valeur que si, ayant demandé le paiement à la banque assignée (banque confirmante, respectivement banque émettrice), il n'a pu l'obtenir à l'expiration du terme fixé dans l'assignation<sup>73</sup>. Par ailleurs, on relèvera qu'une fois les documents présentés à la banque désignée pour réaliser l'accréditif (dans notre hypothèse la banque confirmante), c'est la dette de cette dernière qui sera devenue inconditionnelle en cas de présentation de documents conformes en apparence. On voit dès lors mal l'intérêt de la banque confirmante à se faire céder la créance du bénéficiaire contre la banque émettrice, celle-ci étant non seulement subsidiaire, mais aussi conditionnelle (et ne pouvant plus être rendue inconditionnelle par le bénéficiaire qui a déjà présenté ses documents à la banque désignée). De même est-il difficilement concevable que la banque puisse vouloir se faire céder la créance du bénéficiaire contre le donneur d'ordre fondée sur le rapport de valeur. La situation financière du donneur d'ordre lui est en effet vraisemblablement inconnue, et surtout cette créance n'est pas abstraite, toutes les exceptions résultant du rapport contractuel de base pouvant lui être opposées.

Enfin, relevons d'une manière générale qu'une cession de créance n'est valable que si elle est constatée par écrit et signée par le cédant<sup>74</sup>. Si donc – par hypothèse – la banque entendait véritablement se substituer au bénéficiaire comme cessionnaire de la créance de ce dernier contre la banque émettrice ou le donneur d'ordre, encore faudrait-il qu'elle exige un acte (écrit) de cession valable; si un tel document de cession n'a pas été exigé par la banque, cela démontrera qu'elle n'a pas envisagé une telle cession. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où la banque et le bénéficiaire auraient expressément convenu d'une cession, établie sous forme écrite et destinée à garantir un prêt indépendant, par hypothèse consenti par la banque au bénéficiaire, que la théorie de la cession pourrait être retenue. Cela étant, comme en droit suisse le paiement anticipé doit être assimilé à la réalisation de l'accréditif (et non à une opération de prêt distincte)<sup>75</sup>, une telle cession ne saurait être présumée.

<sup>73</sup> Art. 467 al. 2 CO. Le bénéficiaire ne pourra faire valoir sa créance contre le donneur d'ordre qu'à l'échéance de la date extrême de validité du crédit documentaire (art. 42 RUU); TEVINI DU PASQUIER, p. 76 *i.i.*

<sup>74</sup> Art. 165 al. 1 et 13 al. 1 CO. Sur le contenu de l'acte qui doit revêtir la forme écrite, cf. SPIRIG (1993), n° 22 ss ad art. 165 CO.

<sup>75</sup> Cf. *supra* ch. II.B.4.c.

La théorie de la Cour de Justice de Genève, pour qui la banque confirmante se substituerait au bénéficiaire, en tant que cessionnaire, en payant la somme d'accréditif de façon anticipée dans un crédit documentaire confirmé, ne saurait donc, à notre avis, être retenue. Il faudrait arriver à la même conclusion en ce qui concerne une banque émettrice agissant dans un crédit tripartite.

### ***C. Banque notificatrice domicile de paiement***

#### **1. Conséquences de la fraude en cas de paiement anticipé**

Qu'en est-il lorsque ce n'est pas une banque émettrice ou confirmante, mais une banque notificatrice domicile de paiement, qui paye de façon anticipée un accréditif à paiement différé?

Les *RUU* n'abordent pas cette question, qui doit dès lors être examinée sous l'angle du droit national applicable.

La *jurisprudence suisse* est peu diserte sur ce point: le *Tribunal fédéral* n'a, à notre connaissance, pas eu l'occasion de se prononcer sur cette problématique du point de vue de la banque notificatrice domicile de paiement<sup>76</sup>. Pour sa part, la Cour civile du *Tribunal cantonal vaudois* a jugé qu'en escomptant avant son échéance un accréditif à paiement différé en mains du bénéficiaire, la banque notificatrice se substituait au bénéficiaire en tant que cessionnaire; elle devait donc se laisser opposer par le donneur d'ordre toutes les exceptions (y compris une fraude découverte entre-temps) dont ce dernier disposait à l'encontre du cédant, soit le bénéficiaire<sup>77</sup>.

Quant à la *doctrine suisse*, elle considère à juste titre que lorsque c'est une banque notificatrice domicile de paiement qui, sans y avoir été expressément autorisée par la banque émettrice, paye de façon anticipée, elle n'a pas droit au remboursement de ses frais de la part de la banque émettrice "si une exception de fraude s'oppose, à l'échéance, au droit du

<sup>76</sup> Dans son arrêt du 15 décembre 1997 (*Société E. c. Bank Kreiss Aktiengesellschaft*, SJ 1998 388 rés.), le Tribunal fédéral n'a procédé qu'à un examen de la jurisprudence allemande sur la question.

<sup>77</sup> Jugement non publié de la Cour civile du TC VD du 1<sup>er</sup> juin 1993, *C SA et autres c. M SA et diverses banques*, consid. VIII b, rés. par BARBEY, pp. 33-34, n° 53, p. 34, lit. d. Au sujet des mérites de cette théorie de la cession, cf. *supra* ch. II.B.4.e. et n. 69.

bénéficiaire au paiement de l'accréditif<sup>78</sup>. La banque notificatrice domicile de paiement n'exécute en effet pas régulièrement son mandat en payant avant l'échéance, mais conclut plutôt une opération de crédit propre avec le bénéficiaire, en son propre nom et à ses propres risques<sup>79</sup>. Cette banque est seulement mandatée pour réaliser le crédit, mais nullement assignée de le faire; elle n'est donc pas débitrice de la somme d'accréditif<sup>80</sup>. Par conséquent, elle ne peut se prévaloir de l'art. 81 al. 1 CO qui permet au débiteur – si l'intention contraire des parties ne ressort ni des termes ou de la nature du contrat, ni des circonstances – d'exécuter son obligation avant l'échéance. La banque notificatrice ne fait dès lors pas “des frais pour l'exécution régulière du mandat” au sens de l'art. 402 al. 1 CO, lorsqu'elle procède, sans autorisation de sa mandante (i.e. la banque émettrice), à un paiement anticipé du montant d'accréditif en faveur du bénéficiaire. Si cette banque entend éteindre de manière anticipée l'*obligation de la banque émettrice*, elle doit être expressément autorisée à cet effet par sa mandante, puisqu'il est notoire que la pratique bancaire suisse n'envisage un paiement anticipé dans le crédit documentaire à paiement différé que pour les banques émettrice ou confirmante<sup>81</sup>. Aussi, la banque notificatrice domicile de paiement ne peut-elle exiger de la banque émettrice d'être remboursée de son paiement en cas de fraude découverte entre le moment de l'escompte et celui de l'échéance fixée dans les conditions de l'accréditif.

L'examen de divers *droits étrangers* corrobore la position prévalant en droit suisse. C'est ainsi que la *jurisprudence allemande* considère que “[l]orsque le mandant fixe un délai de paiement de 30 jours après la remise des documents, cela signifie certes qu'il peut éventuellement payer déjà avant, soit lors de la remise des documents. Mais comme le mandant seul est celui dont la seconde banque comme domicile de paiement remplit l'obligation, cette question doit aussi être décidée par lui”<sup>82</sup>. Il en résulte que la banque notificatrice n'est pas autorisée, en qualité de domicile de paiement, à payer le bénéficiaire avant l'échéance du délai de paiement indiqué dans l'accréditif. Si elle paye avant l'échéance sans

<sup>78</sup> DOHM (1993a), p. 13. Cf. aussi SCHÖNLE (1988), p. 322; *idem* (1987), p. 337.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> TEVINI DU PASQUIER, p. 66 et p. 67.

<sup>81</sup> Cf. p.ex. UNION DE BANQUES SUISSES (1985), p. 16 *if*.

<sup>82</sup> Arrêt de l'*Oberlandesgericht* de Francfort-sur-le-Main du 25 mars 1986, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1986, pp. 905 ss, pp. 907-908 (traduction libre).



l'accord de son mandant, c'est elle qui supporte le risque d'une fraude découverte avant le terme fixé dans l'accréditif<sup>83</sup>. La *jurisprudence italienne*<sup>84</sup>, tout comme la *jurisprudence française*<sup>85</sup>, vont dans le même sens, considérant que la banque notificatrice conclut à ses risques une opération autonome d'anticipation bancaire, lorsqu'elle paye avant terme sans autorisation.

## 2. Incidence du comportement de la banque émettrice après examen des documents

On sait qu'après avoir levé les documents, la banque correspondante les transmet à la banque émettrice, laquelle en examine à son tour la conformité. Il faut dès lors se demander quelle peut être la portée juridique, sur le droit au remboursement de la banque notificatrice domicile de paiement, du fait que la banque émettrice, après examen des documents qui lui ont été transmis, les a conservés, ou même a assuré par écrit et sans réserve à sa banque correspondante qu'elle lui rembourserait la somme d'accréditif à l'échéance?

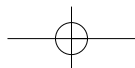
En vertu de principe "paiement contre documents"<sup>86</sup>, la banque émettrice devrait en principe rembourser la somme d'accréditif à la banque notificatrice. Cela étant, l'acceptation des documents par la banque émettrice n'aura pas eu pour conséquence de modifier le mandat conféré à la banque notificatrice. Celle-ci n'a pas respecté ses obligations de mandataire, en payant de façon anticipée, sans autorisation expresse,

<sup>83</sup> *Ibidem*. Dans le même sens, arrêt du *Bundesgerichtshof* allemand du 16 mars 1987, *Der Betrieb* 1987, p. 1983; *Neue Juristische Wochenschrift* 1987, p. 2578; *Wertpapier-Mitteilungen* 1987, p. 977; *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis* 1987, p. 1038. Cf. aussi SCHÜTZE, n° 65; SCHÖNLE (1988), pp. 314-315; EBERDING (1987), pp. 1246 ss; PLAGEMANN (1987a), pp. 948 ss; *idem* (1987), pp. 27 ss.

<sup>84</sup> Jugement du tribunal de Bologne du 15 mai 1981, *Banca borsa e titoli di credito* 1981, pp. 170 ss, cité par VASSEUR (1987), pp. 62-63.

<sup>85</sup> Arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris du 3 février 1992, *Mauritius Commercial Bank Ltd. c. BNP*, *Recueil Dalloz/Sirey* (Paris), 1992 n° 32 (partie "Sommaires commentés"), p. 305. Dans le même sens, VASSEUR (1992), p. 305; *idem* (1987), p. 64.

<sup>86</sup> Selon ce principe de droit coutumier, exprimé à l'art. 14 e RUU, la banque (ou le donneur d'ordre) qui a accepté les documents présentés, ou ne les a pas refusés conformément aux conditions de l'art. 14 d i et ii RUU, ne peut plus faire valoir que les documents ne sont pas conformes aux termes et conditions du crédit; cf. à ce sujet DE GOTTRAU (1999), pp. 48-51 et les réf. citées.



puisqu'elle ne pouvait se prévaloir de la faculté offerte au débiteur par l'art. 81 al. 1 CO. Si la banque émettrice ignorait que la banque correspondante avait procédé à l'escompte de la somme d'accréditif, son engagement de rembourser cette dernière à l'échéance ne saurait être considéré comme valant ratification, au sens de l'art. 38 CO, du paiement anticipé. À défaut, cela reviendrait à admettre que la banque émettrice, ayant correctement exécuté son mandat en acceptant les documents (puisqu'elle ne pouvait par hypothèse découvrir les vices indécélables affectant ces derniers), devrait rembourser la banque notificatrice qui, elle, aurait violé ses obligations de mandataire. Une telle solution ne saurait être admise.

#### ***D. Conclusion***

On voit que le paiement anticipé (sous forme d'un escompte) effectué par une banque notificatrice domicile de paiement l'est à ses propres risques et périls.

En revanche, une banque émettrice (dans un accréditif tripartite) ou confirmante est autorisée, en l'absence d'une clause expresse interdisant un paiement anticipé, à payer par avance sans perdre son droit à obtenir le remboursement de ses frais à l'échéance si elle a régulièrement exécuté son mandat, et ce même en cas de fraude découverte après l'escompte, mais avant l'échéance. La solution contraire serait, selon nous, non seulement incompatible avec la teneur des art. 9 a ii et b ii RUU et 81 al. 1 CO, mais aussi – et surtout – contraire au principe de l'abstraction, principe essentiel de l'institution du crédit documentaire. Le donneur d'ordre serait d'ailleurs bien en peine de justifier l'instruction qu'il pourrait vouloir donner à la banque de ne payer en aucun cas la somme d'accréditif avant l'échéance. Dans ce cas de figure, le bénéficiaire saurait que son cocontractant au rapport de valeur, à qui il accorderait un crédit-vendeur en acceptant un paiement différé, lui refuserait pour sa part tout crédit-acheteur fondé sur l'accréditif; de surcroît, il serait averti du fait que le donneur d'ordre entend se ménager la possibilité de vérifier la marchandise à réception et de solliciter le blocage de l'accréditif si la marchandise ne lui semble pas conforme. Cela étant, dans un domaine régi par le principe de la liberté contractuelle, le donneur d'ordre peut, dans les limites de la loi, donner à la banque les instructions qu'il entend. C'est ce qu'il aura d'ailleurs intérêt à faire – en donnant des instructions



les plus précises possibles – s’il entend proscrire un paiement anticipé<sup>87</sup> et éviter toute contestation à ce sujet. Reste à voir si les banques assisees, dans un tel cas de figure, seraient disposées à consentir à leurs seuls risques et périls des avances aux bénéficiaires d’accréditifs à paiement différé. L’attrait du crédit documentaire à paiement différé, du moins pour un bénéficiaire ne disposant pas d’une excellente surface financière, pourrait s’en trouver considérablement réduit.

### **III. Choix des parties citées dans les mesures provisionnelles en matière de crédit documentaire et de garantie bancaire**

On sait qu’en cas de fraude du bénéficiaire dans une opération de crédit documentaire, ou d’appel abusif à une garantie bancaire, le bénéficiaire n’a pas droit à son paiement, sa créance – en vertu de l’art. 2 al. 2 CC – n’étant qu’apparente, voire même inexistante. Si la banque désignée pour réaliser l’accréditif, respectivement la banque garante, se convainc du caractère manifestement abusif de la prétention du bénéficiaire, elle pourra, et même devra en raison de son mandat, refuser son paiement<sup>88</sup>.

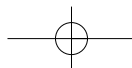
Le plus souvent cependant, c’est le donneur d’ordre qui s’efforcera d’empêcher le paiement de la somme d’accréditif ou de la garantie au bénéficiaire en sollicitant des mesures provisionnelles<sup>89</sup>.

Avant d’aborder la question du choix des parties citées dans le cadre des mesures provisionnelles, il convient de rappeler à grands traits les conditions d’octroi de ces dernières.

<sup>87</sup> Le Tribunal fédéral a toutefois considéré, au sujet d’une instruction d’interdiction de paiement anticipé que le donneur d’ordre pourrait donner, qu’[i]l n’est pas certain (...) que la banque [serait] d’accord, car une telle instruction est contraire à la nature du crédit documentaire irrévocable et grève d’un élément emprunté à l’opération de base l’obligation de payer, qui est abstraite et subordonnée à la condition que les documents soient remis” (ATF 100 II 145, 152-153, JdT 1975 I 326, 333 consid. 4c; cf. aussi SCHÖNLE (1988), pp. 320-321 et STAUDER, p. 451).

<sup>88</sup> Sur les conditions dans lesquelles la banque peut refuser son paiement, cf., en matière d’accréditif, DE GOTTRAU (1999), pp. 191 ss; et en matière de garantie bancaire, *idem* (2001a), pp. 12-14.

<sup>89</sup> Les mesures provisionnelles constituent la mesure la plus appropriée pour empêcher le paiement de la somme d’accréditif, respectivement de la somme garantie en cas de fraude; le séquestre, quant à lui, est difficilement envisageable pour une multitude de raisons. Cf. à ce sujet DE GOTTRAU (1999), pp. 329-363; *idem* (2001a), pp. 14-18.



### ***A. Généralités; conditions d'octroi des mesures provisionnelles***

Du point de vue de la compétence *ratione loci*, il existe, sur un plan international, un for fondé sur l'urgence et justifié par des considérations d'efficacité, qui permet aux autorités judiciaires suisses d'ordonner des mesures provisionnelles, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du fond du litige (art. 10 LDIP; art. 24 CLug). De surcroît, le juge étatique suisse est compétent *ratione materiae* même si les parties au rapport de valeur ont convenu de soumettre leurs litiges éventuels à la compétence d'un tribunal arbitral, dès lors que la compétence concurrente des tribunaux ordinaires et des arbitres est généralement admise en arbitrage international. Il est donc admis, en matière d'accréditif comme de garantie bancaire, que les tribunaux suisses sont compétents pour ordonner des mesures provisionnelles tendant notamment à faire interdiction à la banque de payer, pour autant que celle-ci soit sise en Suisse<sup>90</sup>.

Si c'est à la lumière du droit applicable au fond que le juge suisse des mesures conservatoires examinera si le droit matériel invoqué par le requérant existe, c'est en revanche en application du droit cantonal de procédure qu'il devra s'assurer que les conditions d'octroi des mesures provisionnelles sont réalisées. Pour l'essentiel, ces conditions sont semblables dans tous les codes de procédure cantonaux; l'on s'en tiendra donc, dans cette étude, aux règles de procédure civile genevoise en la matière. L'art. 324 al. 2 lit. c LPC, qui prévoit que le juge peut autoriser "toute (...) mesure justifiée par les circonstances et l'urgence destinée notamment à (...) protéger le requérant d'un dommage difficile à réparer", comporte quatre conditions: (i) vraisemblance des faits allégués par le requérant, (ii) vraisemblance du droit allégué par le requérant et préfiguration de l'action au fond, (iii) urgence de la mesure ("dommage difficile à réparer"), et (iv) respect du principe de la proportionnalité. Ces conditions sont suffisamment connues pour qu'il suffise de renvoyer aux études dont elles ont déjà fait l'objet<sup>91</sup>. On rappellera simplement, au sujet de la première condition, que si le juge devra se montrer très

<sup>90</sup> Sur la question de la compétence *ratione loci* et *ratione materiae*, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 368-372; *idem* (2001a), pp. 19-20.

<sup>91</sup> En matière de crédit documentaire, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 375-391 et les réf. de jurisprudence et de doctrine citées; en matière de garantie bancaire, cf. *idem* (2001a), pp. 20-24 et les réf. de jurisprudence et de doctrine citées.





exigeant (“critique et sévère”) lors de l’examen de la vraisemblance de la fraude affectant l’opération de crédit documentaire ou du caractère abusif de l’appel à la garantie, il ne saurait pour autant requérir, à ce stade, la preuve de l’abus de droit. Pour reprendre la formule développée par la Cour de Justice de Genève, dans son arrêt de principe rendu en 1985 dans l’affaire *Miranos*, il suffira que soient rendus vraisemblables des faits qui, s’ils étaient établis de façon stricte, prouveraient que l’abus est manifeste<sup>92</sup>. Enfin, notons qu’en matière de garanties indirectes<sup>93</sup>, le juge devra examiner si le donneur d’ordre a rendu vraisemblable non seulement l’abus de droit du bénéficiaire à l’égard de la banque garante, mais aussi celui de la banque garante à l’égard de la banque contre-garante<sup>94</sup>.

### ***B. Choix des parties citées et types de mesures envisageables***

Dans son arrêt *Miranos*, la Cour de Justice genevoise a également jugé que le donneur d’ordre, qui entend empêcher le paiement d’une *garantie bancaire* auquel il est fait appel abusivement, peut – pour autant que la compétence territoriale du tribunal saisi soit donnée – agir à son choix (i) contre le bénéficiaire en concluant à ce qu’il lui soit fait interdiction de faire valoir sa créance en paiement de la somme garantie, (ii) contre le bénéficiaire, en demandant qu’il soit fait interdiction à la banque, en tant que “tiers”, de payer, (iii) contre la banque garante, voire contre-garante, en demandant – selon le rôle de la banque et le type de garantie – qu’il lui soit fait interdiction soit de payer, soit de rembourser la seconde banque, soit encore de débiter le compte du donneur d’ordre du montant de la garantie<sup>95</sup>, ou (iv) contre le bénéficiaire et la banque<sup>96</sup>.

Cette jurisprudence vaut également en matière de *crédit documentaire*, étant alors précisé que le donneur d’ordre pourra s’en prendre (i) soit au bénéficiaire, en demandant qu’il lui soit interdit de faire valoir

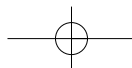
<sup>92</sup> ACJ GE, SJ 1985 695, 613-614 consid. 3a.

<sup>93</sup> Une garantie est dite indirecte lorsque la première banque (dite banque contre-garante), sur instruction de son donneur d’ordre, donne mandat à une seconde banque (dite banque garante), en général sise dans le pays du bénéficiaire de la garantie, d’émettre sous la responsabilité de la première banque une garantie propre (soumise à la loi de la seconde banque) en faveur du bénéficiaire, lequel n’est au bénéfice que de cette dernière garantie.

<sup>94</sup> Cf. DOHM (1986), p. 166, n° 369.

<sup>95</sup> Cette faculté de requérir des mesures provisionnelles contre la banque seule (sans viser le bénéficiaire) est toutefois remise en cause à l’heure actuelle; cf. à ce sujet *infra* ch. III.C.

<sup>96</sup> ACJ GE, SJ 1985 609, 623-624 consid. 9e.



sa créance en paiement de la somme d'accréditif, ou qu'il soit fait interdiction à la banque, en tant que "tiers", de payer la somme d'accréditif, (ii) soit à la banque désignée pour réaliser le crédit – qu'elle soit banque émettrice dans une opération tripartite, banque confirmante ou notificatrice domicile de paiement –, afin de lui faire interdiction de payer la somme d'accréditif au bénéficiaire<sup>97</sup>, (iii) soit à la banque émettrice, dans une opération quadripartite où la banque correspondante aurait déjà payé la somme d'accréditif au bénéficiaire, en demandant qu'il lui soit interdit non seulement de rembourser la seconde banque, mais aussi de débiter le compte du donneur d'ordre du montant correspondant<sup>98</sup>, (iv) soit enfin au bénéficiaire et à la banque, afin qu'il soit fait interdiction à celui-ci de faire valoir sa créance, et à celle-là de payer le montant d'accréditif.

Il ne nous appartient pas ici de passer en revue ces différentes alternatives qui s'offrent au donneur d'ordre désireux d'empêcher le paiement d'un crédit documentaire ou d'une garantie bancaire<sup>99</sup>. Quel est le meilleur choix pour le donneur d'ordre qui doit requérir des mesures provisionnelles? Cela dépend des paramètres de chaque cas d'espèce. En réalité, aucune solution n'est entièrement satisfaisante. On peut cependant relever que la solution la plus commode, en pratique, consiste pour le donneur d'ordre à n'avoir qu'une partie citée en face de lui. De la sorte, il ne s'expose pas au risque de décisions contradictoires, au stade de la validation des mesures provisionnelles, qui pourrait résulter du fait que ses rapports contractuels avec les parties à l'opération d'accréditif ou de garantie bancaire – c'est-à-dire avec la banque et le bénéficiaire –, soient soumis à un droit, à un for, et/ou à un type de procédure différents.

Il nous apparaît dès lors que la solution la plus pratique pour le donneur d'ordre consisterait à désigner comme partie citée le seul bénéficiaire et à demander au juge qu'il interdise à la banque "en tant que tiers" de payer la somme d'accréditif ou de garantie. De la sorte, le donneur d'ordre pourrait bloquer l'accréditif, voire la garantie bancaire tout en pouvant valider ces mesures contre le seul bénéficiaire, ce qui lui éviterait les éventuels problèmes de fors et de procédures disjoints qu'il pourrait rencontrer s'il avait à agir à la fois contre la banque et le

<sup>97</sup> Cf. *supra* n. 95.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> Pour un exposé des différents types de mesures provisionnelles envisageables en matière de crédit documentaire, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 391-436; en matière de garantie bancaire, cf. *idem* (2001a), pp. 25-34.



bénéficiaire. Il n'empêche que cette solution est quelque peu insolite si le bénéficiaire n'est pas domicilié en Suisse, car on voit mal quelles conclusions le donneur d'ordre peut alors prendre à son encontre. Il ne sera évidemment pas possible de demander au tribunal qu'il impose un comportement donné au bénéficiaire, à savoir qu'il ne fasse pas valoir sa créance en paiement, si ce dernier ne se trouve pas dans la juridiction dans laquelle les ordres du juge pourraient lui être imposés. Par ailleurs, il n'est pas certain que des conclusions tendant à faire constater que le bénéficiaire requiert abusivement le paiement de l'accréditif, respectivement de la garantie soient susceptibles, au stade des mesures provisionnelles, de "protéger le requérant d'un dommage difficile à réparer"; en revanche, de telles conclusions pourraient être prises au stade de la validation des mesures<sup>100</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'une injonction judiciaire en mesures provisionnelles peut s'adresser à un tiers qui n'est pas partie citée à la procédure<sup>101</sup>. Cela étant, il faut relever qu'en pratique, en raison des incertitudes qui viennent d'être évoquées et de la controverse qui s'est développée sur la question de savoir si le bénéficiaire peut ou non n'être pas désigné comme partie citée dans la procédure conservatoire, le donneur d'ordre citera le plus souvent à la fois le bénéficiaire et la banque (sise en Suisse) dans ses mesures provisionnelles.

Il convient cependant d'examiner si une mesure dirigée contre la seule banque désignée pour réaliser le crédit documentaire, respectivement payer la garantie bancaire, peut être sollicitée.

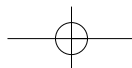
### ***C. Une mesure dirigée contre la banque seule est-elle admissible?***

Savoir si le donneur d'ordre peut ne citer que la banque, sans le bénéficiaire, fait l'objet d'une importante controverse. On sait que les mesures provisionnelles doivent être validées par une action au fond. Or, il est soutenu que la question fondamentale qui devra être tranchée dans cette action – celle de savoir si le bénéficiaire, dans le rapport de valeur,

---

<sup>100</sup> Lorsqu'il vise la banque en tant que "tiers", le donneur d'ordre ne prend donc, au stade des mesures provisionnelles, pas de conclusions à l'encontre du bénéficiaire (si celui-ci a son domicile à l'étranger); il n'en prend que contre la banque. C'est dans l'action au fond, intentée au domicile du bénéficiaire, que le donneur d'ordre formulera ses conclusions contre le bénéficiaire; cf. TEVINI DU PASQUIER, p. 282.

<sup>101</sup> *Ibidem*.





commet un abus de droit en demandant le paiement de la somme d'accréditif ou en faisant appel à la garantie – ne pourrait être élucidée que par un procès opposant le donneur d'ordre au bénéficiaire<sup>102</sup>. Aussi, est-il prétendu que le bénéficiaire devrait impérativement être cité comme partie au stade des mesures provisionnelles déjà, une mesure provisionnelle dirigée uniquement contre la banque étant considérée comme déloyale.

La pratique judiciaire, du moins à Genève, a dans un premier temps admis que le donneur d'ordre pouvait, en tous les cas au stade des mesures provisionnelles, n'agir qu'à l'encontre de la banque désignée sise en Suisse (à Genève) en demandant qu'il lui soit fait interdiction de payer la somme d'accréditif, respectivement la garantie, au bénéficiaire<sup>103</sup>. Cette pratique s'est cependant modifiée progressivement, et semble désormais requérir la présence impérative du bénéficiaire en qualité de partie citée dans la procédure conservatoire<sup>104</sup>. La Cour de Justice genevoise (qui à notre connaissance est la seule juridiction à s'être penchée sur la question) estime en effet que la question de l'abus de droit ne pouvant être tranchée que par un procès opposant le donneur d'ordre au bénéficiaire<sup>105</sup>, le bénéficiaire devrait nécessairement être cité comme partie au stade des mesures provisionnelles déjà. Une mesure dirigée uniquement contre la seule banque apparaîtrait comme "insolite", dès lors qu'elle ne mettrait pas en cause "les véritables parties [qui] sont celles qui participent au contrat de base"<sup>106</sup>. Par ailleurs, les banques, n'étant pas intéressées à l'affaire, auraient pour habitude de ne pas prendre position, ce qui aurait pour conséquence de fausser le débat<sup>107</sup>. Enfin, la Cour de Justice s'est demandé si le bénéficiaire ne devait pas être obligatoirement cité lorsqu'il se trouve dans un pays proche où il est facile de l'assigner

<sup>102</sup> Cf. p.ex. TEVINI DU PASQUIER, pp. 268-269; DOHM (1986), p. 176, n° 381 *if*.

<sup>103</sup> ACJ GE, SJ 1985 609, 623 consid. 9e; ACJ GE, SJ 1984 457, 461.

<sup>104</sup> ACJ GE non publiés des 17 août 1993, n° 415, *BFI et B. SA c. SP Sàrl, Mme L. et M. G.*, consid. 3, et 24 avril 1997, n° 527, *Consorts L. c. UBP*, consid. 3. Au sujet de ces arrêts, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 410-411, n. 402 et 403.

<sup>105</sup> ACJ GE non publié du 17 août 1993, n° 415, *BFI et B. SA c. SP Sàrl, Mme L. et M. G.*, consid. 3; ACJ GE, SJ 1985 609, 621-622 consid. 9c.

<sup>106</sup> ACJ GE, SJ 1985 609, 621-622 consid. 9c. Dans le même sens, ACJ GE non publié du 10 mars 1993, *L.L. U.K. c. CS. SA, RSM et Banque I.*, consid. 4.

<sup>107</sup> ACJ GE non publié du 24 avril 1997, n° 527, *Consorts L. c. UBP*, consid. 3; ordonnance (non publiée) du Tribunal de première instance de Genève n° C/31766 et 32216/1994-3-SP du 10 mars 1995, *R. SA et C.N.C.A. c. O.C.R.T.*, rés. in DE GOTTRAU (1999), p. 411, n. 403.



en justice; à défaut, le débat pourrait être faussé et consacrer une violation inadmissible du droit d'être entendu du bénéficiaire<sup>108</sup>.

Est-il justifié de devoir obligatoirement citer le bénéficiaire au stade des mesures provisionnelles, et *a fortiori* dans l'action en validation? La réponse à cette question est délicate. Il convient, selon nous, d'examiner d'abord si, du point de vue du droit matériel, il existe un droit d'action autonome du donneur d'ordre contre la banque, fondé sur le mandat. Ensuite, il faut déterminer si le droit de procédure, ou le droit d'être entendu du bénéficiaire, font obligation au donneur d'ordre de citer ce dernier dans les mesures provisionnelles, et l'action au fond.

### **1. Le contrat de mandat permet-il au donneur d'ordre d'agir contre la banque?**

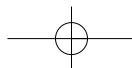
Pour que le donneur d'ordre puisse agir contre la banque, il faut qu'il puisse se fonder sur le rapport de couverture, c'est-à-dire le contrat de mandat, qui le lie à cette dernière. La question ainsi posée est celle de savoir si le mandat fonde, ou non, un droit d'action permettant d'obtenir l'exécution du contrat.

Une partie de la doctrine considère que le contrat de mandat ne saurait procurer au donneur d'ordre une prétention contre la banque susceptible de fonder son action au fond. L'art. 398 al. 2 CO, qui consacre l'obligation du mandataire de bien et fidèlement exécuter son mandat, permettrait uniquement au mandant de demander des dommages-intérêts en cas de violation du devoir de diligence<sup>109</sup>, et non pas de demander que le mandataire exécute effectivement son mandat avec la diligence voulue; cela signifie que le donneur d'ordre ne saurait, sur la base du mandat, obtenir de sa banque mandataire un comportement donné, et donc exiger qu'elle refuse, pour se conformer à son devoir de diligence, de verser le montant d'accréditif, respectivement la somme garantie au bénéficiaire qui en réclame abusivement le paiement<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> ACJ GE non publié du 17 août 1993, n° 415, *BFI et B. SA c. SP Sàrl, Mme L. et M. G.*, consid. 3.

<sup>109</sup> Or, des mesures provisionnelles ne sauraient garantir une prétention pécuniaire (interdiction du "séquestre déguisé").

<sup>110</sup> TEVINI DU PASQUIER, pp. 262-268, ainsi que p. 141, n. 64, et p. 195, n. 58. Cet auteur se fonde principalement sur GAUTSCHI, n° 25, 26 ad art. 395 CO, n° 10 a ad art. 397 CO,





À notre avis, cette opinion doit être rejetée; il convient bien plutôt de suivre la doctrine la plus récente, qui se prononce en faveur de l'admissibilité d'une action en exécution du mandat<sup>111</sup>. Il faut en effet admettre que l'*obligatio faciendi* du mandataire peut faire l'objet d'une action en justice, afin d'obtenir la condamnation du débiteur à exécuter son mandat. S'il est vrai qu'un tel jugement ne saurait faire l'objet d'une exécution forcée, en raison de la nature personnelle de l'obligation du mandataire, il sera néanmoins possible pour le mandant de recourir aux moyens de contrainte indirecte à sa disposition (art. 292 CP, astreinte)<sup>112</sup>.

Si l'on admet que le mandant peut agir en exécution du mandat, encore faut-il qu'il puisse, dans une action au fond, réclamer à son mandataire de l'exécuter avec la diligence voulue. Le devoir de diligence ne peut en effet *per se* faire l'objet d'une action en justice<sup>113</sup>. Cela étant, le devoir du mandataire d'exécuter son mandat comporte, à notre avis, celui de l'exécuter "bien et fidèlement"<sup>114</sup>. L'*Einwendungspflicht* de la banque, qui l'oblige à refuser son paiement en cas d'abus de droit du bénéficiaire, n'est pas une simple incombeance de la banque, mais une obligation accessoire pouvant faire l'objet d'une action en exécution de façon indépendante<sup>115</sup>. Le donneur d'ordre devrait donc être fondé, dans une action en validation des mesures provisionnelles, à demander que la banque soit condamnée à adopter un comportement donné qui soit conforme à la bonne et fidèle exécution de son mandat. Le donneur d'ordre devrait donc pouvoir demander que la banque mandataire, par hypothèse banque désignée, soit condamnée à refuser les documents si

---

n° 1 a, 26 a ad art. 398 CO, n° 30 a ad art. 400 CO, selon lequel l'inexécution d'une *obligatio faciendi* du mandataire entraînerait *ex lege* pour ce dernier l'obligation de réparer le dommage subi par le mandant, au sens de l'art. 398 al. 1 CO.

<sup>111</sup> HOFSTETTER, p. 92; FELLMANN, n° 229-232 ad art. 395 CO; DERENDINGER, n° 123-125. Cf. aussi ENGEL, p. 697; WEBER (1996), n° 19 ad art. 398 CO.

<sup>112</sup> À défaut, le mandant pourra réclamer la réparation du dommage qu'il subit en raison de l'inexécution (ou de la mauvaise exécution) de l'obligation du mandataire; il dispose alors en principe d'une action en dommages-intérêts compensatoires contre ce dernier; ENGEL, pp. 85 et 704; DERENDINGER, n° 223-228.

<sup>113</sup> On ne saurait dès lors demander, dans une action au fond, la condamnation du mandataire "à être diligent". DERENDINGER, n° 82 et n° 255; FELLMANN, n° 270 ad art. 394 CO.

<sup>114</sup> Dans le même sens, DERENDINGER, n° 87.

<sup>115</sup> BÜSSER, p. 282, n° 941, et p. 289, n° 965, qui qualifie l'"*Einwendungspflicht*" de la banque de "*selbständige klagbare Nebenleistungspflicht*".





ceux-ci ne sont pas conformes aux conditions du crédit<sup>116</sup>, ou même si ceux-ci présentent l'apparence de conformité, à ne pas payer si le bénéficiaire commet un abus de droit. Il doit en aller de même vis-à-vis de la banque garante (émettrice) (dans une garantie directe tri- ou quadripartite), respectivement de la banque contre-garante (dans une garantie indirecte), en cas d'appel abusif à la garantie<sup>117</sup>. Par ailleurs, le donneur d'ordre pourra valider ces mesures contre la banque sur la base du contrat de mandat<sup>118</sup>.

Enfin, on relèvera que de même que le donneur d'ordre peut agir contre sa banque mandataire, il peut le faire contre la banque *sous-mandataire*. En effet, même s'il n'existe aucune relation contractuelle entre le mandant et le substitut du mandataire<sup>119</sup>, l'art. 399 al. 3 CO autorise le mandant (principal) à faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée les droits que ce dernier a contre elle. Aussi le mandant peut-il demander au sous-mandataire non seulement l'exécution du mandat<sup>120</sup>, mais aussi sa "bonne et fidèle" exécution. Le donneur d'ordre peut donc également viser la banque correspondante établie en Suisse (que celle-ci soit banque confirmante ou notificatrice domicile de paiement, dans une opération d'accréditif ou de garantie directe<sup>121</sup>), en demandant au juge des mesures provisionnelles de lui interdire de réaliser l'accréditif, respectivement de payer la garantie<sup>122</sup>.

Au vu de ce qui précède, il convient de se rallier à l'opinion de la Cour de Justice genevoise et de la doctrine majoritaire selon lesquelles il est possible pour le donneur d'ordre d'agir sur la base du rapport de

<sup>116</sup> Il est en effet possible que la banque n'ait pas décelé la falsification affectant certains documents.

<sup>117</sup> BÜSSER, p. 289, n. 1216 et p. 290, n° 968.

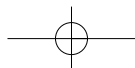
<sup>118</sup> *Idem*, p. 292, n° 975. Sur la problématique de l'action en validation dirigée contre la banque seule, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 458-468.

<sup>119</sup> TERCIER, n° 4010; FELLMANN, n° 610 ad art. 398 CO et n° 92 ad art. 399 CO.

<sup>120</sup> TERCIER, n° 4011; FELLMANN, n° 101 ad art. 399 CO. Cf. aussi ATF 110 II 183, 186-187 consid. 2b, JdT 1985 I 223, 224 rés.

<sup>121</sup> En revanche, le donneur d'ordre ne pourra, dans une garantie indirecte, viser la banque garante, celle-ci n'étant ni sous-mandatée par la banque garante, ni son auxiliaire; DE GOTTRAU (2001), p. 28 et n. 152.

<sup>122</sup> Dans le même sens, KOLLER/KISSLING, p. 134.





couverture pour demander que sa banque mandataire se voie interdire de payer l'accréditif, respectivement la garantie au bénéficiaire<sup>123</sup>.

## 2. Le droit de procédure impose-t-il au donneur d'ordre de citer obligatoirement le bénéficiaire?

Du point de vue du droit matériel, des mesures provisionnelles et une action au fond dirigées contre la banque sont donc possibles lorsque le donneur d'ordre se fonde sur le contrat de mandat. Il convient dès lors d'examiner si le droit de procédure permet au donneur d'ordre de ne viser que la banque ou s'il oblige ce dernier à citer le bénéficiaire dans de telles procédures. En d'autres termes, il faut se demander si le principe de la bonne foi, qui s'applique également au droit de procédure<sup>124</sup>, commande la participation du bénéficiaire à la procédure. Ce principe peut s'appliquer aussi bien au donneur d'ordre, qu'à la banque et au bénéficiaire.

En premier lieu, il convient de déterminer la portée dudit principe sur le comportement du *donneur d'ordre*. Celui-ci, en vertu du principe de la bonne foi, doit-il nécessairement citer son cocontractant au rapport de valeur, que ce soit au stade des mesures provisionnelles, puis dans l'action au fond? À notre avis, tel n'est pas le cas. En droit de procédure, c'est au demandeur qu'il appartient de choisir sa partie adverse<sup>125</sup>. Or, la banque, on l'a vu, a légitimation passive lorsqu'elle est actionnée sur la base du contrat de mandat; par ailleurs, la banque et le bénéficiaire ne sont pas des consorts nécessaires<sup>126</sup>. Il apparaît donc que le donneur d'ordre peut désigner librement la (ou les) partie(s) qu'il entend viser dans ses mesures; et ce, quand bien même la logique voudrait plutôt que

<sup>123</sup> ACJ GE, SJ 1985 609, 623 consid. 9e; KOLLER/KISSLING, p. 133; KELLERHALS, pp. 151 et 158; BÜSSER, p. 290, n° 968; DOHM (1993a), p. 22; LOGOZ, p. 241; SCHÖNLE (1983), p. 76; cf. aussi la "Note de la rédaction" sous l'ACJ GE, SJ 1985 609, 622. Cf. cependant PETER, p. 315.

<sup>124</sup> Cf. p.ex. MAYER-MALY, n° 6 ad art. 2 CC.

<sup>125</sup> BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (2000a), n° 4 ad art. 325 LPC; HABSCHIED (1981), pp. 175-176; ACJ GE, SJ 1985 609, 620 consid. 9b.

<sup>126</sup> L'assigné et l'assignataire ne sont en effet pas liés par un seul rapport de droit de telle sorte qu'ils ne puissent être actionnés qu'ensemble. Au contraire, l'assignant agira contre la banque sur la base du rapport de couverture, et contre le bénéficiaire sur la base du rapport de valeur. De même, dans la garantie bancaire, le donneur d'ordre se fondera sur le rapport de couverture pour agir contre la banque, et sur le rapport de valeur pour viser le bénéficiaire.



ce soient les parties au rapport contractuel de base qui s'affrontent, puisque la situation juridique risque de rester indécise aussi longtemps que le litige entre ces deux parties n'aura pas été tranché<sup>127</sup>.

Si le donneur d'ordre décidait de ne citer que la banque dans l'unique but d'éviter la confrontation directe avec le bénéficiaire et de ne pas avoir à procéder à un for étranger, son comportement pourrait apparaître comme déloyal<sup>128</sup>. Il sera cependant malaisé de prouver la mauvaise foi du donneur d'ordre, celle-ci ne devant, dans la pratique du crédit documentaire ou de la garantie bancaire, pas être présumée. Que le donneur d'ordre puisse, dans certaines hypothèses, faire preuve de mauvaise foi dans la désignation des parties ne saurait pour autant rendre impérative, de façon générale, la citation du bénéficiaire.

Une telle obligation de citer le bénéficiaire s'impose d'ailleurs d'autant moins que le bénéficiaire, s'il n'est pas cité par le donneur d'ordre, pourra entrer dans la procédure par le biais de l'intervention, du recours ou de l'opposition au stade des mesures provisionnelles; il lui sera même possible d'intervenir dans l'action au fond<sup>129</sup>. De surcroît, le bénéficiaire ne pourra se voir opposer une décision judiciaire rendue à l'encontre de la seule banque; il conservera donc tous ses moyens d'action contre cette dernière sur la base de l'assignation, et contre le donneur d'ordre sur la base du rapport contractuel de base. Pour sa part, le donneur d'ordre court le risque, en ne citant pas le bénéficiaire, de ne pas être en mesure de prouver la fraude de ce dernier et d'être débouté de ses conclusions prises contre la banque; enfin, il reste bien sûr exposé à une action intentée par le bénéficiaire sur la base du rapport de valeur. Cela étant, il s'agit de risques que le donneur d'ordre peut vouloir assumer.

En deuxième lieu, il faut examiner si le principe de la bonne foi commanderait à la *banque* d'appeler en cause le bénéficiaire ou de lui dénoncer le litige.

<sup>127</sup> KELLERHALS, pp. 151 et 159; DOHM (1986), p. 176, n° 381.

<sup>128</sup> Cela serait d'autant plus le cas, si le bénéficiaire avait son domicile ou son siège en Suisse. Le donneur d'ordre pourrait alors se voir reprocher d'avoir voulu éviter que le débat soit contradictoire.

<sup>129</sup> Il est vrai que le bénéficiaire devrait alors éventuellement renoncer à plaider à son for naturel, ce qui ne saurait être exigé de lui. Sur les modalités de l'intervention, du recours et de l'opposition, cf. DE GOTTRAU (1999), pp. 439-444 et 463, et les réf. citées. Sur l'intervention, cf. aussi SPAINI, p. 188; KELLERHALS, pp. 161-162, pour qui toutefois le bénéficiaire ne pourrait intervenir sans l'accord des autres parties.

L'institution de l'*appel en cause* permet à une partie de contraindre un tiers à participer à la procédure, de sorte que ce dernier devienne partie au procès. Selon la nouvelle version de l'art. 104 de la LPC genevoise, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, "[u]ne partie peut appeler un tiers en cause si elle a un intérêt direct à contraindre un tiers à intervenir au procès", notamment si "elle entend (...) lui opposer le jugement". Il semble donc que la banque pourrait désormais appeler en cause le bénéficiaire si elle devait se trouver seule citée<sup>130</sup>. Un tel appel en cause ne permettait cependant pas, sur le plan international (hors Convention de Lugano), d'attirer devant les tribunaux suisses (genevois) des tiers qui ne seraient pas justiciables de ces juridictions<sup>131</sup>.

De surcroît, la banque peut recourir à l'institution de la *dénonciation du litige* (ou dénonciation d'instance). Il s'agit d'une invitation faite par une partie à un tiers à la soutenir dans un procès pendant: la partie citée informe le tiers de l'existence de la procédure dirigée contre elle-même et lui communique copie des actes de procédure y relatifs<sup>132</sup>, afin de rendre le jugement intervenu entre elle-même et la partie requérante opposable au tiers. La dénonciation n'oblige cependant pas ce dernier à intervenir<sup>133</sup>. Le devoir de soutien du tiers à qui l'instance est dénoncée peut notamment découler des règles de la bonne foi. L'opposabilité du jugement à l'égard du dénoncé est alors admise à trois conditions: la dénonciation de l'instance est faite à temps, la partie citée s'est correctement défendue, et le tiers dénoncé était tenu, en vertu de la bonne foi,

<sup>130</sup> Art. 104 al. 1 lit. b LPC; tel n'était pas le cas sous le régime de l'ancienne version de l'art. 104 LPC.

<sup>131</sup> L'art. 8 LFors permet au droit cantonal de disposer que le juge de l'action principale est également compétent pour connaître de l'action en garantie (cf. aussi art. 57A al. 2 LOJ genevoise), et donc d'attirer devant une juridiction cantonale un appelé en cause ayant son domicile ou son siège dans un autre canton. Il en va de même dans l'espace judiciaire européen, l'art. 6 ch. 2 CLug devant trouver application dans les cantons prévoyant l'appel en cause (Genève, Vaud et Valais) (la réserve exprimée par la Suisse à l'art. V al. 1 du protocole n° 1 de la CLug ne doit en effet pas s'appliquer pour ces cantons); REETZ, n° 18-19 ad art. 8 LFors. En revanche, au niveau international, la LDIP ne prévoit pas de for spécifique en cas d'appel en cause; MÜLLER, n° 26 ad art. 8 LFors.

<sup>132</sup> La dénonciation du litige intervient sans forme particulière ni intervention du tribunal, ce qui, dans l'hypothèse où le dénoncé n'a pas son domicile en Suisse, allège et raccourcit considérablement la procédure sur le plan international; KELLERHALS, p. 162.

<sup>133</sup> SALVADÉ, p. 36.

d'apporter son soutien à la partie citée<sup>134</sup>. Ni l'art. 30 al. 2 Cst., sur le plan intercantonal<sup>135</sup>, ni la LDIP ni la CLug, sur le plan international, ne font obstacle à la dénonciation du litige, même si le dénoncé est domicilié dans une autre juridiction que celle où a lieu le premier procès<sup>136</sup>. Dans le cadre de l'accréditif et de la garantie bancaire, la dénonciation du litige au bénéficiaire par la banque, citée seule dans une procédure de mesures provisionnelles, doit être admise<sup>137</sup>. À notre avis, le bénéficiaire devrait, non pas en vertu du rapport d'assignation, respectivement de garantie, mais selon les règles de la bonne foi, soutenir la banque visée dans des mesures provisionnelles<sup>138</sup>. De la sorte, la banque pourrait éviter de demeurer dans l'incertitude en ce qui concerne ses obligations à l'égard du bénéficiaire, et ne courrait pas le risque de se retrouver actionnée en paiement de la somme d'accréditif ou de garantie par le bénéficiaire. En effet, si la banque se voyait condamnée à ne pas honorer l'accréditif, respectivement la garantie, et à restituer au donneur d'ordre les fonds remis en couverture de son engagement, il faudrait qu'un tel jugement soit opposable au bénéficiaire. À défaut, la banque courrait en théorie le risque de succomber dans le procès que pourrait lui intenter le bénéficiaire sans possibilité de se retourner contre son mandant. Aussi, faut-il considérer que la banque pourra dénoncer le litige au bénéficiaire, charge à elle de le faire en temps utile<sup>139</sup>. On ajoutera que si le bénéficiaire ne devait pas intervenir, en dépit d'une dénonciation valable du litige, la banque pourrait encore dans l'action au fond requérir l'audition en qualité de témoin, le cas échéant par voie de commission rogatoire, du

<sup>134</sup> ATF 90 II 404, 408, JdT 1965 I 354, 358 consid. 1b; SALVADÉ, pp. 52-54. Le jugement est notamment opposable au dénoncé lorsque le dénonçant cherche à éviter que celui-ci ne lui intente une action; *idem*, p. 56.

<sup>135</sup> La LFors ne trouve pas application en cas de dénonciation du litige; REETZ, n° 8 ad art. 8 LFors; MÜLLER, n° 12 ad art. 8 LFors.

<sup>136</sup> Sur le plan intercantonal, cf. ATF 90 II 404, 412-413, JdT 1965 I 354, 361 consid. 4; SALVADÉ, p. 226, n. 967. Sur le plan de la CLug, cf. l'art. V al. 1 de son protocole n° 1 qui autorise expressément la *lis denuntiatio*; SALVADÉ, pp. 228-231; POUURET, pp. 75-77. À noter que la dénonciation du litige est expressément mentionnée dans les lois des cantons alémaniques, mais ne l'est pas en procédure civile genevoise; elle doit cependant s'appliquer également à Genève puisqu'elle est une notion de droit fédéral; cf. DE GOTTRAU (1999), p. 419, n. 435.

<sup>137</sup> Dans le même sens, SPAINI, p. 188; KELLERHALS, pp. 162-163.

<sup>138</sup> *Contra*: TEVINI DU PASQUIER, p. 275, et n. 229.

<sup>139</sup> Idéalement dès que l'ordonnance de mesures provisionnelles urgentes aura été signifiée à la banque, de sorte que le bénéficiaire soit en mesure d'intervenir au stade de l'audience contradictoire déjà.

bénéficiaire. Le risque de perdre dans une action en paiement intentée par le bénéficiaire deviendrait alors tout à fait théorique.

On voit donc que la banque aura tout intérêt à appeler en cause le bénéficiaire, respectivement à lui dénoncer le litige. Cela étant, le principe de la bonne foi ne saurait pour autant l'y obliger.

En troisième lieu, il convient de déterminer si ce même principe de la bonne foi en procédure fait obligation au *bénéficiaire* d'intervenir, s'il a connaissance du litige, que ce soit au stade des mesures provisionnelles ou de l'action au fond. Il est admis que chaque fois qu'un tiers aurait dû intervenir en vertu du principe de la bonne foi, le jugement lui est opposable s'il ne l'a pas fait par faute ou par négligence<sup>140</sup>. Le bénéficiaire, à qui le litige aura été dénoncé en temps utile, devra donc intervenir s'il ne veut pas risquer de se voir opposer ce jugement. Par ailleurs, on relèvera que le bénéficiaire pourrait décider, de son propre chef, d'intervenir à titre principal; de la sorte, il pourrait prendre des conclusions personnelles et devenir partie à la procédure.

Le principe de la bonne foi ne saurait cependant obliger le bénéficiaire à intervenir en tous les cas dans une procédure intentée contre la seule banque. En effet, s'il ne devait apprendre qu'avec retard l'existence de la procédure au fond opposant le donneur d'ordre à la banque, il ne pourrait demander la réouverture des enquêtes déjà exécutées. Or, l'intervenant doit pouvoir opter pour un procès séparé s'il risque de se voir limité dans ses moyens de preuve en intervenant à un stade avancé de la procédure en cours<sup>141</sup>. Ce n'est donc qu'en cas de dénonciation du litige faite à temps que le bénéficiaire serait tenu d'intervenir<sup>142</sup>. Le bénéficiaire ne saurait dès lors être obligé, d'une manière générale, d'intervenir dans une procédure visant la seule banque.

<sup>140</sup> HABSCHIED (1981), p. 221.

<sup>141</sup> BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (2000), n° 2 *if.* ad art. 111 LPC. La dénonciation du litige en temps utile est d'ailleurs l'une des conditions posées à l'opposabilité du jugement au dénoncé; ATF 90 II 404, 408, JdT 1965 I 354, 358 consid. 1b; SALVADÉ, pp. 52-53.

<sup>142</sup> Il est vrai que l'intervention du bénéficiaire, suite à une dénonciation du litige, pourrait avoir pour effet de le faire renoncer à son for naturel. Cependant, dans la pesée des intérêts en présence, il paraît légitime de privilégier ceux de la banque qui n'est pas concernée au premier chef par le litige opposant les parties au rapport de valeur, plutôt que ceux du bénéficiaire dont il est allégué qu'il commet une fraude. Le donneur d'ordre pourra d'ailleurs, lui aussi, être contraint d'agir à l'étranger pour empêcher les machinations frauduleuses du bénéficiaire.

### 3. Le bénéficiaire dispose-t-il d'un droit d'être entendu imposant sa présence comme partie citée?

Dans un arrêt non publié de 1993, la Cour de Justice genevoise, considérant que les véritables parties concernées, dans le domaine du blocage des garanties bancaires, étaient le donneur d'ordre et le bénéficiaire, a estimé que “[t]rop de permissivité au niveau de la désignation du cité risqu[ait] donc, suivant les circonstances, de fausser les débats, en consacrant des violations inadmissibles du droit du bénéficiaire d'être entendu”<sup>143</sup>.

Dans le domaine du crédit documentaire comme de la garantie bancaire se pose dès lors la question de savoir, d'une part, si le bénéficiaire est titulaire d'un droit d'être entendu même s'il n'a pas été cité comme partie, et, d'autre part, si l'autorité judiciaire pourrait juger avec une connaissance suffisante du caractère manifestement abusif de la prétention en paiement du bénéficiaire sans entendre ce dernier. Dans l'affirmative, le donneur d'ordre pourrait être tenu de citer impérativement le bénéficiaire au stade des mesures provisionnelles comme dans l'action au fond.

Le droit d'être entendu dans le procès civil assure au justiciable la faculté de faire valoir son point de vue avant qu'une décision qui le touche ne soit prise; le bénéficiaire de ce droit pourra donner son avis sur tous les points de fait et de droit pouvant influencer la décision<sup>144</sup>. Ce droit répond notamment à un double impératif: celui de l'égalité des armes des parties, et celui de la recherche de la vérité<sup>145</sup>. En effet, “[l]’objectivité nécessaire des jugements requiert qu’ils soient fondés sur un exposé des faits complets qui permette au juge de prendre en considération tous les points de vue possibles”<sup>146</sup>. Or, le débat contradictoire facilite indéniablement la recherche de la vérité.

<sup>143</sup> ACJ GE non publié du 17 août 1993, n° 415, *BFI et B. SA c. SP Sàrl, Mme L. et M. G.*, consid. 3.

<sup>144</sup> Le droit d'être entendu est prévu par les règles cantonales de procédure (à Genève, cf. art. 4 LPC). À défaut, il est assuré par les règles de procédure du droit fédéral, lesquelles découlent directement de l'art. 29 al. 2 Cst. Ce droit est également ouvert aux personnes de nationalité étrangère.

<sup>145</sup> VOGEL/SPÜHLER, p. 177, n° 74-75; COTTIER, p. 1, qui parle de “Wahrheit und Gerechtigkeit”.

<sup>146</sup> HABSCHIED (1981), p. 359.

Se pose dès lors la question de savoir si le bénéficiaire – dans l'hypothèse où il n'aurait pas été désigné comme partie citée au stade des mesures provisionnelles, ou comme partie défenderesse dans l'action en validation – serait néanmoins titulaire d'un droit d'être entendu, et, dans l'affirmative, si cela ferait obligation au donneur d'ordre de citer le bénéficiaire comme partie.

En règle générale, le droit d'être entendu est garanti à celui dont les intérêts juridiques sont touchés<sup>147</sup>, et plus particulièrement, dans un procès civil, aux parties à la procédure<sup>148</sup>. Des mesures provisionnelles empêchant le paiement de la somme d'accréditif ou de la garantie ont pour effet de toucher le bénéficiaire dans ses intérêts économiques et, dans une certaine mesure, dans ses intérêts juridiques, puisque sa créance en paiement est de la sorte paralysée. Cela étant, le choix du (ou des) défendeur(s) est du seul ressort du demandeur<sup>149</sup>; si ce dernier n'est obligé, ni en vertu du droit matériel, ni en vertu du droit de procédure, de citer le bénéficiaire, il est peu probable que les tribunaux lui reconnaissent un tel droit d'être entendu alors qu'il n'est pas partie à la procédure. Ce d'autant que le droit de procédure offre un certain nombre de moyens de protection au tiers qui n'aurait pas été cité: non seulement le bénéficiaire peut intervenir, mais il est protégé par le principe de la relativité de la chose jugée, les jugements rendus à l'issue de procédures auxquelles il n'aurait pas été partie sans sa faute ne pouvant lui être opposés<sup>150</sup>. Dans ces conditions, le droit d'être entendu du bénéficiaire nous semble suffisamment garanti. D'ailleurs, s'il fallait accorder un droit d'être entendu au bénéficiaire, cela lui permettrait – ce droit étant de nature formelle – de demander l'annulation automatique de toutes décisions rendues sans son audition<sup>151</sup>, à compter de l'ordonnance principale sur mesures provisionnelles; une telle conséquence serait difficilement admissible.

<sup>147</sup> *Idem* (1990), p. 317, n° 547.

<sup>148</sup> GULDENER, p. 175.

<sup>149</sup> BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (2000a), n° 4 ad art. 325 LPC.

<sup>150</sup> Si donc le litige n'a pas été dénoncé au bénéficiaire, ou ne l'a pas été valablement, celui-ci conserve le droit d'actionner la banque comme le donneur d'ordre. L'instruction de l'action au fond entre le donneur d'ordre et la banque pourrait d'ailleurs être *suspendue* jusqu'à droit jugé sur l'action que le bénéficiaire pourrait intenter contre le donneur d'ordre; dans ce sens, SPAINI, p. 189.

<sup>151</sup> COTTIER, p. 4 et les réf. citées sous n. 21.

Le droit d'être entendu pose également la question de savoir si l'autorité judiciaire peut juger, avec une connaissance suffisante, du caractère abusif de la prétention en paiement du bénéficiaire sans entendre ce dernier. D'aucuns estiment en effet que seule est décisive la question de savoir si le bénéficiaire, dans son rapport avec le donneur d'ordre, peut ou non faire appel à la garantie ou demander le paiement de la somme d'accréditif, cette question "préalable" devant être prise en considération en tant qu'élément de fait lorsqu'il s'agit d'examiner le rapport entre le donneur d'ordre et la banque<sup>152</sup>. Cette question est effectivement cruciale; reste à déterminer si elle ne peut être tranchée qu'avec la participation du bénéficiaire. Il est vrai que la détermination du caractère abusif de la prétention en paiement du bénéficiaire sera facilitée, à tout le moins au stade de l'action au fond<sup>153</sup>, si ce dernier participe à la procédure et apporte la contradiction au donneur d'ordre<sup>154</sup>. Une banque qui se contenterait de s'en rapporter à justice ne ferait pas avancer le débat<sup>155</sup>. Cela étant, il faut admettre qu'il est tout à fait concevable que le juge puisse, même dans une action au fond, trancher la question du caractère abusif de la créance en paiement du bénéficiaire, sans participation de ce dernier. C'est notamment le cas lorsque la fraude dans l'accréditif ou l'appel abusif à la garantie sont particulièrement patents, ou lorsque la fraude consiste en la présentation de documents manifestement falsifiés restés en possession de la banque. C'est aussi le cas lorsque le bénéficiaire ne peut de toute façon pas être entendu, ayant disparu sans laisser d'adresse après que sa tentative de fraude ait été éventée, ou encore lorsque la fraude a été commise à l'insu du bénéficiaire par une tierce partie. Que le juge, soumis à Genève au régime de la maxime des débats, ne puisse de son propre chef élargir le débat à des faits non suggérés par les exposés des parties ou interroger le bénéficiaire, ne l'empêchera pas

<sup>152</sup> DOHM (1986), p. 176, n° 381. Pour cet auteur, la validation ne pourrait d'ailleurs intervenir que contre le bénéficiaire (*idem*, p. 181, n° 392); cette opinion doit selon nous être rejetée (du même avis, SPAINI, p. 187; KELLERHALS, p. 160, n. 106).

<sup>153</sup> Dans le cadre des mesures provisionnelles, la question de l'établissement des faits revêt moins d'importance, dès lors que le juge statue au vu de la vraisemblance des faits allégués.

<sup>154</sup> TEVINI DU PASQUIER, p. 269.

<sup>155</sup> À noter que la banque citée, si elle a dénoncé le litige et veut pouvoir opposer le jugement au bénéficiaire, doit notamment s'être correctement défendue (cf. *supra* ch. III.C.2). La banque aura donc intérêt à ne pas s'en rapporter simplement à justice et à exposer pour quels motifs elle considère, le cas échéant, devoir procéder au paiement en faveur du bénéficiaire.

forcément de trancher avec une connaissance suffisante la cause qui lui est soumise. De toute façon, c'est le donneur d'ordre, à qui incombe le fardeau de la preuve de l'abus de droit<sup>156</sup>, qui supporte le risque de ne pas être en mesure de démontrer la fraude hors la présence du bénéficiaire.

Par ailleurs, on sait qu'«[e]n bonne rigueur procédurale, seul un contentieux peut faire naître le besoin de protection et [que] ce contentieux doit opposer les véritables parties au rapport de droit litigieux, selon le critère des légitimations active et passive»<sup>157</sup>. Il faut donc encore se demander si, dans l'hypothèse où le bénéficiaire ne participerait pas à la procédure, il y aurait contentieux faisant naître le besoin de protection sous la forme de mesures provisionnelles.

Cette question appelle à notre avis une réponse positive. En effet, le rapport de valeur, unissant le donneur d'ordre au bénéficiaire, ne constitue pas le seul rapport de droit qui puisse être litigieux. Il peut aussi y avoir litige entre le donneur d'ordre et la banque sur la question de savoir si celle-ci peut, ou non, honorer son engagement au titre du crédit documentaire ou de la garantie. De fait, on peut même affirmer que le donneur d'ordre ne sera contraint de solliciter des mesures provisionnelles que dans l'hypothèse où il a un contentieux avec la banque, soit que celle-ci entende payer en dépit du caractère manifestement abusif de la demande en paiement du bénéficiaire<sup>158</sup>, soit qu'elle considère devoir (ou doive) procéder au paiement, en raison du fait que la fraude alléguée ne lui paraît pas patente. Or, dans cette dernière hypothèse également, si le donneur d'ordre prétend qu'il y a fraude et veut empêcher le paiement, il y a forcément contentieux entre lui et la banque sur la notion d'exécution régulière du mandat, et ce même si la banque devait, dans le cadre de la procédure, se contenter de s'en rapporter à justice. De surcroît, le donneur d'ordre a incontestablement besoin de protection puisqu'il doit éviter le paiement qui entraînerait le débit de son compte remis en couverture<sup>159</sup>. Il ne peut dès lors être soutenu que la présence du

<sup>156</sup> DE GOTTRAU (1999), pp. 224-226.

<sup>157</sup> BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (2000a), n° 4 ad art. 325 LPC.

<sup>158</sup> L'hypothèse est toutefois plutôt théorique, puisque ce faisant la banque violerait son mandat qui l'oblige, en cas de fraude avérée, de refuser de par elle-même son paiement.

<sup>159</sup> En effet, la banque peut régulièrement exécuter son mandat en payant la somme d'accréditif, respectivement la garantie en dépit d'une fraude, si celle-ci n'était pas décelable malgré un examen attentif des documents reçus. Dans ce cas, la banque a droit au remboursement de ses frais (art. 402 al. 1 CO).



bénéficiaire s'imposerait par le seul fait qu'il est partie au rapport de droit (i.e. le rapport de valeur) qui soit seul véritablement litigieux. D'ailleurs, il serait pour le moins paradoxal que le bénéficiaire se plaigne du fait que le débat, en son absence, ne serait pas contradictoire, si pour sa part il refusait d'intervenir – et donc d'apporter la contradiction – dans une procédure dont il serait en principe immédiatement informé par le simple fait qu'il n'obtiendrait pas son paiement.

Il faut donc considérer que le droit d'être entendu ne rend pas impérative la citation du bénéficiaire dans les mesures provisionnelles et leur validation.

#### ***D. Conclusion***

Au vu des développements qui précèdent, nous sommes d'avis que la Cour de Justice genevoise, de même que les autres juridictions cantonales, devraient s'en tenir aux solutions développées dans l'arrêt *Miranos* et autoriser des mesures dirigées notamment contre la seule banque. La pratique, qui consiste à prohiber l'octroi de mesures provisionnelles dans lesquelles le bénéficiaire ne serait pas cité, est peut-être souhaitable, elle n'en est pas moins – nous semble-t-il – dénuée de fondement légal.

Dans un monde judiciaire idéal, il serait – c'est vrai – préférable que tous les participants à l'opération de crédit documentaire, respectivement de garantie bancaire, soient parties à la procédure intentée par le donneur d'ordre. Si celui-ci a la possibilité d'actionner à la fois la banque et le bénéficiaire, notamment si ces deux parties se trouvent en Suisse ou y ont fait élection de for, il devrait agir ainsi. Le donneur d'ordre serait dès lors bien inspiré, pour éviter le risque de décisions contradictoires, de veiller à ce que ses rapports contractuels avec la banque et le bénéficiaire soient soumis à un droit, à un for, et à un type de procédure identiques. De la sorte, il sera en mesure – à tout le moins dans une opération tripartite – d'agir simultanément contre la banque et le bénéficiaire au stade des mesures provisionnelles, et de valider ces dernières par une seule action au fond. D'ailleurs, et d'une manière générale, la prudence commandera au donneur d'ordre de viser aussi le bénéficiaire, ne serait-ce que pour régler une fois pour toutes son litige avec ce dernier et pour ne pas prendre le risque de n'être pas en mesure de prouver l'abus de droit du bénéficiaire.

Cela étant, il ne saurait être question d'empêcher, par une pétition de principe, le donneur d'ordre de s'en prendre à la seule banque sise en Suisse. Déclarer *irrecevable* une requête en mesures provisionnelles dirigée contre la seule banque, alors qu'un droit d'action fondé sur le mandat existe, nous apparaît être une conséquence non seulement, on l'a vu, dépourvue de base légale, mais aussi trop rigide. Il est en effet des situations où le donneur d'ordre peut avoir un intérêt parfaitement légitime à ne pas citer le bénéficiaire, ne serait-ce que pour régler le plus rapidement possible la situation. C'est par exemple le cas lorsque la banque entend payer en dépit du caractère manifestement abusif de la demande en paiement du bénéficiaire, ou lorsque ce dernier a disparu sans demander son reste. Contraindre le donneur d'ordre à entamer une action judiciaire contre une partie cocontractante sinon évanouie dans la nature, du moins réticente à comparaître si elle a commis des machinations frauduleuses, peut avoir des conséquences fâcheuses pour ce dernier. Suivant la localisation du bénéficiaire, sa seule convocation, par voie diplomatique, à l'audience contradictoire au stade des mesures provisionnelles peut prendre plus d'une année; sans compter que la procédure peut se prolonger si le bénéficiaire a disparu sans laisser d'adresse. Or, pendant ce temps, le donneur d'ordre verra ses fonds remis en couverture de l'engagement de la banque bloqués par cette dernière. Il nous paraît peu justifié de faire supporter un préjudice supplémentaire au donneur d'ordre déjà victime d'une tentative de fraude. Dans de telles circonstances, il nous semble plus judicieux de laisser le donneur d'ordre diriger son action contre la seule banque, charge à celle-ci de dénoncer le litige au bénéficiaire, une telle dénonciation intervenant de façon beaucoup plus rapide. Il est vrai qu'une telle solution est moins confortable pour la banque qui ne peut dès lors se contenter de rester passive. Il s'agit toutefois là d'un risque qu'elle doit assumer lorsqu'elle accepte, contre commission, de s'engager au titre d'un crédit documentaire ou d'une garantie bancaire<sup>160</sup>.

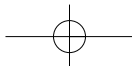
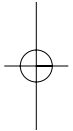
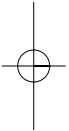
Enfin, on rappellera que l'octroi de mesures provisionnelles interdisant le paiement d'un crédit documentaire ou d'une garantie bancaire est soumis à des exigences très strictes quant à la vraisemblance de la fraude ou de l'appel abusif<sup>161</sup>. L'examen "critique et sévère" du juge saisi de la

<sup>160</sup> Dans le même sens, KOLLER/KISSLING, p. 134.

<sup>161</sup> DE GOTTRAU (1999), pp. 378 ss; *idem* (2001a), pp. 12-13; et les réf. de jurisprudence et de doctrine citées.



requête préprovisoire devrait dès lors constituer un garde-fou suffisant pour éviter toute situation dans laquelle donneur d'ordre et banque voudraient agir de connivence, sur la base d'allégations de fraude avancées à la légère, pour obtenir un blocage de l'engagement bancaire au détriment du bénéficiaire. Aussi, en cas de fraude du bénéficiaire rendue suffisamment vraisemblable, nous paraît-il justifié de laisser le donneur d'ordre n'agir, s'il le juge opportun, qu'à l'encontre de la banque, en laissant au bénéficiaire le soin d'intervenir dans la procédure pour faire valoir son point de vue.



## Bibliographie

- Aeppli, Viktor: Zürcher Kommentar, t. V/1h: Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung, Art. 114-126 OR, 3<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 1991.
- BARBEY, Richard: "Jurisprudence récente de droit bancaire privé", in THÉVENOZ Luc (éd.), *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne (Stämpfli) 1994, pp. 11 ss [Centre d'études juridiques européennes, vol. 1].
- BERTOSSA, Bernard / GAILLARD, Louis / GUYET, Jacques / SCHMIDT, André (2000): *Commentaire de la loi sur la procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987*, vol. I (Art. 1 à 152), Genève (Georg) 2000.
- (2000a): *Commentaire de la loi sur la procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987*, vol. III (Art. 320 à 519), Genève (Georg) 2000.
- BONTOUX, Charles: "Réflexions sur un type de crédit documentaire. Le crédit à paiement différé (deferred credit)", in *Banque* (Paris), no. 433, novembre 1983, pp. 1285 ss.
- BÜHLER, Theodor: *Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr - Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt*, Zurich (Schulthess) 1997.
- BÜSSER, Andres: *Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten, Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Zwecks der Bankgarantie*, thèse, Fribourg (Éditions universitaires) 1997 [Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, vol. 165].
- CANARIS, Claus-Wilhelm: "Bankvertragsrecht", in *Handelsgesetzbuch - Grosskommentar*, Dritter Band, 3. Teil, 2. Bearbeitung, 8. Abschnitt: Akkreditiv und Dokumenten-Inkasso, 3<sup>e</sup> éd., Berlin / New York (de Gruyter) 1988.
- CAPRIOLI, Eric A.: *Le crédit documentaire; évolution et perspectives*, Paris (Litec) 1992 [Bibliothèque de droit de l'entreprise, vol. 27].
- CCI: *Documentary Credits: UCP 500 & 400 Compared*, ICC Publishing, Paris 1993, ICC Publication no. 511.
- COTTIER, Thomas: "Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV)", in *recht* 1984, pp. 1 ss et 122 ss.
- DERENDINGER, Peter: *Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, thèse, Fribourg (Éditions universitaires) 1988 [Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, vol. 87].
- DOHM, Jürgen (1986): *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berne (Stämpfli) 1986.
- (1993): *Crédit documentaire I*, in *FJS*, no. 314, Genève 1993.
- (1993a): *Crédit documentaire II*, in *FJS*, no. 315, Genève 1993.
- DOISE, Dominique: *Lamy Contrats internationaux*, Tome 6, Division 10, section IV (art. 551 à 719), Paris (Lamy SA) 1999.

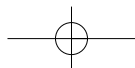
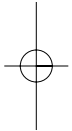
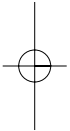
- EBERTH, Rolf (1984): "Die Revision von 1983 der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive", in *Wertpapier-Mitteilungen* (Francfort-sur-le-Main), Sonderbeilage Nr. 4, 1984, pp. 1 ss.
- (1986): "Deferred-Payment-Akkreditive in der jüngsten französischen Rechtsprechung", in *Recht der Internationalen Wirtschaft* (Heidelberg) 1986, Heft 5, pp. 347 ss.
- EBERTH, Rolf / ELLINGER, E. P.: "Deferred Payment Credits: A Comparative Analysis of Their Special Problems", in *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 14, no. 3, July 1983, pp. 387 ss.
- EGGER, Walter H.: "Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien", in *RSDA* 62 (1990) no. 1, pp. 12 ss.
- ELLINGER, E.P.: "Discount of Letter of Credit", in *Journal of Business Law* (Londres) 1984, pp. 379 ss.
- ENGEL, Pierre: *Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 1997.
- FELLMANN, Walter: *Berner Kommentar*, t. VI/2.4: Der einfache Auftrag [Art. 394-406 OR], 4<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 1992.
- GANI, Lucien: *La saisissabilité des droits patrimoniaux en matière d'accréditif documentaire*, thèse, Lausanne 1987.
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / TERCIER, Pierre: *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, 2<sup>e</sup> éd., 2 vol., Zurich (Schulthess) 1982.
- GAUTSCHI, Georg: *Berner Kommentar*, t. VI/2.4: *Der einfache Auftrag* [Art. 394-406 OR], 3<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 1971.
- GIGER, Hans: "Missbrauchsproblematik bei Bankgarantien", in *Mélanges Paul Piotet*, Berne (Stämpfli) 1990, pp. 247 ss.
- GONZENBACH, Rainer: "Kommentar zu Art. 110 OR", in HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1996.
- DE GOTTRAU, Nicolas (1999): *Le crédit documentaire et la fraude. La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, thèse de Genève, Bâle, Genève, Munich / Bruxelles (Helbing & Lichtenhahn / Bruylant) 1999 [Collection genevoise].
- (2001): *Garantie bancaire I*, in *FJS*, no. 1348, Genève 2001.
- (2001a): *Garantie bancaire II*, in *FJS*, no. 1349, Genève 2001.
- GUGGENHEIM, Daniel: *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4<sup>e</sup> éd., Genève (Georg) 2000.
- GULDENER, Max: *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 1979.
- GUTZWILLER, Christoph P.: "Die neuen Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive der Internationalen Handelskammer", in *SAS* 57 (1985) no. 1, pp. 24 ss.

- HABSCHEID, Walter J. (1981): *Droit judiciaire privé suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Genève (Georg) 1981.
- (1990): *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1990.
- HOFSTETTER, Josef: *Schweizerisches Privatrecht*, vol. VII/6: *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2000.
- HORN, Norbert: “Internationale Zahlungen und Akkreditiv”, in HORN / v. MARSCHALL / ROSENBERG / PAVICEVIC (éd.), *Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Handelsverkehr*, Francfort-sur-le-Main 1977, pp. 9 ss [Arbeiten zur Rechtsvergleichung 87].
- KELLERHALS, Franz: “Verfahrensrechtliche Aspekte bei der Durchsetzung von Personalsicherheiten”, in WIEGAND Wolfgang (éd.), *Personalsicherheiten: Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld*, Berner Bankrechtstag 1997, Berne (Stämpfli) 1997, pp. 131 ss [BBT, vol. 4].
- KLEINER, Beat: *Bankgarantie - Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 1990.
- KOLLER, Thomas / KISSLING, Christa: “Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr”, in WIEGAND Wolfgang (éd.), *Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs*, Berner Bankrechtstag 2000, Berne (Stämpfli) 2000, pp. 23 ss [BBT, vol. 7].
- LEU, Urs: “Kommentar zu Art. 81 OR”, in HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2<sup>e</sup> édition, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1996.
- LOGOZ, François: *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire. Étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, thèse, Lausanne 1991.
- MARTIN, Claude: “Les pièges du Crédit Documentaire à paiement différé”, in *Revue de la Banque* (Bruxelles) 1986, pp. 41 ss.
- MAYER-MALY, Theo: “Kommentar zu Art. 2 ZGB”, in HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / GEISER Thomas (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB*, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1996.
- MÜLLER, Thomas: “Kommentar zu Art. 8 GestG”, in MÜLLER Thomas / WIRTH Markus (éd.), *Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, Zurich (Schulthess) 2001.
- NIELSEN, Jens: *Richtlinien für Dokumenten-Akkreditive, Kommentar zu den Einheitlichen Richtlinien und Gebräuchen für Dokumenten-Akkreditive 1993 (ERA 500)*, 2<sup>e</sup> éd., Heidelberg (Verlag Recht und Wirtschaft) 2001.
- PETER, Hansjörg: “La sûreté personnelle, une obligation conditionnelle”, in IYNEDJIAN Nicolas (éd.), *Sûretés et garanties bancaires*, Publication CEDIDAC no. 33, Lausanne 1997, pp. 291 ss.

- PLAGEMANN, Dirk (1987): "Rechtsprobleme bei der Arrestierung des Auszahlungsanspruches aus einem deferred payment-Akkreditiv", in *Recht der Internationalen Wirtschaft* (Heidelberg) 1987, Heft 1, pp. 27 ss.
- (1987a): "Note sous BGH 16.3.1987", in *Recht der Internationalen Wirtschaft* (Heidelberg) 1987, Heft 12, pp. 948 s.
- POUDRET, Jean-François: "Les règles de compétence de la Convention de Lugano confrontées à celles du droit fédéral, en particulier à l'article 59 de la Constitution", in GILLARD Nicolas (éd.), *L'espace judiciaire européen. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, Publication CEDIDAC no. 21, Lausanne 1992, pp. 57 ss.
- RAPP, Jean-Marc: "Garanties à première demande et autres garanties bancaires", in IYNEJIAN Nicolas (éd.), *Sûretés et garanties bancaires*, Publication CEDIDAC no. 33, Lausanne 1997, pp. 259 ss.
- REETZ, Peter: "Kommentar zu Art. 8 GestG", in SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Dominik (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG)*, Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2001.
- RIVES-LANGE, Jean-Louis: "Note sous Cour d'appel de Paris, 30 avril 1985 et 28 mai 1985", in *Banque* (Paris), no. 452, juillet 1985, p. 755, et no. 454, octobre 1985, pp. 965 s.
- ROSSI, Tuto: *La garantie bancaire à première demande - Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, thèse de Fribourg, Le Mont-sur-Lausanne (Méta-Éditions) 1990 [Perspectives internationales].
- SALVADÉ, Vincent: *Dénonciation d'instance et appel en cause. Étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, thèse, Lausanne (IRL Imprimeries Réunies) 1995.
- SCHÖNLE, Herbert (1983): "Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien", in *RSJ* 79 (1983) no. 4, pp. 53 ss; no. 5, pp. 73 ss.
- (1987): "Principes régissant le crédit documentaire selon la jurisprudence suisse récente", in *Banca, borsa e titoli di credito* (Milan), 1987 I, pp. 313 ss.
- (1988): "Rechtsprobleme des Dokumentenakkreditivs mit hinausgeschobener Zahlung", in *Österreichisches Bank-Archiv*, Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (Vienne), 36 (1988), pp. 311 ss. [également publié in SCHÖNLE Herbert, *Droit des obligations et droit bancaire, Études*, Faculté de droit de Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1995, pp. 241 ss].
- SCHÜTZE, Rolf A.: *Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive, Revision 1993 (ERA 500)*, 5<sup>e</sup> éd., Heidelberg (Verlag Recht und Wirtschaft) 1999.
- SLONGO, Urban: *Die Zahlung unter Vorbehalt im Akkreditiv-Geschäft*, thèse, Zurich (Schulthess) 1980 [Schriften zum Bankwesen, vol. 22].
- SPAINI, Mauro: *Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bararbeiten*, Dietikon (Baufachverlag) 2000.



- SPIRIG, Eugen: *Zürcher Kommentar*, t. V/1k: *Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme*, Erste Lieferung Art. 164-174 OR, 3<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 1993.
- STAUDER, Bernd: "Das Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung", in *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer - offert à l'occasion de son 90<sup>e</sup> anniversaire*, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, no. 61, Genève (Georg) 1979, pp. 433 ss.
- STOUFFLET, Jean: "Note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1985, Société de Banque de droit espagnol Banco de Santander c/ Caisse nationale de crédit agricole (C.N.C.A.) et autres", in *Recueil Dalloz/Sirey* (Paris), 1986 (partie "Jurisprudence"), pp. 195 ss.
- TERCIER, Pierre: *Les contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich (Schulthess) 1995.
- TEVINI DU PASQUIER, Silvia: *Le crédit documentaire en droit suisse - Droits et obligations de la banque mandataire et assignée*, thèse de Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1990 [Collection genevoise].
- THÉVENOZ, Luc (1994): "Les garanties indépendantes devant les tribunaux suisses", in THÉVENOZ Luc (éd.), *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne (Stämpfli) 1994, pp. 167 ss [Centre d'études juridiques européennes, vol. 1].
- (1998): "Le droit bancaire privé suisse / Das schweizerische Bankprivatrecht", in *RSDA* 70 (1998), no. 4, pp. 192 ss.
- UNION DE BANQUES SUISSES: *Crédits documentaires - Encaissements documentaires - Garanties bancaires*, Zurich 1985.
- ULRICH, Conrad M.: *Rechtsprobleme des Dokumentenakkreditivs*, thèse, Zurich (Schulthess) 1989 [Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, vol. 126].
- VASSEUR, Michel (1987): "Réflexions sur le crédit documentaire à paiement différé, à la suite des arrêts de la cour de Paris des 30 avril et 28 mai 1985, comparés à la jurisprudence suisse, allemande et italienne", in *Recueil Dalloz/Sirey* (Paris), 1987 (partie "Jurisprudence"), pp. 59 ss.
- (1987a): "Note sous l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 avril 1987, Soc. anon. de banques Crédit Général c/ Banque Nationale de Paris et Soc. anon. Jeux et Images du 21<sup>e</sup> siècle", in *Recueil Dalloz/Sirey* (Paris), 1987 (partie "Jurisprudence"), pp. 399 ss.
- (1992): "Note sous l'arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour d'appel de Paris du 3 février 1992, Mauritius Commercial Bank Ltd. c/ BNP", in *Recueil Dalloz/Sirey* (Paris), 1992 no. 32 (partie "Sommaires commentés"), p. 305.
- VOGEL, Oscar / SPÜHLER, Karl: *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 7<sup>e</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2001.
- WEBER, Rolf H. (1982): *Berner Kommentar*, t. VI/1.4: *Allgemeine Bestimmungen*, Lieferung 1 [Vorbemerkungen und Art. 68-90 OR], Berne (Stämpfli) 1982.
- (1996): "Der einfache Auftrag, Erster Abschnitt, 13. Titel: Der Auftrag", in HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / WIEGAND Wolfgang (éd.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1996.

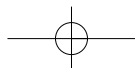
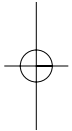
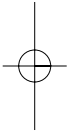






ZAHN, Johannes C. D. / EBERDING, Ekkard / EHRLICH, Dietmar: *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, 6e éd., Berlin, New York (de Gruyter) 1986.

ZOBL, Dieter: "Die Bankgarantie im schweizerischen Recht", in WIEGAND Wolfgang (éd.), *Personalsicherheiten: Bürgschaft, Bankgarantie, Patronatserklärung und verwandte Sicherungsgeschäfte im nationalen und internationalen Umfeld*, Berner Bankrechtstag 1997, Berne (Stämpfli) 1997, pp. 23 ss [BBT, vol. 4].



## **Les parties à la procédure sur mesure provisionnelle dans une relation de crédit documentaire**

### **Commentaire de l'exposé de Nicolas de Gottrau**

Louis Gaillard\*

Deux thèses sont en présence relativement à la question de savoir si, dans une relation de crédit documentaire ou de garantie bancaire, le donneur d'ordre doit prendre à partie le bénéficiaire lorsqu'il conclut, sur mesure provisionnelle, à l'immobilisation du processus de paiement par la banque au bénéficiaire. La thèse développée par Nicolas DE GOTTRAU consiste à dire qu'il n'est pas nécessaire de citer le bénéficiaire à la procédure. L'opinion opposée retient, en accord avec la jurisprudence de la Cour de justice de Genève<sup>1</sup>, qu'il n'est pas seulement opportun mais nécessaire pour le donneur d'ordre de prendre à partie le bénéficiaire du crédit documentaire déjà dans la procédure sur mesure provisionnelle. Nous présentons ci-après les observations qui nous font préférer ce second point de vue.

\* \* \*

Tout d'abord, mettons les choses en perspective. Rappelons que la protection provisionnelle est, par nature, étrangère ou antinomique à l'engagement documentaire. Le crédit documentaire est un mécanisme assurant le paiement sur la base d'une *abstraction documentaire*. Si les documents conformes sont présentés en paiement, l'institution juridique du crédit documentaire veut qu'il y ait paiement.

---

\* Avocat, B•M•G Associés.

<sup>1</sup> ACJ GE du 17 août 1993, *BFI et B. SA c. SP Sàrl, Mme L. et M. G.*, consid. 3.

Certes, il y a l'éventuelle fraude du bénéficiaire, et donc la nécessité pour le donneur d'ordre de pouvoir s'en protéger. Mais sa défense, justifiée dans les cas extrêmes, vient en contradiction avec le fonctionnement ordinaire du mécanisme du crédit documentaire. Son opposition a donc un caractère exceptionnel et doit garder ce caractère. Il paraît ainsi contraire à l'institution du crédit documentaire d'ouvrir des "autoroutes procédurales" en sauvegarde des intérêts du donneur d'ordre.

En deuxième lieu, l'architecture juridique du crédit documentaire est, pour l'essentiel, le cumul nécessaire d'un *rapport d'assignation* faisant intervenir le donneur d'ordre (l'assignant), la banque émettrice (l'assigné) et le bénéficiaire (l'assignataire) et d'un *mandat* liant le donneur d'ordre (le mandant) à la banque (le mandataire)<sup>2</sup>. On perd un élément essentiel de l'opération de crédit documentaire en ne faisant jouer, devant le juge des mesures provisionnelles, que le rapport de mandat. D'autant que le crédit documentaire ne s'explique que par le rapport de valeur liant le donneur d'ordre au bénéficiaire.

En bref, toute considération procédurale mise à part, ne négligeons pas le fait que le crédit documentaire vise à un paiement au bénéficiaire sur la seule présentation des documents conformes et que toute atteinte à ce fonctionnement ne doit être que *restrictivement reçue*. Ceci posé, envisageons les choses dans une perspective procédurale.

\* \* \*

Une règle essentielle du droit de la procédure civile veut que les parties en litige doivent se trouver dans une *véritable situation contentieuse*. Le juge civil n'a aucun pouvoir d'investigation propre: c'est par le conflit opposant les parties que la connaissance des faits vient au juge. La vérité matérielle apparaîtra d'autant mieux que les parties sont en égalité d'armes et ont une âpreté à faire valoir les faits dont elles ont une connaissance immédiate. Les cas où les parties formellement en litige ne sont pas fondamentalement en opposition créent rapidement des résultats pathologiques.

<sup>2</sup> S. TEVINI DU PASQUIER, *Le crédit documentaire en droit suisse*, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1990, p. 71; N. DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude*, Bâle / Genève / Munich / Bruxelles 1999, pp. 39-40 et références citées.

Sans parler des cas de connivence où les parties arrachent au tribunal un jugement qu'il n'aurait jamais rendu s'il avait été informé de la réalité des faits, un simple déséquilibre des parties dans la connaissance des faits litigieux crée aussi des décisions faussées dans le résultat. Le droit anglo-saxon qui a développé les procédés de *discovery* permet une mise en égalité des parties dans leur connaissance des faits pertinents et conduit à des décisions de justice plus proches de la vérité matérielle.

Certes, il n'est guère envisageable que des ententes procédurales frauduleuses s'instaurent entre le donneur d'ordre et la banque. Il n'en reste pas moins que le litige sur la base du rapport de mandat qui oppose dans le schéma proposé par Nicolas DE GOTTRAU le donneur d'ordre à la banque n'est pas un véritable litige. À l'origine de la mise en place du crédit documentaire, il y a une *relation commerciale* et des fonds déposés par le donneur d'ordre auprès de la banque. La banque n'a pas une connaissance immédiate de l'exécution du contrat de base ni des difficultés auxquelles il a pu donner lieu. Sur mesure provisionnelle, le donneur d'ordre fera valoir sa conviction, ses indices de preuve et la perspective de son dommage irrémédiable. Que peut répondre la banque, si ce n'est le plus souvent se borner à faire part de ses doutes quant à une relation dont elle ne connaît ni les tenants ni les aboutissants? La question est d'autant plus aiguë que, selon la jurisprudence *Miranos*, le donneur d'ordre n'est pas tenu de présenter sur le champ des preuves, mais peut se borner à présenter des faits en vraisemblance dont la preuve sera administrée dans le cadre du procès au fond<sup>3</sup>.

Au surplus, si la banque est seule prise à partie, elle est placée dans une situation de *conflit de deux obligations* contractuelles contradictoires: selon les règles du mandat, elle doit fidélité à son mandant, et donc s'abstenir de payer; selon les règles applicables à l'assignation, elle doit honorer son obligation de paiement.

La situation serait différente si le bénéficiaire était acheminé à *faire valoir son point de vue* devant le juge des mesures provisionnelles. C'est ce que la Cour de justice de Genève appelle le respect nécessaire du "droit d'être entendu" du bénéficiaire<sup>4</sup>. L'expression n'est pas heureuse: on ne peut parler de droits procéduraux d'une personne non partie à une

<sup>3</sup> ACJ GE, SJ 1985 613-614 consid. 3a.

<sup>4</sup> ACJ GE du 17 août 1993, *BFI et B. SA c. SP Sàrl, Mme L. et M. G.*, consid. 3.

procédure<sup>5</sup>, mais elle recouvre un fondement incontournable: une décision judiciaire ne doit pas léser une partie qui n'aurait pas été appelée aux débats.

\* \* \*

Le problème tenant à l'absence de véritable contentieux a bien évidemment été vu par Nicolas DE GOTTRAU, qui fait observer au plan théorique la relativité de l'autorité de la chose jugée et met en avant divers garde-fous du droit de procédure.

L'argument selon lequel l'*autorité de la chose jugée* ne lie que les parties à la procédure et donc ne saurait nuire au bénéficiaire qui n'aurait pas été appelé à la procédure néglige les particularités du crédit documentaire: une mesure de blocage initiée par le donneur d'ordre vise à l'immobilisation du processus du paiement au bénéficiaire. Elle est de nature à nuire directement à la personne non appelée à la procédure, quelque considération que l'on puisse émettre quant à la relativité de l'autorité de la chose jugée.

On évoque aussi l'*appel en cause* et la *dénonciation du litige*. Mais ces deux figures juridiques visent non pas à restituer le bénéficiaire dans ses droits procéduraires mais à faciliter l'effort de défense de la banque: elles permettent à celle-ci de faire reporter sur le bénéficiaire les conséquences éventuellement négatives de la décision judiciaire. Rien n'oblige la banque à prendre l'initiative d'un appel en cause ou d'une dénonciation du litige. D'ailleurs, l'on voit mal à quoi pourrait viser un appel en cause dans le domaine conservatoire et comment il pourrait s'exercer. Au surplus, hors du domaine suisse<sup>6</sup> ou de l'espace judiciaire européen<sup>7</sup>), aucune règle de compétence internationale ne fonderait un for au siège social de la banque.

Quant à la dénonciation du litige, cette figure juridique héritée du droit romain (*litis denuntiatio*) et reprise par le droit germanique est si peu connue de la communauté juridique internationale que l'on voit mal

<sup>5</sup> ACJ GE, SJ 1985 620 *in fine*.

<sup>6</sup> Art. 8 LFors et 57A al. 2 de la Loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (Recueil systématique genevois E 2 05).

<sup>7</sup> Art. 6 ch. 2 Convention de Lugano; voir toutefois l'art. V du Protocole n° 1 relatif à certains problèmes de compétence, de procédure et d'exécution.

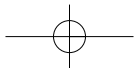
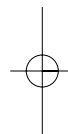
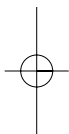
ses effets dans un litige international opposant les parties au rapport de garantie.

Restent bien sûr, dans l'hypothèse d'une décision préprovisionnelle d'ores et déjà prononcée, l'*intervention* spontanée du bénéficiaire ou sa *tierce-opposition* (par présentation spontanée devant le Tribunal de première instance ou par la voie du recours auprès de la Cour de justice selon l'art. 331 LPC). Il s'agit là effectivement de figures juridiques propres à sauvegarder les intérêts du bénéficiaire s'il n'a pas été appelé à la procédure à l'initiative du donneur d'ordre. Mais l'exercice de l'une ou l'autre de ces voies suppose une belle connaissance du droit de procédure et des facultés qu'il offre, ainsi qu'une initiative du bénéficiaire qui est peu commune lorsque celui-ci est éloigné de Genève.

Non, rien n'est mieux que la prise à partie du bénéficiaire et l'envoi d'une convocation à celui-ci. En définitive, d'ailleurs, quel est l'intérêt pour le donneur d'ordre de ne citer que la banque? Un problème de *for*? Non, le *for* au siège de la banque est donné en matière interne par l'art. 33 LFors et en matière internationale par les art. 10 LDIP et 24 Convention de Lugano. Une question d'*urgence*? Non, car le prononcé d'une mesure préprovisionnelle, rendue avant l'audition des parties citées, contourne les lenteurs de la procédure contradictoire. Finalement, le seul intérêt du donneur d'ordre – outre celui d'éviter que le bénéficiaire ne fasse valoir son point de vue devant le juge des mesures provisionnelles – est d'éviter les contraintes de la *notification internationale*. Selon ces règles, le débat contradictoire n'interviendra parfois que plusieurs mois après le prononcé de la mesure préprovisionnelle, et le donneur d'ordre pourra voir ses fonds déposés auprès de la banque en garantie de l'engagement de celle-ci immobilisés durant tout ce temps.

Mettons les éléments en balance: la prise à partie du bénéficiaire est de nature à créer les conditions d'un véritable débat judiciaire; à l'inverse, la seule prise à partie de la banque permet de hâter le processus judiciaire. Nous préférons que l'accent soit porté sur les conditions d'une *contestation judiciaire équilibrée* opposant les véritables parties en litige. Nous posons donc, en accord avec la jurisprudence de la Cour de justice, la nécessité que le donneur cite le bénéficiaire à l'instance.

Si des améliorations au processus judiciaire doivent être envisagées, nous les verrions plutôt dans l'abandon de l'exigence de la *voie diplomatique* en matière de signification des actes judiciaires. Mais ceci est une autre histoire...



## Jurisprudence civile récente

Luc Thévenoz\*

### I. Le séquestre d'avoirs bancaires

Deux arrêts récents, l'un du Tribunal fédéral, l'autre du Tribunal supérieur de Zurich, ont considérablement modifié les possibilités d'obtenir un séquestre civil sur les avoirs bancaires d'un débiteur.

a) Le premier, rendu le 17 février 1999 par la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal fédéral, non reproduit au *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral*<sup>1</sup>, concerne la notification à une grande banque de l'avis d'un séquestre ordonné sur la base de la législation fiscale.

L'Administration fédérale des contributions (AFC) avait ordonné des sûretés pour la dette fiscale d'une entreprise assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée<sup>2</sup>. Une telle décision vaut ordonnance de séquestre au sens de la LP, à la différence cependant que la compétence de l'AFC n'est pas limitée territorialement, au contraire de celle d'un juge cantonal ordonnant un séquestre en vertu de la LP.

Cette décision visait "toutes les créances [du contribuable] envers UBS SA (anciennement Société de Banque Suisse), en particulier" le solde créancier d'un compte auprès de la filiale Cornavin à Genève et de deux comptes auprès de la succursale Löwenstrasse à Zurich.

L'AFC transmet sa décision à l'office des poursuites de Zurich, compétent en raison du siège zurichois de la société anonyme débitrice de la dette fiscale. Conformément à l'art. 276 al. 2 LP, l'office des poursuites donna avis du séquestre à UBS SA, tiers débiteur, en l'adressant aux deux

\* Professeur à l'Université de Genève, directeur du Centre d'études juridiques européennes, membre de la Commission fédérale des banques. L'auteur remercie M. Claude LAPORTE, MBL Genève-Lausanne, assistant au Centre d'études juridiques européennes, pour l'aide apportée à la mise au point de la version définitive de cette contribution.

<sup>1</sup> ATF du 17 février 1999, 7B.314/1998, BLSchK 2000 142.

<sup>2</sup> Art. 58 al. 1 lit. a & c de l'ordonnance sur la TVA du 22 juin 1994, désormais remplacé par l'art. 70 de la loi sur la TVA du 2 septembre 1999, RS 641.201.



sièges principaux, Zurich et Bâle, de la grande banque. UBS SA forma une plainte contre l'exécution du séquestre, qui fut rejetée en dernière instance par le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral retint d'abord qu'en indiquant trois comptes auprès de deux succursales de la banque, l'administration pouvait considérer comme plausible l'existence d'autres relations d'affaires avec UBS, de sorte qu'une extension du séquestre à toutes les créances de la débitrice contre UBS était admissible.

Il lui parut dès lors naturel que l'office des poursuites ait notifié le séquestre au siège principal d'UBS, qui présente la particularité d'être dédoublé, l'un à Zurich et l'autre à Bâle. Une notification pouvait également, mais ne devait pas nécessairement, être donnée aux succursales concernées, ce dont l'office s'était d'ailleurs dispensé au cas d'espèce.

Pour justifier cette évolution notable de la pratique des séquestres, le Tribunal se contente de rappeler dans une parenthèse que les succursales n'ont pas la personnalité juridique et relève, pour la première fois, qu'il est désormais notoire que les grosses banques utilisent des systèmes centralisés pour le trafic des paiements, de sorte qu'elles sont en tout temps en mesure d'obtenir les informations nécessaires sur tout compte ouvert auprès de n'importe laquelle des succursales.

b) Trois mois plus tard, le Tribunal supérieur de Zurich tira les conséquences du précédent arrêt en matière de for<sup>3</sup>. Le créancier d'un débiteur domicilié à l'étranger avait en 1995 obtenu contre ce débiteur un séquestre qui avait porté auprès du siège principal, à la Bahnhofstrasse, de la Société de Banque Suisse. Après la fusion entre SBS et UBS, il requit et obtint un nouveau séquestre contre le même débiteur en mains de UBS SA, au même siège principal de la Bahnhofstrasse, mais également auprès des dix-sept succursales de la banque en ville de Zurich.

Citant l'arrêt du Tribunal fédéral, très récent et alors encore inédit, l'*Obergericht* zurichois renversa sa jurisprudence antérieure<sup>4</sup>, qui était aussi celle de la Cour de justice genevoise<sup>5</sup> et reposait directement sur des

<sup>3</sup> ZR 2000 106 n° 39, rés. PJA 1999 1011 obs. P. BREITSCHMID, RSDA 2001 203 r16, également reproduit sur le site web de la juridiction zurichoise: [www.schkg.ch/fachliches/betriebsrecht/entscheide/tx\\_arr\\_zust\\_grossbank.htm](http://www.schkg.ch/fachliches/betriebsrecht/entscheide/tx_arr_zust_grossbank.htm)

<sup>4</sup> ZR 1981 88 n° 32.

<sup>5</sup> SJ 1995 675 consid. 2.

arrêts de principe du Tribunal fédéral<sup>6</sup>. Il retint que l'ensemble des créances d'un client contre une grande banque peut être séquestré – et donc aussi saisi!<sup>7</sup> – auprès de son siège principal.

Conformément à l'art. 272 al. 1 ch. 3 LP, il appartient certes au créancier séquestrant de rendre vraisemblable l'existence des biens à séquestrer. Le Tribunal supérieur admet que ce serait déjà le cas lorsque le créancier a rendu vraisemblable une relation d'affaires avec le siège principal ou avec l'une (quelconque) des succursales.

En revanche, l'*Obergericht* refusa d'ordonner le séquestre pour d'autres biens tels que papiers-valeurs, métaux précieux, contenu de coffres-forts et autres dépôts en tant qu'il s'étendait aux succursales zurichoises. Relevant qu'il s'agit là de choses corporelles (*Sachwerte*) – ce dont on peut très sérieusement douter s'agissant de valeurs mobilières dématérialisées –, les juges zurichois retinrent qu'il aurait appartenu au créancier de rendre vraisemblable leur localisation auprès de l'une ou l'autre succursale de UBS SA, ce que celui-ci n'avait pas fait.

c) Que déduire de ces deux arrêts, dont le deuxième n'est d'ailleurs qu'une décision d'un tribunal cantonal, certes fort respecté? Le Professeur Hansjörg PETER en tire trois principes<sup>8</sup>:

- s'agissant d'un débiteur domicilié à l'étranger, le créancier peut toujours (mais ne doit pas) faire séquestrer auprès du siège principal de la banque, ce qui sous-entend la compétence du juge et de l'office des faillites de l'arrondissement dudit siège;
- s'agissant d'un débiteur domicilié en Suisse, au for de qui le séquestre doit être requis et exécuté, l'avis du séquestre peut également être donné au seul siège principal;
- ce qui précède ne vaut que pour les créances non incorporées dans un papier-valeur; le papier-valeur, comme toute chose mobilière corporelle, doit encore et toujours être séquestré à son lieu de situation effectif, soit auprès de l'agence ou de la succursale où il est déposé.

<sup>6</sup> ATF 80 III 122, JdT 1955 II 115, *Schweizerischer Bankverein et Kauf*; ATF 107 III 147, *Rockoil SA*.

<sup>7</sup> Cf. renvoi de l'art. 275 aux art. 91 à 109 LP.

<sup>8</sup> "Le point sur le droit des poursuites et des faillites", RSJ 2000 345, 347.

Il me semble que l'on doit compléter ce résumé par quelques remarques.

*I*<sup>o</sup> En autorisant la notification au siège principal d'un séquestre ordonné par une autorité fiscale, le Tribunal fédéral a facilité la mise en œuvre pour toute la Suisse d'une décision prise par une autorité administrative dont la compétence territoriale s'étend à tout le pays. Le Tribunal supérieur zurichois va plus loin: en autorisant le séquestre d'un débiteur étranger auprès du siège principal de sa banque suisse, il permet à une ordonnance de séquestre rendue par un juge cantonal sur la base d'une compétence territoriale limitée à son arrondissement<sup>9</sup> de produire des effets dans toute la Suisse.

Il y a probablement de bonnes raisons de faire ainsi, mais ce n'est pas une conséquence logique et inéluctable de la décision du Tribunal fédéral. *De facto*, la jurisprudence zurichoise donne à une ordonnance de séquestre des effets qui dépassent son champ d'application territorial apparent.

Ce n'est pas extraordinaire cependant, si l'on pense qu'une décision de séquestre prise dans l'exécution d'une décision étrangère bénéficiant de la Convention de Lugano<sup>10</sup> sortit également ses effets dans toute la Suisse<sup>11</sup>.

Il y a de bonnes raisons, parce qu'on sait qu'aujourd'hui, le rattachement d'un compte ou d'une relation d'affaires à une succursale est souvent dénué de toute réalité. Dans les opérations de banque de détail (*retail banking*), où le client n'a pas accès à un conseiller qui lui est affecté mais à une équipe de conseillers à la clientèle atteignables exclusivement par téléphone et sans rattachement avec aucun siège ni aucune succursale particulière, la localisation de la relation d'affaires relève de la fiction dès lors que la tenue du compte et tout le trafic des paiements sont effectivement centralisés.

Il y a aussi de bonnes raisons, car on ne voit pas pourquoi la justice civile et les autorités administratives chargées de l'exécution forcée

<sup>9</sup> Art. 272 al. 1 LP *in initio*: "le juge du lieu où se trouvent les biens".

<sup>10</sup> Art. 24 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (RS 0.275.11).

<sup>11</sup> Cf. P. BREITSCHMID, PJA 1999 1011 s.; R. GASSMANN, *Arrest in internationalen Rechtsverkehr*, thèse, Zurich 1998, pp. 86-89; M. PEDROTTI, *Le séquestre international*, thèse Fribourg, Zurich 2001, pp. 90-112, avec discussion de cet arrêt pp. 112-114.

continuent à se heurter à des barrières cantonales alors qu'en matière pénale et administrative, les mesures de sûretés ne connaissent plus de telles barrières. Pour ma part, je ne vois pas d'inconvénient à ce que la jurisprudence atténue la différence difficilement justifiable entre les mesures conservatoires prises en matières civile, pénale et administrative.

2° Cette évolution bienvenue appelle cependant une vérification attentive des conditions mises par le législateur à l'obtention du séquestre civil. Il appartient au créancier de rendre vraisemblable l'existence des biens sur lesquels il requiert le séquestre. La vraisemblance d'une relation d'affaire auprès de la succursale genevoise n'entraîne pas *ipso facto* la vraisemblance d'autres relations avec d'autres succursales ou avec le siège principal. Elle permet l'obtention et l'exécution d'un séquestre à Genève, mais ni à Zurich ni à Lausanne. Pour obtenir un séquestre en mains du siège, il faut que le créancier rende vraisemblable des relations d'affaires du débiteur avec ce siège ou avec plusieurs succursales situées dans plusieurs arrondissements judiciaires. À défaut de quoi, on aura permis une nouvelle forme de séquestre exploratoire.

3° Enfin, la réserve concernant les *Sachwerte*, les choses mobilières corporelles, me paraît *überholt* et *realitätsfremd*, sauf en ce qui concerne le contenu des coffres-forts. Le séquestre ou la saisie du contenu d'un *safe* requiert à l'évidence la localisation de celui-ci, localisation qui entraîne la compétence *ratione loci*.

Mais il n'en va plus de même pour les valeurs mobilières, matérialisées ou dématérialisées, et tous les avoirs comptabilisés dans un "dépôt" qui est en réalité un compte, mais effectivement conservés dans un dépôt collectif.

Ces "choses comptabilisées" ne peuvent effectivement être identifiées comme appartenant au débiteur séquestré et soustraites à sa libre disposition qu'auprès de l'établissement qui tient le compte du débiteur et dans ses livres<sup>12</sup>. Le dépositaire collectif (*e.g.* SIS SegalInterSettle SA

<sup>12</sup> M.J. KROLL, "Arrest von Wertrechten in Sammelverwahrung", RSDA 1994 244 ss; A. SCHLEGEL, *Die schweizerische Effekten-Giro AG und ihre Beziehung zum Bankkunden in der Verwahrung von Wertpapieren*, thèse Zurich, Berne 1983, pp. 119-122; Ch. BRUNNER, *Wertrechte – nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere*, thèse, Berne 1996, pp. 290-300. Voir également les travaux en cours au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé relatifs à la préparation d'une convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ([www.hcch.net](http://www.hcch.net), rubrique "travaux en cours").

en Suisse, Clearstream au Luxembourg, ou toute banque correspondante pour des titres étrangers) n'a aucun moyen pour identifier des valeurs appartenant aux clients des intermédiaires financiers qui sont les seuls à être connus du dépositaire central.

De même, le séquestre de ces titres intermédiés au domicile du débiteur en Suisse requiert la même précaution que celui de la créance résultant d'un compte bancaire: il faut un avis à la banque teneur de compte. Siège ou succursale, la réponse dépend des mêmes considérations que celles que l'on a développées plus haut.

## **II. Rapport entre la banque et les héritiers après le décès du titulaire du compte**

### **A. Procurations post mortem**

Là où la doctrine (et la bonne pratique) exprime depuis longtemps des doutes formels quant à l'utilisation de certains mécanismes bancaires pour organiser une dévolution *post mortem* en marge de la succession officielle, l'arrêt *UBS* du 12 janvier 2000 ajoute l'autorité du Tribunal fédéral à des avertissements solennels que l'on croyait déjà entendus<sup>13</sup>.

Un riche Espagnol, veuf, décède à Barcelone. Sa fille est héritière légale et réservataire et son testament dispose plusieurs legs. Cependant, il entendait favoriser le compagnon de ses vieux jours. Aux États-Unis, on nous dit qu'il avait ouvert plusieurs comptes à son nom *in trust for* son ami<sup>14</sup>. Pour ses avoirs déposés auprès de la banque suisse, il confère au moyen d'un formulaire une procuration qui reste valable après son décès. Quoique valable du vivant du titulaire du compte, cette procuration ne sera portée à la connaissance du bénéficiaire qu'après le décès du titulaire.

Sans avertir le service successions de la banque, sans procéder à une recherche d'héritier, un fondé de procuration qui a connaissance du décès du titulaire du compte procède à la liquidation des avoirs bancaires, transférés dans un autre établissement.

<sup>13</sup> SJ 2001 421 (4C.234/1999).

<sup>14</sup> Il pouvait s'agir, par exemple, d'une déclaration unilatérale de trust au profit d'un tiers bénéficiaire, dont l'intérêt devait naître après le décès du settlor, seul bénéficiaire de son vivant.

Lorsque l'exécuteur testamentaire apprend enfin l'existence de ces avoirs, il est trop tard. Il dépose une plainte pénale pour abus de confiance, pour laquelle la Chambre d'accusation finira par prononcer un non-lieu. Il intente une action contre le bénéficiaire qui s'est enrichi aux dépens de la succession en même temps que contre la banque. La Cour de justice les condamne conjointement au remboursement de l'intégralité des avoirs retirés du compte sur la base de la procuration. Sur recours des deux défendeurs, le Tribunal fédéral confirme.

La décision est intéressante tant à l'égard de la banque, qu'à l'égard du titulaire de la procuration qui en a abusé au préjudice de la succession.

### 1. Dans les rapports entre les héritiers et la banque

Se référant à un arrêt de 1993 qu'il n'avait pas publié dans son *Recueil officiel*, mais qui a paru dans la *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* et fut recensé par la *Revue suisse de droit des affaires*, le Tribunal fédéral énonce sans ambiguïté l'étendue de l'obligation de diligence de la banque à l'égard des héritiers qui – en droit suisse des successions et dans les autres droits successoraux qui suivent le principe de dévolution immédiate ("le mort saisit le vif") – deviennent ses clients dès le décès du titulaire du compte. L'arrêt relève que "la banque doit veiller aux intérêts des héritiers qui ignorent l'existence d'une telle procuration". Il ajoute: "Même si la banque n'a pas en principe à se soucier de la relation interne entre son client et le représentant, elle devra nécessairement procéder à un jugement sur ladite relation, lorsque se pose la question de savoir si une règle du droit des successions [ici le droit espagnol] a été éludée par le représentant"<sup>15</sup>.

L'obligation de diligence et de loyauté du mandataire à l'égard de son mandant original, mais aussi à l'égard de ses nouveaux mandants, les héritiers, n'est donc pas un vain mot. Et l'exécution des intentions libérales du titulaire du compte décédé engage la responsabilité de la banque lorsqu'elle se fait au préjudice des héritiers et en l'absence d'une disposition valable pour cause de mort.

On relèvera avec intérêt que le Tribunal fédéral n'a pas cherché à qualifier au regard du droit des successions la procuration conférée du vivant du titulaire du compte et qui continue de déployer ses effets après

<sup>15</sup> SJ 2000 I 423, consid. 3d.

son décès<sup>16</sup>. C'est à juste titre. Si la procuration permet évidemment des actes d'appropriation du représentant, ce qui peut être ou non conforme à l'intention du titulaire du compte, elle n'est ni un acte de disposition, ni une libéralité. Elle crée un rapport de représentation, mais ne confère au représentant aucun droit propre contre la banque. La Cour de justice de Genève l'avait d'ailleurs justement relevé en 1994 en niant la qualité du titulaire de la procuration pour agir contre la banque qui refuse d'exécuter ses instructions<sup>17</sup>.

C'est aussi dire que le représentant qui s'est à tort approprié des biens successoraux est tenu de les remettre aux héritiers ou à l'exécuteur testamentaire. Il n'en est pas l'acquéreur à titre dérivé. S'il les a acquis à titre originaire, notamment par le mélange des sommes d'argent, il en est illégitimement enrichi. Mais nous reviendrons à la situation du représentant dans un instant. Ce qui nous intéresse ici, c'est l'affirmation forte que la banque doit préserver les biens revenant à la succession.

Cela ne signifie sûrement pas que les banques doivent désormais refuser l'exécution de toute instruction reçue d'un mandataire après le décès du titulaire du compte. Une procuration valable au-delà du décès a notamment pour but d'assurer la poursuite des actes de gestion ordinaire, le règlement des factures du *de cuius*, etc. Ce qui était ici particulièrement frappant, c'était le fait que le titulaire de la procuration, qui n'en avait jamais fait usage du vivant du titulaire du compte parce qu'il en ignorait jusqu'à l'existence, s'en sert d'emblée pour liquider les avoirs bancaires et les faire transférer à son nom dans un autre établissement.

On peut cependant retenir que, dès que la banque sait – et peut-être dès qu'elle aurait dû savoir en faisant preuve de la diligence exigée par les circonstances – que son client est décédé, elle doit surveiller attentivement les instructions qu'elle continue de recevoir pour vérifier qu'elles restent dans le cadre du flux et du volume antérieurs des ordres.

Entre les lignes, on peut aussi lire le conseil – sinon une injonction formelle – d'avertir les héritiers ou leur représentant, si faire se peut, de l'existence des avoirs. Faisant écho à la décision zurichoise de 1993, le Tribunal fédéral relève d'ailleurs “qu'il est conseillé à la banque de

<sup>16</sup> À la différence du *Handelsgericht* de Zurich en 1993, ZR 1994 181 n° 67.

<sup>17</sup> SJ 1995 212.

prendre des dispositions correspondantes et de requérir, le cas échéant, le consentement des héritiers<sup>18</sup>.

## 2. Dans les rapports entre les héritiers et le titulaire de la procuration

La discussion de la responsabilité personnelle du titulaire de la procuration envers les héritiers n'est pas moins intéressante.

Bien qu'ayant bénéficié d'un non-lieu dans la poursuite pénale – non-lieu lie le juge civil en ce qui concerne l'inapplicabilité de la prescription pénale plus longue au sens de l'art. 60 al. 2 CC –, le recourant ne contestait plus l'existence d'un acte illicite, et limitait son recours en réforme à la condition d'une faute, nécessaire à sa responsabilité délictuelle selon l'art. 41 al. 1 CO, et dont il niait la réalisation.

Le Tribunal fédéral se sentait manifestement mal à l'aise avec la caractérisation de cet acte illicite en présence d'un non-lieu au pénal. Il prit un détour et jugea que, en abusant sciemment de son pouvoir de représentation pour s'approprier des avoirs relevant de la succession, le recourant avait de mauvaise foi géré à son profit l'affaire d'autrui au préjudice des héritiers.

Or la gestion d'affaires imparfaite ou intéressée de l'art. 423 CO, mieux nommée immixtion (*Geschäftsanmassung*), est un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO. On a là un délit civil plus large que l'abus de droit ou la gestion déloyale du Code pénal, ce qui ne pose pas de problème: le strict principe de la légalité des peines en droit pénal contraste avec le pouvoir d'interprétation étendu que le législateur a conféré au juge à l'art. 41 al. 1 CO.

Ainsi, la procuration *post mortem* au sens strict (qui ne prend effet qu'au décès du titulaire du compte, *auf den Tod*) tout autant que celle qui reste valable après le décès du titulaire du compte (*über den Tod hinaus*) ne sont pas, dans l'ordre juridique suisse, un moyen adéquat pour réaliser une disposition pour cause de mort. La même chose vaut pour le compte joint, même si ce n'est pas l'objet de cet arrêt.

<sup>18</sup> SJ 2000 I 421, 425 consid. 3c.



### ***B. Reddition de compte par voie de mesures provisionnelles***

La demande d'un héritier dirigée contre la banque en reddition de compte, généralement fondée sur l'art. 400 CO, peut faire l'objet d'une demande civile ordinaire. C'est rarement le cas en raison des lenteurs de la procédure ordinaire.

La procédure civile genevoise permet cependant aussi de l'obtenir par la voie des mesures provisionnelles conformément à l'art. 324 al. 2 lit. b LPC-GE "lorsque le droit du requérant est évident ou reconnu". La condition est inusuelle, puisque les mesures provisionnelles sont généralement fondées sur la vraisemblance, une preuve *prima facie* justifiée par le caractère provisoire de la mesure, l'absence de l'autorité de chose jugée, la possibilité d'en obtenir la révocation en tout temps et la nécessité pour le requérant de valider la mesure par une action au fond.

La simple lecture de l'art. 324 al. 2 lit. b LPC-GE révèle donc qu'il s'agit d'une mesure provisionnelle atypique.

Bien que la jurisprudence ait depuis longtemps relevé que la reddition de compte obtenue par mesure provisionnelle n'appelait pas de validation, ce qui justifie l'exigence d'un droit évident ou reconnu, elle n'en avait pas encore tiré toutes les conséquences: le recours en réforme n'était pas ouvert, et la mesure n'était passible que d'un recours de droit public<sup>19</sup>.

Dans un arrêt du 6 juillet 2000, le Tribunal fédéral a poussé jusqu'au bout la logique de cette mesure provisionnelle atypique<sup>20</sup>. Il a admis que la décision sur recours de la Cour de justice règle en réalité définitivement les droits civils existant entre les parties, et qu'il s'agit donc bien d'une décision finale. "Que la décision ait été prise en procédure sommaire ne fait pas obstacle au recours en réforme, pourvu qu'elle statue définitivement sur une prétention issue du droit fédéral..."<sup>21</sup>. À juste titre, il a relevé que la mesure provisionnelle genevoise ressemble en réalité à une forme de procédure accélérée, comme c'est le cas à Zurich pour la reddition de compte (*summarisches Befehlsverfahren*).

<sup>19</sup> R. PFISTER-LIECHTI, "Mesures provisionnelles et droit des successions", in *Journée 1995 de droit bancaire et financier*, Berne 1995, pp. 113 ss.

<sup>20</sup> ATF 126 III 445, SJ 2001 I 590 (5P.214/1999).

<sup>21</sup> ATF 126 III 447.

Le recours en réforme est donc ouvert contre la décision ordonnant la reddition de compte. La dernière étape de cette logique consistait à reconnaître qu'il ne s'agit en réalité pas d'une mesure provisionnelle et qu'elle n'est donc pas susceptible de révocation. C'est ce qu'a fait la Cour de justice genevoise dans cette même affaire. Dans un arrêt du 7 février 2000, elle a déclaré irrecevable la requête des banques tendant à ce que soit révoquée l'ordonnance leur imposant de rendre compte à l'héritière<sup>22</sup>. Saisi d'un recours de droit public qu'il a jugé irrecevable parce que mal motivé<sup>23</sup>, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de confirmer cette dernière conclusion, même sous l'angle restreint de l'arbitraire. Je la crois cependant inattaquable<sup>24</sup>.

### III. Rapport entre la banque et l'ayant droit économique

Les rapports entre la banque (ou tout intermédiaire financier) et l'ayant droit économique, déclaré ou non déclaré, sont une des questions les plus épineuses de notre droit civil. D'une part, les parties ont consciemment choisi de ne pas créer de relation contractuelle directe entre la banque et l'ayant droit économique. D'autre part, la banque, tenue d'en connaître l'identité et d'en tirer certaines conséquences, notamment en matière de blocage de fonds, peut-elle véritablement toujours faire abstraction de cette connaissance dans les rapports de droit civil?

Deux arrêts récents apportent leur contribution à une théorie générale qui reste à faire<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Arrêt non publié, ACJC/122/2000, C/18735/1999, consid. 1b reproduit *infra* en annexe 1.

<sup>23</sup> 5P.116/2000 du 27 juillet 2000.

<sup>24</sup> Dans le même sens: L. GAILLARD, "Reddition de comptes et convention d'arbitrage", *Bulletin Oda* n°28, Genève (Ordre des avocats) 2001, pp. 33-36, qui critique un arrêt de la Cour de justice du 30 mars 2000 et démontre qu'en présence d'une clause arbitrale valable, la reddition de compte n'étant pas une véritable mesure provisionnelle, elle ne relève pas de la compétence (exclusive selon l'art. 26 du Concordat intercantonal sur l'arbitrage ou concurrente selon l'art. 183 LDIP) du juge, mais bien du tribunal arbitral.

<sup>25</sup> Cf. déjà G. STANISLAS, "Ayant-droit économique et droit civil: le devoir de renseignements de la banque", SJ 1999 II 414-455; P. NOBEL, "Der wirtschaftliche Berechtigte – Ein unsicheres Konzept", RSDA 1999 258-260; S. MATTHEY, "La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse", in *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarkrecht: Festgabe für Jean-Paul Chapuis*, Zurich 1998, pages 53-88; R. TRIGO TRINDADE, in *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, Berne 2001, pp. 215-225; L. THÉVENOZ, in *Journée 1995 de droit bancaire et financier*, Berne 1995, pp. 155-158.

### ***A. Prête-nom et titularité du compte***

Le premier arrêt émane de la Cour de justice de Genève<sup>26</sup>. Plusieurs personnes liées entre elles sont titulaires ou co-titulaires de plusieurs comptes. S., titulaire du compte n° 2, a déclaré en être (seul) l'ayant droit économique en signant le Formulaire A. La banque accepte pourtant des instructions sur ce compte émanant de Z., qu'elle connaît car il est co-titulaire d'un autre compte. En filigrane dans le rapide état de fait, on comprend que la Cour de justice tient pour vraisemblable que Z. était effectivement l'ayant droit économique du compte n° 2, et qu'elle pense que la banque en est persuadée.

À la suite de diverses disputes, Z. sollicite le blocage du compte n° 2 (dont on rappelle qu'il n'est ni le titulaire ni l'ayant droit économique déclaré). Débouté par le premier juge, il recourt à la Cour de justice qui ordonne la mesure provisionnelle.

La plupart des considérants de la Cour de justice sont convaincants et logiques. Retenant que Z. a rendu vraisemblable son droit sur les avoirs déposés sur le compte n° 2, consciente du préjudice difficilement réparable qui résulterait du refus de bloquer ce compte et de l'urgence de la situation, la Cour ordonne cette mesure.

C'est en réalité le considérant 4.2 qui paraît tout à la fois inutile à la décision rendue par la Cour en même temps que contraire au droit.

Z. ayant rendu vraisemblable l'existence d'une convention de prête-nom avec le titulaire du compte, la Cour y cherche un motif pour admettre qu'en réalité ce n'est pas S., le titulaire du compte selon les documents bancaires, mais Z., l'ayant droit économique occulte, qui est en réalité le client de la banque et le véritable titulaire du compte.

Pour ce faire, elle retient la nullité de la convention de prête-nom qui avait, au cas d'espèce, pour but de dissimuler à la banque le réel ayant droit économique, but illicite constitutif d'une fraude aux règles du code pénal et de la loi sur le blanchiment obligeant les intermédiaires financiers à identifier les ayants droit économiques.

Or, et c'est là où le bât blesse, la Cour achève ainsi son raisonnement: "La nullité de la convention a pour conséquence que Z. a rendu vraisemblable être le véritable cocontractant de la banque, de sorte qu'il peut

<sup>26</sup> SJ 2001 I 4, rés. RSDA 2001 200 r9.

prétendre au blocage des fonds, ayant à première vue une créance personnelle en restitution des fonds contre la banque, non en sa qualité d'ayant droit économique (la question de savoir si, en sa qualité de seul ayant droit économique, il aurait pu faire bloquer le compte, peut rester indécise), mais bien en sa qualité de titulaire dissimulé du compte litigieux<sup>27</sup>.

Personne ne contestera qu'une convention de prête-nom, qui est une variété de convention de fiducie, est nulle lorsqu'elle poursuit un but illicite (art. 20 al. 1 CO). Mais la nullité de ce rapport juridique entre l'ayant droit économique et le titulaire du compte n'entraîne pas *ipso jure* des effets dans le rapport entre le titulaire du compte et la banque.

D'abord, la convention de compte et de dépôt avec la banque n'est pas nulle, ce que la Cour ne suggère d'ailleurs pas.

Ensuite, cette convention continue d'exister entre les parties qui se sont obligées. Le titulaire du compte, prête-nom de l'ayant droit économique, n'en est évidemment pas le représentant direct (art. 32 CO). Il s'engage en son propre nom, même si c'est pour le compte d'autrui. Ni la propriété des avoirs déposés auprès de la banque ni la nature, l'existence ou la validité des rapports entre le véritable propriétaire de ces avoirs et le titulaire du compte ne sont une condition à la validité du rapport bancaire. En jugeant le contraire, la Cour admet une substitution des parties au contrat bancaire qui ne trouve aucune base dans le droit des obligations.

Le seul raisonnement qui permettrait d'arriver au résultat recherché par la Cour consisterait à admettre que le contrat entre la banque et le titulaire est en réalité simulé et que la banque a la conscience et la volonté de contracter avec le propriétaire des fonds. Le contrat d'ouverture de compte et les dépôts bancaires ne sont soumis à aucune forme légale, de sorte que le contrat dissimulé serait valable, le contrat simulé étant bien sûr nul parce que pas voulu par les parties (art. 18 CO).

Mais la Cour n'énonce pas des faits qu'elle tiendrait pour vraisemblables et qui permettraient d'admettre que la banque *in casu* entendait en réalité contracter avec Z., ayant droit économique dissimulé.

Le raisonnement que suit la Cour est en réalité pernicieux: alors que le propriétaire des fonds et son prête-nom poursuivent un but illicite, le propriétaire obtient une position plus favorable à l'égard de la banque

<sup>27</sup> SJ 2001 I 8, consid. 4.2 *in fine*.

puisque la Cour lui reconnaît la qualité de titulaire réel du compte. C'est choquant, puisque l'auteur d'une machination frauduleuse voit ainsi sa position juridique améliorée, en contradiction manifeste avec le principe que nul ne peut se prévaloir à son avantage de son comportement contraire au droit (*nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*).

Ce raisonnement dangereux était en outre inutile pour ordonner ici la mesure conservatoire (blocage des fonds) que les circonstances rendaient nécessaire: le seul fait que le propriétaire original des avoirs soit en dispute avec leur détenteur actuel à propos de leur restitution (art. 479 CO) suffit à justifier le blocage provisionnel de ces avoirs auprès de la banque, toutes autres conditions des mesures provisionnelles étant par ailleurs vérifiées. On relèvera d'ailleurs que, sans devenir lui-même le titulaire du compte, l'ayant droit économique peut se prévaloir des règles du mandat pour obtenir la cession légale de la créance en restitution contre la banque, ce qui d'ailleurs le protège contre la faillite du prête-nom (art. 401 al. 1 & 2 CO).

### ***B. L'ayant droit économique en tant qu'organe de fait d'une société de domicile***

Le dernier arrêt qui nous intéresse ici porte sur le bien-fondé du débit, au compte bancaire d'une société de domicile, d'un paiement dû à la banque par l'ayant droit économique de cette société. Partiellement reproduit à la *Semaine judiciaire*, il faut le lire en intégralité sur le site du Tribunal fédéral pour en saisir les subtilités<sup>28</sup>.

Parmi les diverses questions qui se posaient, on s'intéressera plus particulièrement aux conditions auxquelles la banque peut effectivement porter au compte d'une société de domicile une opération ordonnée par l'ayant droit économique qui n'est pas titulaire d'une procuration.

Le Tribunal fédéral analyse la question comme celle de l'existence et de la validité d'une reprise de dette conclue entre l'ayant droit économique, débiteur original, et la société de domicile qu'il contrôle, reprenant la dette du premier. Or le débiteur était ici le représentant sans pouvoirs du reprenant. La reprise de dette est donc un contrat avec soi-même entre une personne physique agissant pour son propre compte et à

<sup>28</sup> ATF (I<sup>ère</sup> Cour civile) du 25 août 2000, SJ 2001 I 186 (4C.335/1999). Cf. [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

son profit et la personne morale au nom et pour le compte de qui elle agit sans pouvoirs.

En raison du conflit d'intérêt inhérent à cette situation, le Tribunal fédéral retient que l'acte du représentant est nécessairement sans pouvoirs et qu'il ne peut déployer d'effet que s'il est ratifié (au sens de l'art. 38 CO) par le représenté.

Au cas d'espèce, le Tribunal fédéral voit cette ratification dans l'absence de réaction dans les 30 jours suivant l'envoi du relevé trimestriel de compte.

La solution paraît juste au cas d'espèce. Elle poserait problème dans une situation où les décomptes ne sont pas envoyés à la société réputée ratifier les actes de son représentant sans pouvoirs, mais conservés "banque restante". Comme le créancier de la dette reprise était ici la banque elle-même, celle-ci ne saurait pas interpréter l'absence de réaction au relevé conservé "banque restante" comme valant ratification de l'ordre du *falsus procurator*<sup>29</sup>.

Indépendamment d'une ratification, qui ne paraît ici guère contestable, il existe au moins trois autres doctrines qui permettent d'imputer à la société de domicile les ordres exécutés par la banque sur instruction de l'ayant droit économique.

On peut souvent voir dans l'ayant droit économique le représentant tacitement autorisé de la société de domicile. Le seul fait de l'identifier au moyen du Formulaire A n'a certainement pas cette signification. Mais le fait, pour les organes réguliers de la société, de tolérer à plusieurs reprises l'immixtion de l'ayant droit économique dans la relation bancaire entraîne me semble-t-il une procuration par acte concluant. Nous sommes sur le terrain de la *Duldungsvollmacht* (représentation tacite), mais aussi de l'organe de fait.

La deuxième doctrine me paraît plus discutable: en admettant que la société encourt une responsabilité fondée sur la confiance (*Vertrauenshaftung*) pour les actes de son ayant droit économique, on risquerait fort d'atténuer dans une mesure dangereuse les conditions de la représentation tacite.

<sup>29</sup> Cf. ATF (1<sup>ère</sup> Cour civile) du 13 août 1996, Rep. 1996 37, rés. RSDA 1999 199 r10.

La troisième doctrine n'est qu'un dernier recours: dans certaines circonstances relativement exceptionnelles, la société de domicile commet un abus de droit en opposant la dualité juridique qu'elle forme avec son ayant droit économique. Les tribunaux peuvent sanctionner un tel abus de droit en admettant un *umgekehrter Durchgriff*, c'est-à-dire en faisant abstraction de cette dualité juridique.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que, lorsque l'ayant droit économique n'a pas de procuration sur le compte de la société qu'il contrôle *de facto*, la banque prend un risque évident en exécutant ses instructions. La règle reste qu'un représentant sans pouvoirs ne peut engager une société dont les organes sont nécessairement identifiés par la banque, et que la société est une personne distincte de son actionnaire unique ou dominant.

La garantie d'une activité irréprochable exige en principe que la banque vérifie qu'elle n'accepte pas d'ordre d'une personne qui n'y est pas expressément autorisée par le titulaire du compte et que, si les organes de la société sont d'accord de laisser l'actionnaire interférer dans la relation bancaire, la banque doit exiger que cette décision de la société soit formalisée par une procuration bancaire signée par les représentants dûment autorisés de la société.

## Annexe

### Extrait de l'arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 17 février 2000 dans l'affaire *A. c. X. & Cie SA et consorts* (ACJC/122/2000)

#### Résumé de l'état de fait:

Un riche Marocain, divorcé, décède à Casablanca. Par testament, il a disposé que son patrimoine devait revenir à son frère et à son neveu sous réserve d'un legs modeste à sa fille. Celle-ci reconnaît d'abord le testament, puis le conteste après découverte de l'ampleur de la fortune de son père. Se prévalant de sa qualité d'héritière, elle saisit le Tribunal de première instance de Genève d'une requête en reddition de comptes par voie de mesures provisionnelles contre six établissements bancaires, mesure qui lui est finalement accordée par la Cour de justice de Genève. Se prévalant de la décision subséquente de la cour d'appel de Casablanca déniaut à la recourante la qualité d'héritière, trois banques obtiennent du Tribunal de première instance la révocation des mesures provisionnelles. La Cour de justice de Genève se prononce ici sur le recours de la requérante contre la décision du juge de révoquer la mesure provisionnelle précédemment ordonnée.

#### Extrait des considérants:

La question litigieuse est dès lors celle de savoir si l'article 335 alinéa 1 LPC à teneur duquel les mesures provisionnelles peuvent en tout temps être modifiées ou révoquées, si les circonstances nouvelles le justifient, est applicable à la reddition de comptes octroyée en vertu de l'article 324 alinéa 2 lettre b LPC.

La loi de procédure civile prévoit dans son chapitre traitant des mesures provisionnelles que le juge peut ordonner la reddition des comptes lorsque le droit du requérant est évident ou reconnu. L'article 324 alinéa 2 lettre b

LPC est une voie de procédure atypique. Le requérant pourra former sa prétention en reddition de comptes par la voie des mesures provisionnelles sans exigence de la condition d'urgence ni de la nécessité de valider la mesure (SJ 1991 114-115). En revanche, si le droit à l'obtention de renseignements n'est ni évident ni reconnu, le demandeur devra agir par la procédure ordinaire, au besoin en recourant préalablement à des mesures de sauvegarde de nature conservatoire (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, *Commentaire de la loi de procédure civile genevoise*, n. 5 ad art. 324 LPC). Un droit est évident lorsqu'il ne souffre aucune discussion, c'est-à-dire qu'il "saute aux yeux" ou qu'il "s'impose à l'esprit par un caractère de certitude facile à saisir" (ATF 5P. 272/1992 du 20 novembre 1992; PFISTER-LIECHTI, "Mesures provisionnelles et droit de successions", in *Journée 1995 de droit bancaire et financier*, pp. 116-117). Ainsi, à la différence des autres mesures provisionnelles, celles sollicitées sur la base de l'article 324 alinéa 2 lettre b LPC, ne satisfont pas de la vraisemblance, que ce soit du fait ou du droit.

En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, certes rendue dans le cadre de l'article 697h alinéa 2 CO, mais applicable à la reddition de comptes en ce qui concerne leur nature similaire, la condamnation à présenter des comptes, nonobstant le caractère sommaire de la procédure qui y conduit, n'est pas destinée à n'offrir qu'une protection provisoire, mais exclut une procédure ultérieure portant sur le même objet. Elle met un terme à la procédure considérée (ATF 120 II 355, SJ 1995 304).

L'article 335 LPC trouve sa justification dans le fait que les mesures provisionnelles ont



un caractère provisoire (PELET, *Mesures provisionnelles: Droit fédéral ou cantonal?*, 1987, p. 4) et qu'elles doivent par conséquent pouvoir être modifiées ou supprimées dès qu'il apparaît qu'elles reposent sur une appréciation erronée des faits ou que leur fondement juridique se révèle inexact (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 2 ad art. 335 LPC).

Au vu de ces considérations, il sied bien plutôt de tenir compte de la nature particulière de la mesure en reddition de comptes, nécessitant

un droit évident ou reconnu et qui, lorsqu'elle est ordonnée, est immédiatement exécutoire que de la systématique légale qui permettrait à première vue la révocation de toutes les mesures provisionnelles. Partant, la requête en révocation de la reddition de compte doit être déclarée irrecevable. Il convient, pour ce motif déjà, de déclarer le recours fondé.

## **Expérience et pratique de l'autorité de surveillance suisse face à l'abus du système financier par des personnes politiquement exposées**

Urs Zulauf et Marc Siegel\*

### **I. Introduction: risques pour les banques et la place financière**

Une banque, comme tout intermédiaire financier, expose ses activités à des risques de réputation importants, si elle entretient des relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées (*Politically Exposed Persons* – PEP), lesquelles sont susceptibles un jour d'être impliquées dans une affaire de corruption ou de blanchiment de capitaux. L'opinion publique et la presse verront d'un mauvais œil l'implication d'une banque dans un tel scandale. Celle-ci risque alors non seulement de voir sa clientèle se détourner de son établissement, mais également de rencontrer des difficultés sur les marchés auprès desquels elle se refinance. Des ressources internes devront par ailleurs être mobilisées pour faire face à ce genre d'événement, alors qu'elles pourraient être utilisées autrement, de manière plus productive. La banque devra enfin compter avec des coûts importants pour assumer les risques juridiques d'une telle affaire, tant sur le plan pénal que celui de la surveillance prudentielle.

Ce n'est toutefois pas seulement la réputation d'un établissement bancaire en particulier qui risque d'être mise en cause, mais aussi celle de l'ensemble de la place financière. Cette tendance est illustrée par la publication récente par des organismes internationaux, tels que le Groupe

---

\* Les auteurs, Urs ZULAUF, chef du Service juridique de la Commission fédérale des banques (CFB), et Marc SIEGEL, collaborateur du Service juridique de la CFB, expriment leur opinion personnelle, qui ne saurait lier la CFB et ne correspond pas nécessairement au point de vue de cette dernière. Cette contribution, complétée et actualisée, est rédigée sur la base de l'article d'Urs ZULAUF, "Korruptions- und Potentatengelder", publié dans *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Weiterbildungsseminare HSG, 9/2000, pp. 81 ss.

d'action financière internationale (GAFI)<sup>1</sup> ou le *Financial Stability Forum* (FSF)<sup>2</sup>, de listes reposant sur le principe du *name and shame* qualifiant certaines places financières de centre offshore. Toute place financière faisant l'objet d'une telle qualification, laquelle implique par définition une réglementation prudentielle sommaire et une absence de coopération dans la lutte contre la corruption et le blanchiment, se trouvera exposée à des sanctions de la communauté financière internationale. Elle risque alors de se voir isolée sur les marchés financiers mondiaux. L'existence de critères de définition objectifs ainsi que d'une procédure d'analyse pertinente et équitable n'est pas déterminante pour la publication de telles listes. Il en est de même de la question de savoir si sur la base des critères retenus d'autres États ne devraient pas également y figurer<sup>3</sup>. L'implication politique d'une place financière déterminée joue également un rôle important dans ce domaine.

La Commission des banques est par conséquent doublement concernée par la problématique de l'acceptation de fonds de personnes politiquement exposées, d'une part s'agissant des établissements soumis à sa surveillance prudentielle et d'autre part en raison de l'influence de cette question sur la place financière suisse dans son ensemble.

## II. Les questions clefs des fonds de personnes politiquement exposées

Les relations d'affaires avec des personnes exerçant des fonctions publiques importantes ne sont pas problématiques en tant que telles. Il n'est pas interdit pour une banque suisse d'avoir par exemple un chef d'État étranger parmi sa clientèle. Les difficultés apparaissent cependant quand ces personnes sont liées à des actes de corruption ou de blanchiment de capitaux. La solution idéale serait que les intermédiaires financiers n'acceptent pas de fonds de potentats corrompus ou se livrant au blanchiment de capitaux. Ceci signifierait tout simplement que les

<sup>1</sup> Cf. à ce sujet: [www.oecd.org/fatf/pdf/NCCT2000\\_fr.pdf](http://www.oecd.org/fatf/pdf/NCCT2000_fr.pdf)

<sup>2</sup> Cf. à ce sujet: [www.fsforum.org/Press/P20000525.html](http://www.fsforum.org/Press/P20000525.html)

<sup>3</sup> Dans son rapport, le *Financial Stability Forum* (FSF) – dont la Suisse ne fait pas partie – a défini huit critères permettant de qualifier une place financière de centre offshore. La Suisse, bien que ne remplissant aucun des huit critères et malgré les protestations de la Commission des banques, a tout de même été qualifiée de centre offshore, en raison du fait que certains membres du FSF la considéraient comme tel.

mesures préventives mises en place sont efficaces. Toutefois, la pratique démontre que les *règles préventives* sont non seulement difficiles à mettre en œuvre – tant par les banques que par l'autorité de surveillance – mais que par nature elles présentent également des lacunes. En cas de défaillance des mesures de prévention, d'autres questions surgissent, telles que celles des mécanismes de *recherche des fonds*, de leur *saisie* et finalement de leur *restitution* aux victimes ou aux véritables propriétaires.

Par sa vocation d'autorité de surveillance prudentielle des banques et des négociants en valeurs mobilières, la Commission des banques traite essentiellement des questions de prévention. Elle cherche à éviter que la place financière suisse ne soit utilisée de façon illicite par des personnes politiquement exposées. Son action intervient tant par la voie réglementaire que par le biais des procédures qu'elle conduit contre les établissements n'ayant pas respecté leurs obligations.

### **III. Les étapes clefs en Suisse de la prévention en matière d'acceptation de fonds de personnes politiquement exposées**

Dans le courant des années 1980, la Commission des banques a commencé à traiter de manière plus approfondie la mise en œuvre de l'autoréglementation de l'industrie bancaire concernant l'identification des clients et l'obligation de connaître l'ayant droit économique se cachant derrière des hommes de paille ou des sociétés de domicile offshore sans activité commerciale. Elle a développé, au cas par cas, des principes exigeant des intermédiaires financiers qu'ils s'interrogent sur l'arrière-plan économique de transactions complexes ou douteuses. Ainsi par exemple, le Tribunal fédéral a confirmé en 1985 une décision de la Commission des banques interdisant formellement un prêt *back to back* visant uniquement à tromper une autorité étrangère<sup>4</sup>. De même, en 1991, la Commission des banques a exigé des établissements soumis à sa surveillance de déterminer les noms des ayants droit économiques représentés par des avocats d'affaires<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> ATF 111 IB 126/JdT 1986 I 25 s.

<sup>5</sup> Rapport de gestion CFB 1991, pp. 203 s.



Six étapes importantes, instituant la pratique de la Commission des banques sur les obligations des banques en matière d'acceptation de fonds de personnes politiquement exposées, peuvent être mises en évidence. Elles sont détaillées ci-après.

#### ***A. Réaction de la Commission des banques au cas Marcos***

En 1986, le Conseil fédéral et la Commission des banques ont décidé de bloquer les avoirs du clan Marcos dont le chef, Ferdinand Marcos, était le président déchu des Philippines, impliqué dans un imposant détournement de fonds publics et des actes de corruption. Dès 1987, la Commission des banques a élaboré une pratique exigeant que la décision d'ouverture d'une relation d'affaires avec une personne politiquement exposée de haut rang soit prise par la direction de l'établissement en cause ou un membre de celle-ci<sup>6</sup>. Cette obligation visait essentiellement les relations bancaires de chefs d'État et de membres de gouvernements étrangers.

#### ***B. Réaction de la Commission des banques à l'opération mani pulite***

Suite à l'opération *mani pulite* menée en Italie en 1993, laquelle a mis en évidence le système de corruption généralisé de la mafia, la Commission des banques a défini que la direction d'un établissement soumis à sa surveillance ne présenterait plus la garantie d'une activité irréprochable requise selon l'art. 3 al. 2 lit. c de la loi sur les banques (LB)<sup>7</sup>, s'il est avéré que cet institut a accepté des fonds provenant de la corruption. À cet égard, il convient de relever que cette exigence a été imposée sept ans avant que la corruption de fonctionnaires étrangers ne soit considérée en Suisse comme crime préalable à un acte punissable de blanchiment de capitaux.

<sup>6</sup> Rapport de gestion CFB 1987, p. 156.

<sup>7</sup> RS 952.0.



***C. Affaire Mobutu – Codification des règles applicables à l’acceptation de fonds de personnes politiquement exposées dans les directives de la Commission des banques sur le blanchiment***

En 1998, après la recherche et le blocage des fonds – en définitive peu importants – déposés en Suisse par le général Mobutu Sese Seko, l’ancien président du Zaïre<sup>8</sup>, la Commission des banques a formalisé sa pratique dans ses directives sur la lutte contre le blanchiment<sup>9</sup>. Depuis lors, il est expressément interdit aux banques d’accepter des fonds provenant de la corruption ou du détournement de fonds publics<sup>10</sup>. L’exigence de l’accord d’au moins un membre de la direction générale pour l’ouverture d’une relation d’affaires avec une personne politiquement exposée, développée suite à l’affaire Marcos, a notamment été intégrée dans ces directives, tout comme l’obligation pour chaque banque de disposer d’une directive interne définissant sa politique dans ce domaine<sup>11</sup>.

***D. Rapport de la Commission des banques dans l’affaire Abacha***

Durant l’année 1998, la Commission des banques a dénié la qualité de garantie d’une activité irréprochable<sup>12</sup> au président du conseil d’administration et à un des directeurs d’une banque en mains allemandes domiciliée en Suisse, en raison du fait qu’ils avaient accepté un paiement d’un groupe industriel occidental de l’ordre de DEM 300 millions, versé à titre de provision, sur un compte du fils de l’ancien président du Nigeria Sani Abacha. L’autorité de surveillance a en particulier écarté les explications de la banque arguant qu’au Nigeria la corruption était une composante des relations d’affaires courantes.

Par la suite, en septembre 2000, la Commission des banques a publié les conclusions de ses enquêtes auprès de dix-neuf banques suisses ayant accepté des fonds de l’entourage de Sani Abacha de l’ordre de

<sup>8</sup> Aujourd’hui République démocratique du Congo.

<sup>9</sup> Rapport de gestion CFB 1997, pp. 187 ss.

<sup>10</sup> Circulaire CFB 98/1 (Directives sur le blanchiment), N. 9, publié sous [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch)

<sup>11</sup> *Idem*, N. 15.

<sup>12</sup> Cf. art. 3 al. 2 lit. c LB.

USD 660 millions (montant bloqué par les autorités de poursuite pénale suisses à fin 1999)<sup>13</sup>. Avec la publication de son rapport, la Commission des banques a introduit le recours à la pratique du *name and shame*, en mentionnant les noms des banques impliquées et des manquements importants constatés. Il y est indiqué à ce titre qu'elle a ordonné des révisions extraordinaires du secteur *private banking* auprès de trois établissements. Des mesures à l'encontre des membres de la direction des banques en cause n'ont pas été nécessaires, ceux-ci ayant été écartés par les établissements eux-mêmes ou n'étant d'ores et déjà plus en fonction. La Commission des banques ne s'est pas privée de mentionner que d'importantes transactions impliquaient également d'autres places financières internationales telles que les États-Unis, le Royaume-Uni, le Luxembourg, l'Autriche et le Liechtenstein. Elle a ainsi provoqué une première internationalisation de la problématique des fonds de personnes politiquement exposées.

Sur la base des constatations faites dans le cadre de ses enquêtes et en rappelant les exigences formulées dans ses directives sur le blanchiment, la Commission des banques a énoncé un certain nombre de principes applicables aux relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées:

- “Les relations d'affaires avec des clients provenant de pays, où une influence étatique importante sur l'activité économique est liée à une corruption largement répandue, à la violation systématique des droits fondamentaux de l'homme et à des actes de violence politique, exigent une attention particulière et des clarifications approfondies lorsque des particuliers souhaitent placer des fonds importants”<sup>14</sup>.
- Lors des vérifications et des clarifications particulières relatives à l'arrière-plan personnel et économique de leurs clients, les banques ne doivent pas seulement se fier à des recommandations orales ou écrites de clients de longue date, d'autres personnes de référence ou de banques tierces<sup>15</sup>.
- La Commission des banques souhaite examiner dans quelle mesure elle ne devrait pas pouvoir confisquer les gains que les banques ont tirés de telles relations d'affaires<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Rapport CFB Abacha, publié sous [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch)

<sup>14</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>16</sup> *Idem*, pp. 15 s.

### ***E. Décision de la Commission des banques dans l'affaire Montesinos***

Dans le cadre de l'enquête pénale ouverte en automne 2000 par les autorités judiciaires du canton de Zurich pour blanchiment de capitaux à l'encontre de Vladimiro Lenin Montesinos Torres, l'ex-chef des services secrets péruviens et conseiller personnel de l'ancien président péruvien Alberto Fujimori, des fonds de l'ordre de USD 114 millions déposés auprès de banques ayant leur siège en Suisse ont été bloqués. Cette affaire a été découverte suite à la communication d'une banque au sens de l'art. 9 de la loi sur le blanchiment (LBA)<sup>17</sup>.

La Commission des banques a examiné auprès de cinq établissements bancaires si, lors de l'acceptation et de la gestion des avoirs de Montesinos, ils avaient respecté leurs obligations découlant de la réglementation bancaire et de lutte contre le blanchiment de capitaux. En novembre 2001, dans le prolongement de la pratique inaugurée dans l'affaire Abacha, la Commission des banques a rendu publique une décision concernant un des établissements impliqués<sup>18</sup>. Elle y a constaté que la banque en cause n'avait pas respecté ses obligations et avait en particulier violé son devoir de clarification de l'arrière-plan économique en cas de relations d'affaires inhabituelles. De plus, s'agissant du directeur général de cet établissement, elle a considéré qu'en raison de sa position hiérarchique et du fait qu'il avait personnellement approuvé la relation d'affaires avec Montesinos, alors même que la procédure d'ouverture de compte présentait des vices formels, il ne présentait plus la garantie d'une activité irréprochable<sup>19</sup> nécessaire pour gérer et administrer une banque en Suisse. Elle a de ce fait exigé qu'il soit écarté de sa fonction sans délai. Afin de s'assurer tant de la mise en œuvre que de l'opportunité des mesures internes prises par la banque, la Commission des banques a également ordonné une révision extraordinaire par un organe de révision tiers pour l'année 2002. Elle a également nommé les autres banques concernées, contre lesquelles aucune mesure particulière n'a dû être prise.

<sup>17</sup> RS 955.0.

<sup>18</sup> Communiqué de presse CFB du 13 novembre 2001, publié sous [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch). La décision complète sera publiée prochainement dans le Bulletin CFB 42.

<sup>19</sup> Cf. art. 3 al. 2 lit. c LB.



Dans son communiqué de presse du 13 novembre 2001<sup>20</sup>, la Commission des banques indique avoir tiré les conclusions suivantes de l'affaire Montesinos:

- L'obligation de vérifier de manière scrupuleuse la qualité de personne politiquement exposée est la condition fondamentale pour le respect des règles définies dans ce domaine par l'autorité de surveillance. La recherche active d'informations de la part des banques, par le biais notamment de la consultation de sources publiquement accessibles, revêt d'autant plus d'importance que les clients ne révèlent pas toujours leur qualité de personnes exerçant des fonctions publiques importantes ou donnent de faux renseignements à ce sujet.
- À l'exception d'un établissement, les banques concernées n'ont pas cherché à établir un contact personnel avec Montesinos, mais se sont fiées exclusivement aux informations fournies par des tiers. La Commission des banques considère que l'absence d'une telle démarche est insuffisante pour des relations d'affaires importantes dans le domaine du *private banking*. Il est à relever qu'elle avait déjà précisé par le passé que les banques devaient faire preuve d'une diligence particulière dans leurs relations d'affaires avec des clients provenant de pays sujets à la corruption<sup>21</sup>.
- "Pour une banque, il peut se justifier de rompre une relation d'affaires douteuse, ne remplissant néanmoins pas encore les conditions nécessaires pour faire l'objet d'une communication. Du point de vue du système financier dans son ensemble, le problème n'est néanmoins pas résolu si les fonds sont transférés dans une autre banque"<sup>22</sup>.
- La Commission des banques a finalement souligné que bien qu'elle ait constaté des violations de devoirs de diligence et des problèmes organisationnels auprès d'un établissement bancaire, l'affaire Montesinos avait démontré l'efficacité des mécanismes de lutte contre le blanchiment, en particulier de l'obligation de communication instituée par la loi sur le blanchiment<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Publié sous [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch).

<sup>21</sup> Rapport de gestion CFB 2000, p. 166.

<sup>22</sup> Communiqué de presse CFB du 13 novembre 2001, publié sous [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch).

<sup>23</sup> Cf. art. 9 LBA.

### ***F. Révision des directives de la Commission des banques sur le blanchiment***

Suite aux conclusions tirées dans l'affaire Abacha<sup>24</sup>, la Commission des banques a mis sur pied, dans le courant de l'année 2001, un groupe de travail chargé de la révision des directives relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux et indirectement de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB)<sup>25</sup>. Les enseignements récents tirés de l'affaire Montesinos<sup>26</sup> sont également pris en compte dans le cadre de cette révision. Ainsi, outre les questions d'identification et de clarification en matière d'opérations bancaires électroniques, d'obligation de procéder à une *due diligence* du client et de clarifier l'origine de ses avoirs, cette révision porte également sur certains aspects touchant plus particulièrement aux exigences en matière de relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées. À cet égard, la Commission des banques envisage par exemple de requérir des banques qu'au moins un des membres de la direction générale connaisse le profil client des plus grands clients privés, qui peuvent le cas échéant être une personne politiquement exposée. De même, la question des devoirs de diligence d'une banque, à qui des fonds sont transférés depuis un autre établissement bancaire ayant décidé de rompre une relation d'affaires indésirable, sera discutée.

### **IV. Politique de la Commission des banques concernant les fonds de personnes politiquement exposées corrompues**

En sa qualité d'autorité de surveillance des banques et des négociants en valeurs mobilières, la Commission des banques porte un intérêt marqué au respect de la réglementation applicable aux relations d'affaires avec des personnes exerçant des fonctions publiques importantes. En septembre 2000, lors d'une conférence internationale des autorités de

<sup>24</sup> Cf. *supra* III, D.

<sup>25</sup> Publié sous [www.swissbanking.org/fr/110\\_f.pdf](http://www.swissbanking.org/fr/110_f.pdf).

<sup>26</sup> Cf. *supra* III, E.

surveillance prudentielle, le Président de la Commission des banques a eu l'occasion de résumer en cinq points la politique de cette dernière<sup>27</sup>:

La Commission des banques accorde une très grande importance au respect des dispositions sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et plus particulièrement aux règles applicables aux personnes exerçant des fonctions publiques importantes. Elle ne tolère aucune violation de ces règles.

La Commission enquête sans délai sur chaque violation grave d'une règle importante en matière d'acceptation de fonds de personnes politiquement exposées, indépendamment d'éventuelles enquêtes parallèles des autorités de poursuite pénale voire d'autres autorités.

En cas de violation des règles prudentielles ou de manquements organisationnels graves en matière d'acceptation de fonds de personnes exerçant des fonctions publiques importantes, les personnes chargées d'administrer les établissements concernés risquent de se voir interdire l'exercice de leur activité dans le secteur bancaire – *industry ban* – par l'autorité de surveillance.

Les établissements surveillés doivent remédier rapidement et efficacement à des défaillances organisationnelles relatives aux fonctions *legal and compliance*, sous le contrôle de l'autorité de surveillance.

Les banques, les négociants en valeurs mobilières et les directions de fonds de placement qui ne sont pas en mesure ou qui ne veulent pas mettre leurs systèmes *compliance* à un niveau satisfaisant risquent un retrait d'autorisation par la Commission des banques.

En complément, il convient de rappeler qu'afin de sensibiliser les acteurs de la place financière suisse de manière préventive, la Commission des banques a introduit le recours à la pratique du *name and shame*, en publiant les noms des banques, des manquements importants constatés ainsi que des mesures prises à l'encontre des établissements en cause.

---

<sup>27</sup> Dr Kurt HAURI, *Transnational Commercial Bribery and Corruption: a Challenge for the Financial Industry, Regulators and Supervisors*, Remarques introductives lors de l'*International Conference of Banking Supervisors*, septembre 2000, publié sous [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch).

## V. Définition de la notion de personnes politiquement exposées

La notion de personnes politiquement exposées, bien que commode à utiliser, doit être précisée pour permettre une application pratique des devoirs de diligence particuliers qu'elle implique. Différentes instances se sont penchées sur cette question et ont tenté d'en élaborer une définition (voir Annexe 1). Bien que proches, toutes les définitions retenues ne se recouvrent pas totalement. Comme souvent, les problèmes se situent au niveau des détails.

Il s'agit tout d'abord de définir quelles sont les fonctions étatiques qui font qu'un client doit être considéré comme personne politiquement exposée, dont les avoirs ne peuvent être acceptés par une banque que dans le cadre d'une obligation de diligence accrue. Tant du point de vue de la surveillance prudentielle que du point de vue politique, les chefs d'État sont en première ligne. Le domaine d'application des règles élaborées par la Commission des banques et les autres instances<sup>28</sup> ayant traité de cette question est toutefois plus étendu, en y incluant notamment les politiciens, hauts fonctionnaires et cadres d'entreprises étatiques associés d'un chef d'État. Il n'a jusqu'ici pas été question d'élargir cette définition aux politiciens et fonctionnaires dans leur ensemble, vu le cercle d'individus beaucoup trop large qu'ils représenteraient. Il n'est néanmoins pas exclu qu'un conseiller municipal d'une grande métropole étrangère doive être considéré comme personne politiquement exposée par une banque suisse. Pour des raisons pratiques – éviter le contournement d'une réglementation – et politiques, aucune liste exhaustive des fonctions visées ne verra toutefois *a priori* le jour. Il est fort probable que les définitions retenues dans le *Supervisors' PEP Working Paper 2001*<sup>29</sup> et par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire<sup>30</sup> s'imposeront comme standards internationaux. Il appartient cependant en premier lieu aux banques d'établir pour elles-mêmes une telle qualification.

Un autre problème est celui de déterminer quelles sont les personnes à considérer comme "proches" des personnes exerçant des fonctions publiques importantes. Cette qualité peut manifestement être reconnue

<sup>28</sup> Cf. Annexe 1 et *infra* VIII.

<sup>29</sup> Cf. Annexe 1 et *infra* VIII, D.

<sup>30</sup> Cf. *infra* VIII, C.

aux épouses ou maîtresses d'un dictateur, dans la mesure où elles sont reconnaissables en tant que telles. Qu'en est-il toutefois d'un homme d'affaires proche d'un chef d'État corrompu<sup>31</sup>? À ce titre, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a retenu dans son *Customer Due Diligence Paper*<sup>32</sup>:

Il n'est pas réaliste d'attendre d'une banque qu'elle connaisse ou cherche à connaître toutes les relations familiales (surtout éloignées), politiques ou commerciales d'un client étranger. L'obligation de s'informer à l'apparition de soupçons dépend du volume des actifs ou de l'importance des mouvements de fonds, du contexte économique, de la réputation du pays concerné, de la solidité des explications données par le client, etc. Il convient cependant de noter que les personnes politiquement exposées (ou plus exactement leurs familles et amis) ne se présenteront pas forcément sous ce jour, mais plutôt comme des hommes d'affaires ordinaires (quoique aisés), sans révéler qu'elles doivent uniquement leur position élevée dans une entreprise légitime à leur relation privilégiée avec un haut responsable public.

Une troisième et dernière question délicate est de savoir si, comme le prévoit notamment la réglementation suisse, seuls des étrangers doivent être qualifiés de personnes politiquement exposées ou si des nationaux doivent l'être également, comme proposé par exemple dans les principes de Wolfsberg<sup>33</sup>. La focalisation sur les personnes étrangères est le résultat des expériences faites par le passé et constitue certainement une approche limitée de la problématique. Néanmoins, le risque qu'un potentat corrompu dépose des fonds illicites dans son propre pays paraît faible, notamment en raison du fait qu'il est mieux connu par les intermédiaires financiers locaux. Une diligence particulière à l'égard des nationaux ne semble pas nécessaire en l'état. De plus, le nombre important de personnes qu'une telle extension de la définition engloberait rendrait l'exigence de l'accord de la direction des banques pour l'ouverture d'un compte pour ainsi dire impraticable.

<sup>31</sup> Rapport CFB Abacha, p. 12.

<sup>32</sup> *Customer Due Diligence Paper* établi par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, publié sous [www.bis.org/publ/bcbs85.pdf](http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf).

<sup>33</sup> Cf. Annexe 1.

## VI. Éléments clés de la diligence requise par rapport aux personnes politiquement exposées

Comme le démontre l'expérience de la Commission des banques, il arrive qu'un chef d'État corrompu ou une personne qui lui est proche ne soit pas reconnu en tant que tel par une banque lors de l'ouverture d'un compte bancaire. En effet, il ne fait aucun doute que cette qualité peut s'avérer difficile à déterminer, sans même évoquer que la situation d'un client peut se modifier au cours d'une relation d'affaires de longue durée.

Afin de pallier ces risques, la pratique développée par la Commission des banques au cours des dernières années sur la base de la Circulaire CFB 98/1 sur le blanchiment, notamment dans le cadre des affaires Abacha<sup>34</sup> et Montesinos<sup>35</sup>, permet de dégager les principes suivants:

L'obligation de vérifier de manière scrupuleuse la qualité de personnes exerçant des fonctions publiques importantes d'un client, avant même l'ouverture d'une relation d'affaires, est la condition fondamentale pour le respect des règles applicables en matière de personnes politiquement exposées.

Dans le domaine du *private banking*, les banques doivent procéder à des vérifications complémentaires de l'arrière-plan de leurs clients à risques, par exemple en recherchant le contact personnel avec leur client. On entend par client à risques, les personnes qualifiées comme telles par les intermédiaires financiers eux-mêmes, les personnes politiquement exposées ainsi que les clients déposant des valeurs patrimoniales d'un montant important. Lors des vérifications et clarifications particulières relatives à l'arrière-plan personnel et économique de leurs clients, les banques ne doivent pas se fier uniquement à des recommandations de clients, d'autres personnes de référence, d'apporteurs d'affaires ou de banques tierces<sup>36</sup>.

La recherche active d'informations de la part des banques, passant par la consultation de sources publiques, revêt d'autant plus d'importance que leurs clients ne révèlent pas toujours leur qualité de personnes exerçant des fonctions publiques importantes ou donnent de faux renseignements à ce sujet.

<sup>34</sup> Cf. *supra* III, D.

<sup>35</sup> Cf. *supra* III, E.

<sup>36</sup> Rapport CFB Abacha, p. 13.

Une relation d'affaires avec une personne politiquement exposée ne peut être ouverte qu'avec l'accord d'au moins un membre de la direction générale de la banque<sup>37</sup>.

Enfin, les banques doivent non seulement faire preuve d'une diligence accrue<sup>38</sup> durant la relation d'affaires avec une personne politiquement exposée, mais il est également de la responsabilité de la direction de se demander si d'autres clients exercent des fonctions publiques importantes dans un État étranger ou s'ils sont proches des personnes exerçant de telles fonctions.

## **VII. Problèmes liés à la rupture et à la communication des relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées**

Dans l'hypothèse où une banque apprend des nouvelles compromettantes au sujet d'un de ses clients devant être qualifié de potentat, deux cas de figure se présentent à elle: la rupture de la relation d'affaires sans annonce au Bureau de communication en matière de lutte contre le blanchiment<sup>39</sup> ou une communication fondée sur un doute ou un soupçon de l'origine criminelle des fonds déposés chez elle<sup>40</sup>.

### ***A. Rupture de la relation d'affaires sans communication***

Si lors de l'examen du dossier d'un client ou sur la base d'informations de tiers, tels que les médias, une relation d'affaires indésirable est découverte, la banque doit se demander si elle peut ou doit rompre ladite relation. Une banque est uniquement autorisée à rompre une relation d'affaires qu'elle juge indésirable dans la mesure où elle ne dispose pas de soupçons fondés de blanchiment de capitaux, ni n'a connaissance de mesures de sûretés imminentes d'une autorité<sup>41</sup>. Elle doit par ailleurs

<sup>37</sup> Circulaire CFB 98/1 (Directives sur le blanchiment), N. 15.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Circulaire CFB 98/1 (Directives sur le blanchiment), N. 29 et 30.

<sup>40</sup> Art. 9 LBA et Circulaire CFB 98/1 (Directives sur le blanchiment), N. 26 ss.

<sup>41</sup> Circulaire CFB 98/1 (Directives sur le blanchiment), N. 29 et 30.

prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer que le *paper trail* soit garanti.

Au-delà des implications juridiques, la rupture d'une relation d'affaires pose également des problèmes pratiques aux banques, comme l'ont démontré les affaires Abacha<sup>42</sup> et Montesinos<sup>43</sup>. Ainsi, si une banque n'est pas en mesure de contacter son client, elle ne peut pas déterminer où les fonds déposés peuvent être transférés. Le client peut s'opposer à la volonté de rupture de la banque par des menaces ou en refusant sciemment d'indiquer où ses avoirs peuvent être transférés. Il peut également s'avérer difficile pour ce client d'ouvrir un compte dans un autre établissement susceptible de l'accepter. Une banque peut par ailleurs être tentée d'aider son client indésirable à démarcher d'autres établissements, en lui remettant des références plus ou moins claires.

Une telle pratique n'est pas souhaitable, le problème se déplaçant d'un établissement bancaire à un autre, en général dans le sens d'un *race to the bottom line*<sup>44</sup>. D'après la Commission des banques<sup>45</sup>, le fait que des fonds d'un client proviennent d'une banque suisse ou étrangère renommée ne dispense pas les banques de leur obligation de procéder aux vérifications nécessaires lors de l'ouverture d'une relation d'affaires. Il s'agit pour les banques d'interroger le client sur les raisons qui motivent son désir de changer d'établissement et de contrôler, le cas échéant, ces indications en contactant la banque précédente. Le pendant de cette obligation pourrait consister en une obligation de la banque qui rompt une relation d'affaires de prévenir d'autres banques sur requête. Il est toutefois fort probable que dans de tels cas de figure, les indications du client ne correspondent pas à celles de la banque que celui-ci est amené à quitter. La question de savoir quelle version correspond à la réalité des faits pourra alors s'avérer difficile à trancher. Dans l'hypothèse où l'établissement qui accepte les fonds est domicilié à l'étranger, la situation est en soi réglée pour la Commission des banques, mais se posent alors d'autres questions concernant notamment les rapports entre les différentes places financières internationales.

<sup>42</sup> Cf. *supra* III, D.

<sup>43</sup> Cf. *supra* III, E.

<sup>44</sup> Urs ZULAUF, "Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz", ZSR 1994, Tome II, N. 344.

<sup>45</sup> Cf. Rapport CFB Abacha, p. 13.



## ***B. Communication fondée sur un doute ou un soupçon d'origine criminelle des fonds***

En raison des problèmes juridiques et pratiques liés à la rupture d'une relation d'affaires indésirable, il apparaît moins risqué pour une banque de procéder à une annonce de cette relation au Bureau de communication en matière de lutte contre le blanchiment, dans la mesure où elle dispose de suffisamment d'indices de corruption ou de détournements de fonds publics sur son client. Ceci vaut d'autant plus si ces indices sont publiquement connus et répercutés dans les médias. La communication de la banque impose un blocage de cinq jours ouvrables bancaires des avoirs annoncés<sup>46</sup>. Dans ce délai, les autorités de poursuite pénale doivent décider la suite qu'elles entendent donner à la communication. Une interaction d'une efficacité étonnante entre la communication découlant de la loi sur le blanchiment, les procédures pénales internes pour blanchiment et l'entraide judiciaire internationale en matière pénale peut s'en suivre. Les affaires Abacha<sup>47</sup> et Montesinos<sup>48</sup> ont démontré cette efficacité, mais aussi les risques liés à ces mécanismes qui peuvent être résumés de la manière suivante:

- Les médias internationaux se font l'écho de procédures pénales voire quasi-pénales pour corruption ou de simples reproches de corruption à l'encontre d'un chef d'État ou d'un haut fonctionnaire étranger.
- Ces informations mettent la puce à l'oreille des banques suisses ayant une relation d'affaires avec la personne mise en cause. En application de leur obligation d'annoncer prévue par la loi sur le blanchiment<sup>49</sup>, celles-ci communiquent la relation d'affaires au Bureau de communication en matière de blanchiment en Suisse.
- Suite à cette annonce, une autorité suisse de poursuite pénale, qui s'estime compétente, ouvre une procédure pénale pour blanchiment<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Art. 10 al. 2 LBA.

<sup>47</sup> Cf. *supra* III, D.

<sup>48</sup> Cf. *supra* III, E.

<sup>49</sup> Cf. art. 9 LBA.

<sup>50</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002, il s'agit essentiellement du Ministère public de la Confédération en raison de ses nouvelles compétences en matière de poursuite d'infractions de blanchiment.

- Les autorités suisses de poursuite pénale et d'entraide judiciaire requièrent l'entraide active de l'État étranger et/ou l'invitent à déposer à son tour une demande d'entraide judiciaire<sup>51</sup>.
- Les autorités suisses publient cette invitation et convient les autres banques suisses, qui n'ont pas encore annoncé de relations d'affaires avec la personne en cause, à y procéder.
- Tous les fonds que le chef d'État ou le haut fonctionnaire étranger mis en cause par les médias a déposé en Suisse sont immédiatement bloqués.

Outre l'efficacité de la législation suisse de lutte contre le blanchiment, cette brève chronologie met surtout en évidence le risque du mécanisme de communication tout particulièrement en ce qui concerne les personnes exerçant des fonctions publiques importantes: une accusation publique suffit et le butin (effectif ou supposé) est livré. Des intrigues politiques n'ayant aucun lien avec la Suisse, y compris de fausses accusations publiques, et le recours abusif à la justice pénale permettent une utilisation à mauvais escient du mécanisme de communication. Celui-ci dépasse alors son objectif, incontesté, qui est de lutter contre les fonds d'origine criminelle. Dans ce contexte, il importe que les banques et les autorités restent vigilantes et qu'elles s'abstiennent de recourir à ce mécanisme ou le stoppent, si nécessaire, dans la mesure où cette utilisation abusive est manifeste.

### VIII. Aperçu des développements internationaux

La problématique des fonds de personnes politiquement exposées ne saurait être discutée sérieusement, sans prendre en compte l'aspect international de cette question. Comme l'a signalé la Commission des banques dans son rapport sur l'affaire Abacha, celle-ci ne concernait pas seulement des banques domiciliées en Suisse, mais également des établissements sis dans d'autres places financières de renom<sup>52</sup>. Au cours de ces dernières années, différentes initiatives démontrent la reconnaissance internationale de la question de l'utilisation abusive des places financières internationales par des potentats corrompus.

<sup>51</sup> Cf. art. 67a Loi sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1).

<sup>52</sup> Rapport CFB Abacha, pp. 13 et 18.

### A. *Les principes de Wolfsberg*<sup>53</sup>

En octobre 2000, une internationalisation réussie des règles suisses en matière d'identification de la clientèle, dont celles relatives aux fonds de personnalités politiquement exposées, a eu lieu dans le cadre d'une initiative privée du Crédit Suisse, UBS et neuf autres *global players* de six pays différents. Cette initiative a abouti aux principes dits de Wolfsberg, du nom du centre de formation de UBS au bord du lac de Constance, où les banques concernées se sont réunies pour les élaborer. Le titre exact de ces principes est toutefois: "*Global Anti-Money Laundering Guidelines for Private Banking*". Ils tendent à la création de standards mondiaux en matière d'identification de la clientèle dans le domaine du *private banking*. En s'obligeant à respecter ces principes dans leurs activités, les banques en question renoncent, sans le dire, à un arbitrage des autorités de surveillance dans ce domaine.

Sur le fond, les principes de Wolfsberg apportent peu de nouveautés importantes du point de vue suisse. Ils définissent toutefois un devoir de diligence comprenant expressément l'obligation de clarification de l'origine de la fortune du client et des fonds déposés dans la banque dans le domaine du *private banking*. Sur ce point, ils vont plus loin que la Circulaire CFB 98/1 sur le blanchiment. En matière de vérification de l'ayant droit économique par exemple, ils prévoient des standards qui vont au-delà de ceux applicables dans de nombreux pays. S'agissant plus particulièrement de la question de l'acceptation des avoirs de personnes politiquement exposées, il s'agit du premier texte à caractère international admettant que le risque inhérent aux potentats réclame une vigilance accrue. La notion de *diligence accrue* créée en 1986 dans l'affaire Marcos par le président de la Commission des banques, Hermann Bodenmann, reçoit ainsi une consécration internationale<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Publié sous [www.wolfsberg-principles.com](http://www.wolfsberg-principles.com).

<sup>54</sup> Rapport de gestion CFB 1986, pp. 127 ss.

## ***B. Réactions de différentes autorités de surveillance étrangères suite à la publication du rapport Abacha***

Suite à la publication par la Commission des banques de son rapport sur l'affaire Abacha<sup>55</sup>, les réactions de différentes autorités de surveillance bancaire ne se sont pas faites attendre.

Au Royaume-Uni, par exemple, une campagne du *Financial Times* a été à l'origine d'un vaste débat public sur cette question et les autorités de surveillance sont devenues actives. En date du 8 mars 2001, la *Financial Services Authority* (FSA) a publié un communiqué de presse sur le résultat de ses investigations dans l'affaire Abacha<sup>56</sup>, dans lequel elle montre son irritation sur la faiblesse des systèmes et des contrôles d'un certain nombre de banques dont les noms ne sont toutefois pas révélés. La FSA a néanmoins indiqué clairement que dès l'entrée en vigueur du nouvel *Financial Services and Markets Act*<sup>57</sup>, les règles en matière de lutte contre le blanchiment seront renforcées et que, comme l'a fait la Commission des banques, elle recourra au principe du *name and shame*.

En Allemagne, une directive sur la question de l'acceptation de fonds de personnes politiquement exposées a été adressée aux intermédiaires financiers en octobre 2000<sup>58</sup>.

En janvier 2001, les États-Unis ont publié une *Guidance*<sup>59</sup> à l'intention des banques, rédigée sous la présidence de Stuart Eizenstat en collaboration entre le *Department of Treasury*, le *Department of State* et quatre autorités de surveillance bancaire. Le contenu de ces règles sur la question de l'identification de fonds appartenant à des officiels étrangers corrompus correspond pour l'essentiel aux règles suisses, sans néanmoins en avoir la portée obligatoire.

<sup>55</sup> Cf. notamment Rapport CFB Abacha, p.13 et 18.

<sup>56</sup> Publié sous [www.fsa.gov.uk/pubs/press/2001/029.html](http://www.fsa.gov.uk/pubs/press/2001/029.html).

<sup>57</sup> Le *Financial Services and Markets Act*, publié sous [www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000008.htm](http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000008.htm) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2001.

<sup>58</sup> Publié sous [www.bakred.de/texte/sonstige/100800.htm](http://www.bakred.de/texte/sonstige/100800.htm).

<sup>59</sup> Publié sous [www.ustreas.gov/press/releases/guidance.htm](http://www.ustreas.gov/press/releases/guidance.htm).

### ***C. Customer Due Diligence Paper du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire***<sup>60</sup>

Ayant constaté certaines lacunes en matière de connaissance de la clientèle dans le domaine bancaire, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a publié en octobre 2001, après une procédure de consultation, un document intitulé “Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle”. Ce document constitue un document de référence pour les différentes autorités de surveillance dans l’élaboration de pratiques nationales. Les recommandations émises constituent des normes minimales que certains pays atteignent déjà ou dépassent même.

Dans ce cadre, le Comité de Bâle a également traité de la question des risques liés aux relations d’affaires avec des personnes exerçant des fonctions publiques importantes. Au-delà d’une définition de cette notion<sup>61</sup>, ce document à caractère international retient les deux principes suivants:

Premièrement, “[l]es banques devraient obtenir d’un nouveau client suffisamment de renseignements et vérifier les sources d’information publique afin d’établir s’il s’agit d’une personne politiquement exposée. Dans ces cas, elles devraient se renseigner sur l’origine de ses fonds avant de l’admettre, décision qui relève de la haute direction”<sup>62</sup>.

Deuxièmement, les banques ont un devoir de diligence particulier dans leurs relations d’affaires avec des personnes exerçant des fonctions publiques importantes, les personnalités et les personnes physiques ou morales qui leur sont clairement liées ou associées, non seulement lors de l’ouverture d’une relation, mais également dans le cadre du suivi régulier des principaux clients<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Publié sous [www.bis.org/publ/bcbs85.pdf](http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf).

<sup>61</sup> Cf. Annexe 1.

<sup>62</sup> *Customer Due Diligence Paper* établi par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, N. 44.

<sup>63</sup> *Idem*, N. 54.

#### ***D. Supervisors' PEP Working Paper 2001***<sup>64</sup>

En janvier et novembre 2001, à l'initiative du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), deux séminaires consécutifs ont réuni à Lausanne des représentants des autorités judiciaires et de surveillance bancaire des États du G-7 et de la Suisse concernées par la question des fonds de personnalités politiquement exposées et plus particulièrement par l'affaire Abacha. À la suite de la première réunion de janvier 2001, les autorités de surveillance de certains États du G-7 (à savoir l'Allemagne, le Canada, la France et le Royaume-Uni) et la Commission des banques ont décidé de rédiger des recommandations dans ce domaine. Leurs travaux ont été finalisés en novembre 2001 dans un document, désigné comme *Supervisors' PEP Working Paper 2001*. Celui-ci prévoit notamment les dispositions suivantes:

- Une définition des personnes politiquement exposées qui comprend les chefs d'État, les membres des autorités exécutives, judiciaires et militaires de haut rang, de même que les membres de leurs familles et leurs associés.
- Une liste d'indices devant alerter les banques quant à la qualité de personne exerçant des fonctions publiques importantes d'un de leurs clients et la provenance douteuse des fonds déposés par ce dernier, comme par exemple la réception de montants importants qualifiés de commissions ou de fonds provenant d'une Banque centrale.
- L'obligation que la décision d'acceptation d'une personne politiquement exposée comme client soit prise par la direction de l'établissement.
- Un devoir de diligence accru des banques pour les clients entrant dans cette catégorie, la banque devant plus particulièrement procéder à une vérification au moyen d'informations publiquement accessibles, afin d'établir si elle a affaire à une personne exerçant des fonctions publiques importantes.
- L'obligation de vérifier régulièrement, à un niveau élevé de la hiérarchie de la banque, les relations contractuelles avec des personnalités politiquement exposées.

<sup>64</sup> Cf. Annexe 2.

N'ayant aucune force obligatoire, ce document non publié officiellement devrait néanmoins constituer une base de travail pour la future réglementation des différentes autorités signataires dans ce domaine. La Commission des banques en tient notamment compte dans le cadre de la révision actuelle de la Circulaire CFB 98/1 sur le blanchiment<sup>65</sup>.

### ***E. Effets indirects des événements du 11 septembre 2001 sur la question des fonds de personnes politiquement exposées***

Suite aux attentats terroristes du 11 septembre 2001 contre les États-Unis, de nombreux pays ont renforcé leur dispositif législatif dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme<sup>66</sup>. Ces modifications ont également eu des conséquences indirectes sur la question du blocage de fonds appartenant à des personnes politiquement exposées corrompues et du devoir de diligence particulier y relatif. Deux exemples peuvent être cités à cet égard:

Le Royaume-Uni qui, avec l'adoption du *Anti-Terrorism Crime And Security Bill*<sup>67</sup> du 12 novembre 2001, permet à son gouvernement d'intervenir par le biais du *Treasury Department* dans la saisie des fruits de la corruption d'agents publics étrangers déposés dans le pays.

Les États-Unis qui, avec le *International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorism Financing Act*<sup>68</sup> du 26 octobre 2001, faisant partie du désormais célèbre *Patriot Act 2001*, requièrent des intermédiaires financiers dans le domaine du *private banking*, c'est-à-dire selon les autorités américaines pour les clients étrangers ayant déposé plus de USD 1 million, "to conduct enhanced scrutiny of such account that is requested or maintained by, or on behalf of, a senior foreign political figure, or any immediate family member or close associate of a senior foreign political figure that is reasonably designed to detect and report transactions that may involve the proceeds of foreign corruption."

<sup>65</sup> Cf. *supra* III, F.

<sup>66</sup> Il convient également de relever l'adoption de nouvelles règles pour lutter contre le financement du terrorisme par les banques à l'origine des principes de Wolfsberg, publiées sous [www.wolfsberg-principles.com](http://www.wolfsberg-principles.com).

<sup>67</sup> Publié sous [www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010024.htm](http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010024.htm).

<sup>68</sup> Publié notamment sous [www.iib.org/statutory\\_text107-56.pdf](http://www.iib.org/statutory_text107-56.pdf).

## ***F. Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)***

Le GAFI réexamine actuellement ses quarante recommandations<sup>69</sup> en matière de lutte contre le blanchiment, notamment en ce qui concerne les règles d'identification et d'annonce de transactions suspectes. Il a pris connaissance du document publié par le Comité de Bâle<sup>70</sup> et a décidé que les standards qui y étaient définis allaient servir de point de référence pour ses travaux. Il faut par conséquent s'attendre à ce que l'approfondissement des standards uniformes en matière d'identification du client comprendra également l'introduction de règles internationales relatives aux personnes politiquement exposées.

## **IX. Conclusion**

Aujourd'hui, la question des devoirs de diligence des intermédiaires financiers face aux avoirs de personnes politiquement exposées s'est manifestement internationalisée. Il ne s'agit pourtant pas de l'internationalisation d'un problème spécifique aux banques suisses, mais bien au contraire de la reconnaissance d'une problématique internationale. Il peut toujours s'avérer nécessaire de devoir corrompre, notamment dans certains pays où le recours à la corruption est pour ainsi dire institutionnalisé. Les récents développements internationaux dans ce domaine laissent entrevoir l'espoir que, dans un proche avenir, il sera nécessaire de ne pas corrompre pour pouvoir faire des affaires.

Les règles prudentielles préventives en matière de lutte contre le blanchiment de fonds issus de la corruption sont une des étapes importantes dans le processus conduisant à des standards éthiques plus élevés dans les relations commerciales mondiales. Pour les marchés financiers, les règles en matière de délits d'initiés, de manipulation de cours et de lutte contre le blanchiment en général vont également dans ce sens. Certes, celles-ci sont contraignantes pour les établissements bancaires, comportent des risques commerciaux et juridiques et sont parfois difficilement transposables dans la pratique bancaire très concurrentielle, mais

<sup>69</sup> Publiés sous [www.oecd.org/fatf/40Recs\\_fr.html](http://www.oecd.org/fatf/40Recs_fr.html).

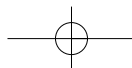
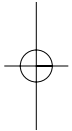
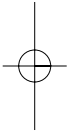
<sup>70</sup> Cf. *supra* VIII, C.





elles sont manifestement dans l'intérêt d'un marché financier sain, dont les banques profitent en définitive.

Il convient finalement de souligner encore l'influence des récentes initiatives législatives de certains pays dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme. Le renforcement des mesures d'identification des clients et des devoirs de diligence des intermédiaires financiers comprend également des règles concernant les rapports des banques avec des personnes politiquement exposées. Des avancées significatives ont ainsi pu être constatées aux États-Unis et au Royaume-Uni. Il se pose toutefois la question de savoir si la problématique des fonds de personnes politiquement exposées restera d'actualité tant pour les autorités que pour les intermédiaires financiers eux-mêmes, lorsque la lutte contre le financement du terrorisme sera passée de mode.



## Annexe 1

### Définitions de la notion de “personne politiquement exposée”

#### **Directives CFB sur la prévention et la lutte contre le blanchiment de capitaux du 26 mars 1998 (Circ. CFB 98/1)<sup>1</sup>:**

“ ...des personnes exerçant des fonctions publiques importantes pour un État étranger ou à des personnes et sociétés qui, de manière reconnaissable, leur sont proches. ”

#### **Circulaire du Bundeaufsichtsamt für das Kreditwesen (BaKred)<sup>2</sup> du 8 octobre 2000:**

“ ...Personen, die herausragende öffentliche Funktionen für ausländische Staaten wahrnehmen bzw. Auf natürliche und juristische Personen, die diesen – für das Institut erkennbar – nahe stehen ... ”

#### **Principes de Wolfsberg<sup>3</sup> du 30 octobre 2000:**

“ Individuals who have or have had positions of public trust such as government officials, senior executives of government corporations, politicians, important political party officials, etc. and their families and close associates... ”

#### **Customer Due Diligence Paper du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire<sup>4</sup> d'octobre 2001:**

“ Les personnes politiquement exposées exercent ou ont exercé d'importantes fonctions publiques: chefs d'État ou de gouvernement, figures politiques, hauts fonctionnaires de l'administration, de la magistrature ou de l'armée, cadres dirigeants de sociétés publiques et responsables de grand parti politique, par exemple. ”

#### **International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorism Financing Act<sup>5</sup> du 26 octobre 2001:**

“ ...a senior foreign political figure or any immediate family member or close associate of a senior foreign political figure... ”

#### **Supervisors' PEP Working Paper 2001<sup>6</sup> du 29 novembre 2001:**

“ Politically exposed persons – PEPs are individuals who are or have been entrusted with prominent public functions, for example Heads of State or of government, senior politicians, senior government, judicial or military officials, senior executives of publicly owned corporations, important political party officials. (...) Business relationships with family members or close associates of PEPs may involve reputational risks similar to those with PEPs themselves. ”

<sup>1</sup> Publié sous [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch)

<sup>2</sup> Publié sous [www.bakred.de/texte/sonstige/100800.htm](http://www.bakred.de/texte/sonstige/100800.htm)

<sup>3</sup> Publié sous [www.wolfsberg-principles.com](http://www.wolfsberg-principles.com)

<sup>4</sup> Publié sous [www.bis.org/publ/bcbs85.pdf](http://www.bis.org/publ/bcbs85.pdf)

<sup>5</sup> Publié notamment sous [www.iib.org/statutory\\_text107-56.pdf](http://www.iib.org/statutory_text107-56.pdf)

<sup>6</sup> Cf. Annexe 2.

## Annexe 2

### Supervisors' PEP working paper 2001 (29 November 2001)

#### 1. Introduction

1 This working paper has been jointly prepared by the following national financial institutions supervisory authorities:

- Banking Commission, France
- Federal Banking Commission, Switzerland
- Federal Banking Supervisory Office, Germany
- Financial Services Authority, UK
- Office of the Superintendent of Financial Institutions, Canada

Hereinafter, referred to as "the supervisors".

2 There is a growing focus, internationally and in individual countries, on fighting corruption and abuse of public funds more effectively. The main impetus has been recognition of the damage which corruption or abuse of public funds can cause, both social and financial, to the countries involved, and also globally.

3 Alongside this is the increasing awareness of the risks posed to banks and financial systems from laundering the proceeds of corruption or abuse of public funds. In accepting and handling funds from such sources, banks have to recognise the possible implications. These include reputational damage; restitution claims from national governments or individuals; significant legal and compliance costs and charges of money laundering against bank officers themselves.

4 The abuse of the financial system to launder proceeds of corruption or abuse of public funds is an issue of concern for supervisors. Therefore, by preparing this paper as a contribution to ongoing work at the national level and through international fora, the supervisors believe that the issues identified herein could be of use both to supervisors and to financial institutions.

5 Where a bank is a cross-border bank, dealing with these issues will be a matter for both home and host states. The supervisors confirm their willingness to cooperate closely with each other and with supervisors from other countries in this area within the framework of existing information sharing arrangements.

#### 2. Purpose of the working paper

6 The purpose of this working paper is to assist supervisors in their approach to the question of identification of customers which may pose high levels of risk in terms of handling the proceeds of corruption and abuse of public funds. The paper also provides guidance on the steps which can be taken to manage such types of business relationship.

7 This paper assumes that financial institutions have in place effective customer due diligence procedures for all their customers including policies, procedures and controls to deter criminals from using their facilities for money laundering (including the reporting of suspicious transactions). These procedures are deliberately not addressed in the paper in order to avoid duplication with already existing standards at international

and national levels. The paper deals exclusively with the specific issues relating to the identification of politically exposed persons, the clients and accounts which are linked to them, and the handling of such accounts.

- 8 The supervisors do not wish to discourage or prohibit banks from conducting business with any legitimate customer, including Politically exposed persons – PEPs. Instead, this paper aims to assist supervisors in determining whether accounts owned by, or linked to PEPs merit enhanced oversight procedures in order to assist the financial institution to better identify and avoid transactions which involve the proceeds of corruption and abuse of public funds.

### 3. Status

- 9 This paper is intended to be consistent with applicable civil and criminal law throughout the jurisdictions in which the supervisors work. They do not replace nor supersede any legal obligations imposed on financial institutions nor change the legal mandate of the supervisors. However, the supervisors will take the contents of this paper into account in order to develop their approach to these issues.

### 4. Definition of a Politically Exposed Person

- 10 Politically exposed persons – PEPs are individuals who are or have been entrusted with prominent public functions, for example Heads of State or of government, senior politicians, senior government, judicial or military officials, senior executives of publicly owned corporations, important political party officials. The definition is not intended to cover middle ranking or more junior individuals in the foregoing categories. Business relationships with family members or close associates of PEPs may involve reputational risks similar to those with PEPs themselves.

- 11 The definition includes any legal vehicles such as trusts and special purpose companies or corporate vehicles operated by these individuals or of which they have beneficial ownership.

- 12 Fundamentally, reputational risks related business relationships are the same for residents or non-resident in the jurisdiction in which they wish to open an account. However common sense indicates that it is rather unlikely that proceeds of crime or abuse of public funds are placed in the jurisdiction of the PEP's residence. At the same time local PEPs are better known to the financial intermediaries. Therefore the special procedures described in this paper are particularly necessary for non resident PEPs.

### 5. Identifying politically exposed persons during the account opening

- 13 The normal account opening procedures will not necessarily provide information on whether a future client is a politically exposed person or whether the account is linked to such a person. Therefore, the financial institution should :

- gather sufficient information from the client, e.g., by direct questioning, including the provenance of the client and funds deposited to the account, to enable the financial institution to form a reasonable assessment as to whether the client is a PEP,
- check on significant clients publicly available information or special research tools (see annex).

### 6. Decision to open an account for a politically exposed person

- 14 If the source of the money invested with the bank does not give rise to any concerns, PEPs may be accepted as clients as any other person. However, the bank

should carefully assess all risks based on the best reasonably available information.

- 15 Risk factors which could lead the financial institution not to open an account for a PEP include, but are not limited to, the following:

- any unexplained sources of wealth, e.g. where the value of property owned by the customer appears to be out of keeping with the prospective customer's income levels;
- a lack of verifiable sources of income;
- a lack of any plausible reason for wishing to open an account in that jurisdiction.
- concerns over the country where the account holder has a political position or where the money originates, taking into account his position;
- expected receipts of large sums from governmental bodies or state-owned entities, including central banks;
- source of wealth described as commission earned on government contracts for the procurement of goods or services;

- 16 The decision to open an account for a politically exposed person should be taken by at least one member of the financial institution at senior management level.

- 17 If the bank concludes that the assets stem from corruption or abuse of public funds it should refrain from accepting monies and passing on transactions.

### **7. Enhanced diligence in monitoring accounts of politically exposed persons**

- 18 If a bank decides to enter into a business relationship with a PEP (including accepting a PEP as a beneficial owner of an

account) or a person which is linked to a PEP, the bank should apply enhanced due diligence procedures to accounts owned or controlled by that person, and to transactions undertaken on those accounts, including the bank's normal procedures for handling accounts deemed to be of a higher money laundering risk. This review should take into account the risk factors outlined in § 15.

- 19 If this review gives rise to concern, it should be referred immediately to the financial institution's senior management<sup>1</sup>.

- 20 All customer relationships with PEPs should be reviewed regularly by the financial institution's senior management.

### **8. Review of ordinary accounts in order to identify politically exposed persons**

- 21 Even if the procedures described are followed it is possible that PEPs or even all persons which are linked to them may not be identified. More importantly, existing clients may become politically exposed due to the continuing changes in the worldwide political environment. Therefore, periodical reviews of at least the more important clients should be undertaken regularly which could include the financial institution's client database against external data base of PEPs, if available.

- 22 Similar reviews should be undertaken if warning signs, including media coverage of cases of alleged corruption or abuse of public funds, are discovered. Of course, media reports as such do not confer suspicious status on a client relationship. Each case should be assessed on its merits.

### **Annex**

Useful public sources of information (not reprinted here)

<sup>1</sup> Any national requirements to report suspicions or suspicious transactions to an investigating authority should be complied with in the usual manner.

- (1) the FATF's annual reports and FATF's annual " Report on Money Laundering Typologies";
- (2) reports on corruption and money laundering issued by the United Nations and other international organisations;
- (3) reports published by non-governmental organisations that identify corruption, fraud and abuse;
- (4) national and local government web sites, which may provide useful information on individuals holding senior positions within governmental bodies;
- (5) databases collecting publicly available information maintained by private organisations and
- (6) the press and other media.

## Lutte contre le terrorisme et autres développements récents dans la surveillance des intermédiaires financiers

Christian Bovet\*

### I. Introduction générale

Dire que la réglementation applicable aux banques et autres intermédiaires financiers ne cesse de se développer est un lieu commun: les autorités et les praticiens sont constamment confrontés à de nouvelles normes et jurisprudences. Ces deux dernières années ont vu l'achèvement ou la progression significative de plusieurs projets importants. Sur le plan juridique, ces changements sont souvent générés, directement ou indirectement, par des mouvements internationaux<sup>1</sup>; plus rarement, ils interviennent pour confirmer des pratiques administratives ou pour simplement préciser des décisions bien établies. Ils impliquent souvent la nécessité d'acquérir de nouvelles compétences, d'adapter les comportements ou, plus prosaïquement, les outils informatiques.

La mise en place de la plate-forme de négoce électronique *virt-x* illustre très bien ces phénomènes<sup>2</sup>. On rappellera qu'il s'agit d'un *joint venture* de la Bourse suisse de valeurs mobilières (SWX Swiss Exchange)<sup>3</sup> et TP Group LDC<sup>4</sup>; on peut y négocier, notamment grâce à un système de clearing et règlement intégré, la plupart des *blue chips*

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève. L'auteur remercie vivement Mlle Pranvera KELLEZI, assistante, de l'aide qu'elle lui a apportée dans la mise au point de l'appareil critique. État des liens Internet au 15 mars 2002.

<sup>1</sup> J.-B. ZUFFEREY, "Pour un droit suisse de la surveillance – Réflexion prospective à l'aube d'un siècle des (...)tions", RDAF 2001 (avril), p. 59-91, p. 60.

<sup>2</sup> [www.virt-x.com/](http://www.virt-x.com/).

<sup>3</sup> [www.swx.com/top/index\\_fr.html](http://www.swx.com/top/index_fr.html).

<sup>4</sup> Le groupe d'investisseurs derrière TP est composé de ABN AMRO Equities (UK) Ltd, American Century Investment Management Inc, Archipelago LLC, Credit Suisse First Boston Equities Ltd, Deutsche Morgan Grenfell, Dresdner Kleinwort Wasserstein, Instinet UK Ltd, JP Morgan Securities Ltd, Merrill Lynch International, Morgan Stanley Dean Witter and UBS Warburg. [www.virt-x.com/virtx/partners\\_tpconsortium\\_en.html](http://www.virt-x.com/virtx/partners_tpconsortium_en.html).



européennes<sup>5</sup>. Outre les questions juridiques liées à la structure<sup>6</sup>, il convient de déterminer les normes applicables dans ces rapports par nature transfrontières: soucieux de rendre le droit internationalement accessible, certains auteurs s'intéressant à ces questions ont pris le parti de rédiger leurs articles en anglais<sup>7</sup>.

Les délais d'adaptation constituent une autre caractéristique de cette évolution réglementaire. Certes ils faisaient déjà partie du quotidien des praticiens, mais ils sont plus nombreux et, généralement, plus courts et plus stricts. Une nouvelle date fatidique vient ainsi d'être dépassée: celle du 1<sup>er</sup> novembre 2001 fixée par la Circulaire 99/2 sur l'externalisation d'activités (*outsourcing*), pour l'adaptation des opérations en cours aux nouvelles prescriptions<sup>8</sup>. Une banque ou un autre intermédiaire financier intervient de la sorte lorsqu'il "charge un délégataire de fournir, de manière durable, dans le cadre de sa propre organisation ou sous sa responsabilité auprès de tiers, une prestation de services essentielle à l'activité de l'entreprise"<sup>9</sup>. On retrouve par ailleurs la dimension

<sup>5</sup> Selon les informations de la Bourse suisse (note 3), cela représente en tout environ 600 *blue chips*, couvrant quelque 80% de la capitalisation du marché européen; le négoce de ces titres se fait dans la monnaie de leur marché d'origine. En consultant les statistiques mensuelles publiées sur le site de virt-x (note 2), on s'aperçoit toutefois que la majeure partie des transactions concerne des titres composant le *Swiss Market Index* (SMI).

<sup>6</sup> À ce propos, la mise à jour de P. NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht – Einführung und Überblick*, Berne (Staempfli) 1997, § 9 n° 205f-g, disponible à l'adresse Internet [www.staempfli.com/verlag/html/int/updates/Nobel/Update.html](http://www.staempfli.com/verlag/html/int/updates/Nobel/Update.html); *idem*, "Börsenallianzen", in P. NOBEL (édit.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 9/2000*, Berne (Staempfli) 2001, p. 63.

<sup>7</sup> En particulier, R. MALACRIDA, "New market misconduct rules for virt-x participants – Will the Swiss have to play cricket?", *PJA* 2001/7, p. 802. Ég. P. NOBEL/M. BLAIR/TH. SCHÖNHOLZER, "virt-x: a real European Stock Exchange", *RSDA* 2001/5, p. 217.

<sup>8</sup> Délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur. Voir ch. 56 de la Circulaire 99/2 du 26 août 1999, disponible à l'adresse Internet [www.ebk.admin.ch/f/publik/rundsch/99-2.pdf](http://www.ebk.admin.ch/f/publik/rundsch/99-2.pdf). L. THÉVENOZ/U. ZULAUF (éd.), *BF 2001 – Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, fonds de placement et marchés financiers en Suisse*, Zurich (Schulthess) 2001, 31A-25 (ci-après "BF 2001").

<sup>9</sup> Le ch. 2 de la Circulaire 99/2 (note 8) qualifie en outre d'"essentiels":

les prestations de services qui peuvent en particulier avoir un effet sur la détermination, la limitation et le contrôle des risques de crédit et de pertes, des risques liés au marché, à l'exécution des transactions et au manque de liquidités, des risques opérationnels et juridiques, ainsi que des risques susceptibles de ternir sa réputation, notamment dans les domaines de l'informatique, de l'administration ou de la comptabilité. La circulaire n'est pas applicable au transfert d'activités non essentielles (comme par exemple la tenue du restaurant d'entreprise, le service de nettoyage, etc.).





internationale dans l'exigence imposée aux établissements organisés selon le droit suisse de "s'assurer que ses succursales ainsi que les sociétés étrangères du même groupe, soumises à l'obligation de consolidation, se conforment, en l'absence de prescriptions locales comparables, aux principes énoncés" dans la Circulaire 99/2<sup>10</sup> ou, lorsque des données sont transférées à l'étranger, qu'elle-même, son organe de révision externe et la Commission fédérale des banques (CFB) pourront librement exercer leurs prérogatives dans cet autre pays<sup>11</sup>.

Enfin, certains seront rassurés en voyant abandonner des projets impliquant de véritables – n'ayons pas peur des mots – chambardements. C'est ainsi que l'idée de créer une "banque postale" suisse a succombé à la pression politico-économique. En particulier, la grande majorité des organismes consultés se sont opposés aux amendements constitutionnel et réglementaire qui auraient permis à la Poste d'octroyer des crédits<sup>12</sup>. Il semble par contre admis que cette entreprise doive "étoffer son offre dans le cadre de coopérations avec des établissements bancaires[,] en vue de conserver sa clientèle et de renforcer sa compétitivité"<sup>13</sup>. Sans entrer dans un autre débat, qui est celui de la concurrence entre les banques et la "Postfinance", on notera que la Poste peut déjà, en plus de ses activités de service universel, offrir des services dits "libres". Par là, on entend en particulier des "services de paiement ainsi que des produits et des prestations directement connexes", que ce soit pour le compte de la Poste ou de tiers<sup>14</sup>. Le Conseil fédéral a précisé cette notion dans son ordonnance en indiquant que l'on pouvait inclure dans ces termes<sup>15</sup>: les services de paiement comme les cartes de paiement et le service des chèques; les offres de placement sur le marché monétaire; l'ouverture de comptes assortis ou non de restrictions de prélèvement, rémunérés aux conditions

<sup>10</sup> *Idem*, ch. 5.

<sup>11</sup> *Idem*, ch. 48 ss. Rappelons pour le surplus que ces transferts de données sont soumis à des exigences strictes en matière d'information des clients (ch. 37 ss), de sécurité (ch. 28 ss) et de surveillance (ch. 19 ss).

<sup>12</sup> Communiqué de presse du 17 octobre 2001 disponible à l'adresse Internet [www.uvek.admin.ch/gs\\_uvek/fr/dokumentation/medienmitteilungen/artikel/20011017/00786/index.html](http://www.uvek.admin.ch/gs_uvek/fr/dokumentation/medienmitteilungen/artikel/20011017/00786/index.html).

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> Art. 9 de la loi fédérale sur la poste (LPO), du 30 avril 1997 (RS 783.0).

<sup>15</sup> Art. 6 s. de l'ordonnance sur la poste (OPO), du 29 octobre 1997 (RS 783.01).



du marché; la distribution de parts de fonds de placement; le courtage de services bancaires; le courtage d'assurances-vie<sup>16</sup>.

Comme on le voit à la lumière de ces situations, l'évolution de la réglementation bancaire et financière est un vaste sujet, même lorsque son étude porte seulement sur une période limitée. Dans le cadre de cette chronique, il nous a donc paru important de mettre l'accent sur un thème d'actualité évidente, à savoir la lutte contre le financement des activités terroristes (II). Les autres développements récents de la pratique bancaire feront ensuite l'objet d'une revue critique (III).

## II. Lutte contre le financement du terrorisme

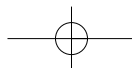
L'émotion suscitée par les attentats du 11 septembre 2001 a été à l'origine d'une série de mesures nouvelles, mais a aussi accéléré et concrétisé des démarches en cours. Qui plus est, les réactions des autorités chargées de la surveillance bancaire et financière – en particulier de la lutte contre le blanchiment d'argent – ont permis de tester l'efficacité des réglementations et procédures existantes. Au-delà de la nécessité de combattre ce terrible phénomène, il convient, d'une part, de s'interroger sincèrement sur les motivations politiques sous-jacentes à certaines initiatives et, d'autre part, de savoir reconnaître les excès de certaines approches sécuritaires chargées d'idéologie. Il s'agit donc de prévenir les abus qu'un combat légitime contre le terrorisme pourrait générer.

### A. *USA Patriot Act*

Ne serait-ce qu'en raison de la géographie, le *USA Patriot Act*<sup>17</sup> est à l'évidence au centre de ces réflexions. Il n'est pas question de présenter ici ce texte légal de plus de 130 pages et 150 dispositions: on rappellera d'abord qu'il s'agit en grande partie d'une loi-cadre qui définit un

<sup>16</sup> La Poste a largement fait usage de ces facultés. Il suffit de "surfer" sur le site Internet de cette vénérable institution ([www.postfinance.ch/FinancePortal/handle/evtMain.do](http://www.postfinance.ch/FinancePortal/handle/evtMain.do)) pour constater que son objectif est de se positionner de plus en plus comme une véritable alternative aux banques.. Qui plus est, la Poste y emploie expressément le terme de "banking", nonobstant la décision politique claire prise à ce propos.

<sup>17</sup> Titre exact: "Uniting and strengthening America by providing appropriate tools required to intercept and obstruct terrorism (USA Patriot Act) act of 2001", du 26 octobre 2001. Disponible à l'adresse Internet [www.usdoj.gov/eoir/vll/legislation/hr3162.pdf](http://www.usdoj.gov/eoir/vll/legislation/hr3162.pdf).



programme législatif, dans le sens où de nombreuses dispositions fixent des échéances à l'administration pour rédiger, soumettre à consultation et promulguer une réglementation sur un domaine spécifique<sup>18</sup>; l'évaluation du *USA Patriot Act* dépend donc dans une large mesure de son interprétation et de son application futures, y compris lors de l'élaboration des normes d'exécution. C'est essentiellement le troisième titre<sup>19</sup> de cet acte législatif qui nous intéresse puisqu'il porte sur le blanchiment d'argent<sup>20</sup>, le secret bancaire<sup>21</sup> et le contrôle des trafics de devises<sup>22</sup>. Les intermédiaires financiers suisses sont familiers avec plusieurs des mesures prévues par cette réglementation:

- a) *Obligation de mettre en place des mécanismes internes de lutte contre le blanchiment*: cette obligation s'étend désormais à tous les intermédiaires financiers, y compris les compagnies d'assurance et les négociants en valeurs mobilières (*broker-dealers*). Les destinataires de cette norme devront en particulier définir des procédures internes destinées à respecter les devoirs légaux en la matière, nommer un responsable *compliance*, mettre sur pied un programme de formation pour les employés et faire vérifier les mesures prises par un organisme de contrôle externe<sup>23</sup>. Il s'agit là d'exigences

<sup>18</sup> P.ex. Section 356(a) du *USA Patriot Act* (31 USC 5318 – Deadline for suspicious activity reporting requirements for registered brokers and dealers):

The Secretary, after consultation with the Securities and Exchange Commission and the Board of Governors of the Federal Reserve System, shall publish proposed regulations in the Federal Register before January 1, 2002, requiring brokers and dealers registered with the Securities and Exchange Commission under the Securities Exchange Act of 1934 to submit suspicious activity reports under section 5318(g) of title 31, United States Code. Such regulations shall be published in final form not later than July 1, 2002.

<sup>19</sup> "Title III – International money laundering abatement and anti-terrorist financing act of 2001". Cep. voir aussi "Title II – Enhanced surveillance procedures"; notamment les sections 201 ("Authority to intercept wire, oral, and electronic communications relating to terrorism"), 209 ("Seizure of voice-mail messages pursuant to warrants") ou 210 ("Scope of subpoenas for records of electronic communications").

<sup>20</sup> "Subtitle A — International counter money laundering and related measures".

<sup>21</sup> "Subtitle B — Bank secrecy act amendments and related improvements".

<sup>22</sup> "Subtitle C — Currency crimes and protection".

<sup>23</sup> Section 352 du *USA Patriot Act* (31 USC § 5318[h]). L'échéance pour la mise en œuvre de ces prescriptions a été fixée à 180 jours à partir de la date d'adoption du *USA Patriot Act*; ce qui signifie pratiquement la fin avril 2002.



minimales<sup>24</sup>. En Suisse, l'art. 8 de la loi sur le blanchiment pose également des exigences sur le plan organisationnel<sup>25</sup>.

- b) *Vérification des informations relatives aux clients*: les démarches américaines relatives à l'identification des clients<sup>26</sup> sont compatibles avec les devoirs imposés en Suisse, à savoir vérification de l'identité de toute personne cherchant à ouvrir un compte auprès d'un établissement financier, tenue de dossiers démontrant que cette opération a été effectuée correctement et contrôle de l'identité de la personne par rapport aux listes établies par les autorités américaines<sup>27</sup>. Nous reviendrons plus loin sur ce dernier aspect<sup>28</sup>.
- c) *Communication des transactions douteuses*: ce devoir est désormais renforcé et étendu à tous les intermédiaires financiers, sans distinction quant à la nature de leurs opérations. Outre les aspects liés à la communication et à la détermination des opérations douteuses<sup>29</sup>, le *USA Patriot Act* étend et clarifie la réglementation antérieure sur les questions de responsabilité des intermédiaires financiers qui notifient leurs soupçons à l'autorité compétente<sup>30</sup>. La loi américaine fait par

<sup>24</sup> Un projet de réglementation détaillée a été mis en consultation au 31 décembre 2001: "Proposed amendment to the Bank Secrecy Act Regulations – Requirements of securities brokers or dealers to report suspicious transactions", 66 Fed. Reg. 67670, disponible à l'adresse Internet [www.access.gpo.gov/su\\_docs/aces/aces140.html](http://www.access.gpo.gov/su_docs/aces/aces140.html). Cette réglementation devrait être codifiée sous 31 CFR § 103. À ce propos, p.ex. R. COWDEN, "Outlook 2002: Federal banking regulatory agendas dominated by USA Patriot Act rulemaking", disponible à l'adresse Internet [www.cbanet.org/Issues/documents/outlook2002.pdf](http://www.cbanet.org/Issues/documents/outlook2002.pdf).

<sup>25</sup> Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, du 10 octobre 1997 (LBA; RS 955.0). BF 2001 20-1. Ég. art. 4 ss de l'ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent concernant les obligations de diligence des intermédiaires financiers qui lui sont soumis, du 25 novembre 1998 (RS 955.033.2). BF 2001 20-5.

<sup>26</sup> Section 326 du *USA Patriot Act*. Échéance pour l'entrée en vigueur de la réglementation: octobre 2002.

<sup>27</sup> Ces devoirs découlent bien entendu de la LBA et de ses ordonnances d'application (BF 2001 20 ss), mais aussi de l'art. 305<sup>ter</sup> CP (BF 2001 17-1), de la Circulaire CFB 98/1 (BF 2001 31A-20) et de la Convention ASB relative à l'obligation de diligence des banques (BF 2001 45-22).

<sup>28</sup> *Infra* section II, C.

<sup>29</sup> Le seuil pour le contrôle est fixé à USD 5'000. Réglementation américaine proposée (note 24), p. 67672 ("Reports of suspicious transactions").

<sup>30</sup> Section 351(a) du *USA Patriot Act*:

Any financial institution that makes a voluntary disclosure of any possible violation of law or regulation to a government agency or makes a disclosure pursuant to this subsection or any other authority, and any director, officer, employee, or agent of such

ailleurs interdiction aux institutions financières d'informer de leur communication les personnes impliquées dans la transaction à l'origine de cette démarche<sup>31</sup>.

- d) *Coopération en vue de prévenir le blanchiment d'argent*: l'échange de renseignements entre autorités nationales voire internationales – qui débouche, cas échéant, sur l'ouverture d'une procédure – est un mécanisme ordinaire de lutte contre le blanchiment. Il n'est donc pas étonnant qu'on le trouve tant en droit suisse<sup>32</sup> que dans la réglementation américaine<sup>33</sup>. Est en revanche étrangère à notre droit la faculté des intermédiaires financiers de se transmettre **entre eux**, en toute impunité, des informations relatives à des personnes soupçonnées d'appartenir à des organisations terroristes ou d'exercer des activités liées au blanchiment d'argent<sup>34</sup>.

Selon l'application qui en sera faite, d'autres normes du *USA Patriot Act* pourraient être encore plus éloignées de la réglementation suisse parce qu'elles sont contraires à des principes fondamentaux de notre droit, empiètent sur la souveraineté d'autres États ou encore vont à l'encontre d'engagements internationaux pris tant par la Suisse que par les États-Unis d'Amérique<sup>35</sup>. La Section 319 du *USA Patriot Act* fournit plusieurs illustrations des risques présentés par cette réglementation: alors que son paragraphe (b)(3/A,ii) fait expressément référence aux conventions internationales et pourrait laisser à penser que cette voie sera choisie par les autorités américaines, le paragraphe suivant exige des banques étrangères ayant un compte de correspondance aux États-Unis

---

institution who makes, or requires another to make any such disclosure, shall not be liable to any person under any law or regulation of the United States, any constitution, law, or regulation of any State or political subdivision of any State, or under any contract or other legally enforceable agreement (including any arbitration agreement), for such disclosure or for any failure to provide notice of such disclosure to the person who is the subject of such disclosure or any other person identified in the disclosure.

En droit suisse, cette règle est à rapprocher des art. 305<sup>ter</sup> al. 2 CP et 11 LBA.

<sup>31</sup> Section 351(b) du *USA Patriot Act*. En droit suisse, art. 10 al. 3 LBA.

<sup>32</sup> Art. 23<sup>sexies</sup> et 23<sup>septies</sup> LB, art. 38 et 38a LBVM, art. 63 LFP et art. 30 ss LBA. Voir aussi *infra* section III, A.

<sup>33</sup> Section 314(a) du *USA Patriot Act*.

<sup>34</sup> Section 314(b) du *USA Patriot Act*.

<sup>35</sup> En particulier, Traité entre la Confédération suisse et les États-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, du 25 mai 1973 (RS 0.351.933.6).

de posséder un domicile de notification dans ce même pays<sup>36</sup>. Cette adresse n'implique cependant pas une reconnaissance de la compétence des autorités américaines; il est dès lors loisible aux établissements non-américains de contester celle-ci dans le cadre de la procédure ouverte aux États-Unis<sup>37</sup>.

La règle qui impose aux banques américaines de répondre dans un délai de 120 heures aux demandes de renseignements de leurs autorités de surveillance ("*120-hour rule*") pourrait aussi atteindre par ricochet les intermédiaires financiers situés en dehors du territoire américain. Le régime de sanctions mis en place par la nouvelle réglementation constituera certainement une pression supplémentaire sur les banques suisses<sup>38</sup>, qui ont déjà eu à endurer de telles situations avant l'adoption de la norme pénale sur les opérations d'initiés<sup>39</sup>.

Les mesures relatives aux comptes bancaires de correspondance ("*correspondent accounts*")<sup>40</sup> et aux comptes privés ("*private banking*")

<sup>36</sup> Section 319(b)(3/B,i) du *USA Patriot Act*.

<sup>37</sup> Cela est implicite dans la Section 319(b)(3/C,i,I) du *USA Patriot Act* qui fait expressément référence à la faculté de contester la procédure initiée aux États-Unis. À noter par ailleurs le conseil donné par l'Association suisse des banquiers dans sa Circulaire 7129 du 17 décembre 2001:

L'obligation de disposer d'un domicile où les actes judiciaires peuvent être signifiés ("*sub poenas*") se limite uniquement aux cas qui concernent le compte correspondant [...]. Il faut donc veiller à ce que l'agent désigné pour réceptionner les actes judiciaires ne soit pas au bénéfice d'une procuration générale en vertu de laquelle n'importe quel acte judiciaire peut lui être notifié.

<sup>38</sup> Cf. en particulier les Sections 317 ("*Long-arm jurisdiction over foreign money launderers*"), 320 ("*Proceeds of foreign crimes*") et 363 ("*Increase in civil and criminal penalties for money laundering*") du *USA Patriot Act*, qui toutes renforcent des sanctions déjà existantes.

<sup>39</sup> Outre les références figurant *infra* note 117, voir récemment, avec d'autres références, P. BÖCKLI, "Osmosis of Anglo-Saxon concepts in Swiss business law", Jusletter du 11 mars 2002, disponible à l'adresse Internet [www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1576&Language=1](http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1576&Language=1). Ainsi que les contributions et documents publiés in CENTRE D'ÉTUDES JURIDIQUES EUROPÉENNES (éd.), *L'avant-projet de loi fédérale sur les opérations d'initiés*, Genève (Georg) 1984.

<sup>40</sup> Ce terme est très large et ne fait pas (encore) l'objet d'une définition réglementaire. On peut toutefois prendre en compte ici les travaux récents du GAFI: "Rapport sur les typologies du blanchiment de capitaux 2001-2002", du 1<sup>er</sup> février 2002, p. 8 ss, disponible à l'adresse Internet [www1.oecd.org/fatf/pdf/TY2002\\_fr.pdf](http://www1.oecd.org/fatf/pdf/TY2002_fr.pdf).

*accounts*)<sup>41</sup> sont bien entendu d'un intérêt particulier pour les banques suisses. Les premiers sont clairement la cible des mesures extraterritoriales de la nouvelle réglementation américaine. Sur le plan de la politique interne des États-Unis, les banques américaines se voient imposer l'obligation de mettre en place des procédures particulières destinées à prévenir, détecter et communiquer les actes de blanchiment qui pourraient être accomplis au travers de ces deux types de comptes<sup>42</sup>. Une diligence accrue est par ailleurs requise:

- pour les comptes de correspondance, lorsque la banque étrangère est au bénéfice d'une autorisation bancaire *offshore*<sup>43</sup>, ou l'établissement a son siège dans un pays qualifié de non-coopératif par un organisme international tel que le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)<sup>44</sup>, ou encore le Secrétaire américain au Trésor a exigé que des mesures de ce type soient prises<sup>45</sup>;
- pour les comptes privés, lorsque le titulaire est une personne politiquement exposée ou un proche de celle-ci<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> La Section 312(a)(i/4,B) du *USA Patriot Act* définit ainsi cette seconde catégorie de compte:

(B) **Private banking account.** – The term 'private banking account' means an account (or any combination of accounts) that –

(i) requires a minimum aggregate deposits of funds or other assets of not less than \$1,000,000;

(ii) is established on behalf of 1 or more individuals who have a direct or beneficial ownership interest in the account; and

(iii) is assigned to, or is administered or managed by, in whole or in part, an officer, employee, or agent of a financial institution acting as a liaison between the financial institution and the direct or beneficial owner of the account.

<sup>42</sup> Section 312 du *USA Patriot Act*.

<sup>43</sup> Selon la Section 312(a)(i/4,A) du *USA Patriot Act*:

(A) **Offshore banking license.** – The term 'offshore banking license' means a license to conduct banking activities which, as a condition of the license, prohibits the licensed entity from conducting banking activities with the citizens of, or with the local currency of, the country which issued the license.

<sup>44</sup> [www1.oecd.org/fatf/](http://www1.oecd.org/fatf/).

<sup>45</sup> Section 312(a)(i/2,A et B) du *USA Patriot Act*.

<sup>46</sup> Section 312(a)(i/3,B) du *USA Patriot Act*: "any such account that is requested or maintained by, or on behalf of, a senior foreign political figure, or any immediate family member or close associate of a senior political figure". Sur la notion de personne politiquement

Pour le surplus, les banques suisses ne devraient pas être surprises par des règles qui leur sont familières en matière d'identification des ayants droit économiques et de la provenance des fonds<sup>47</sup>, voire des actionnaires d'une banque dont les titres ne font pas l'objet d'une cotation boursière<sup>48</sup>.

Grâce à un amendement du *Bank Secrecy Act*<sup>49</sup>, le Secrétaire au Trésor américain peut prendre des mesures spéciales à l'égard d'établissements financiers non-américains voire de certains types de comptes ou de transactions qui seraient douteux au regard de la lutte contre le blanchiment ("*of primary money laundering concern*")<sup>50</sup>. Alors que s'assurer de l'identité de l'ayant droit économique est désormais un principe ancré dans les lois et mœurs financières suisses, la démarche qui consisterait à obtenir, pour les banques étrangères ayant un compte de passage aux États-Unis, et pour chaque client et représentant de clients de ladite banque pouvant utiliser ce dernier compte, des informations comparables à celles fournies pour des clients ayant un compte auprès d'une banque américaine, est une tentative d'exporter à l'étranger, sans concertation, les standards américains en la matière<sup>51</sup>. Le même régime est envisagé pour les comptes de correspondants bancaires<sup>52</sup>, une notion aussi vague que large dans la réglementation actuelle<sup>53</sup>. La mesure ultime sera l'interdiction d'ouvrir ou maintenir de tels comptes avec des intermédiaires

---

exposée en droit suisse, cf. la contribution de U. ZULAUF/M. SIEGEL dans le présent ouvrage: "Expérience et pratique de l'autorité de surveillance suisse face à l'abus du système financier par des personnes politiquement exposées".

<sup>47</sup> Section 312(a)(i/3,A) du *USA Patriot Act*. En droit suisse, *supra* note 27.

<sup>48</sup> Sections 312(a)(i/2,B,i) et 319(b)(k/3,B,i). En droit suisse, art. 3 al. 2 lit. c<sup>bis</sup> LB et la réglementation qui en découle, en particulier les art. 6 s. OB.

<sup>49</sup> Texte disponible sur l'adresse Internet [www.ustreas.gov/fincen/regeffrt.html](http://www.ustreas.gov/fincen/regeffrt.html).

<sup>50</sup> Section 311 du *USA Patriot Act*.

<sup>51</sup> Section 311(b)(3) du *USA Patriot Act* ("*payable-through accounts*"). Sur l'"américanisation" du droit suisse, voir J. DROLSHAMMER, "Amerika gibt es nicht - Tendenzen einer Amerikanisierung der Rechtsordnung, Rechtsberufe und Rechtsausbildungen in der Schweiz - eine Agenda für eine Umgangsstrategie", in C. MEIER-SCHATZ/R. SCHWEIZER (éd.), *Recht und Internationalisierung*, Zurich (Schulthess) 2000, p. 367; W. WIEGAND, "Die Amerikanisierung des Rechts, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts", *Jusletter* du 25 février 2002, disponible à l'adresse Internet [www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1555&Language=1](http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1555&Language=1). Ég. l'article de BÖCKLI (note 39).

<sup>52</sup> Section 311(b)(4) du *USA Patriot Act* ("*correspondent accounts*").

<sup>53</sup> *Supra* note 40.



financiers venant de juridictions déclarées suspectes<sup>54</sup>. On voit les conséquences indirectes de ce genre de sanction qui conduirait probablement à un boycott général des institutions ayant leur siège dans un de ces pays. S'agissant justement des critères pour établir cette véritable "liste noire", la Section 311(c) du *USA Patriot Act* distingue deux types de critères qu'il convient de citer ici *in extenso* tant leur importance est grande pour notre pays:

(A) **Jurisdictional factors.**—In the case of a particular jurisdiction—

(i) evidence that organized criminal groups, international terrorists, or both, have transacted business in that jurisdiction;

(ii) the extent to which that jurisdiction or financial institutions operating in that jurisdiction offer bank secrecy or special regulatory advantages to non-residents or nondomiciliaries of that jurisdiction;

(iii) the substance and quality of administration of the bank supervisory and counter-money laundering laws of that jurisdiction;

(iv) the relationship between the volume of financial transactions occurring in that jurisdiction and the size of the economy of the jurisdiction;

(v) the extent to which that jurisdiction is characterized as an offshore banking or secrecy haven by credible international organizations or multilateral expert groups;

(vi) whether the United States has a mutual legal assistance treaty with that jurisdiction, and the experience of United States law enforcement officials and regulatory officials in obtaining information about transactions originating in or routed through or to such jurisdiction; and

(vii) the extent to which that jurisdiction is characterized by high levels of official or institutional corruption.

(B) **Institutional factors.**—In the case of a decision to apply 1 or more of the special measures described in subsection (b) only to a financial institution or institutions, or to a transaction or class of transactions, or to a type of account, or to all 3, within or involving a particular jurisdiction—

(i) the extent to which such financial institutions, transactions, or types of accounts are used to facilitate or promote money laundering in or through the jurisdiction;

<sup>54</sup> Section 311(b)(5) du *USA Patriot Act*.

(ii) the extent to which such institutions, transactions, or types of accounts are used for legitimate business purposes in the jurisdiction; and

(iii) the extent to which such action is sufficient to ensure, with respect to transactions involving the jurisdiction and institutions operating in the jurisdiction, that the purposes of this subchapter continue to be fulfilled, and to guard against international money laundering and other financial crimes.

En l'état, il est difficile de connaître la relation entre ces différents critères ou leur pondération lors de l'appréciation d'un état de fait déterminé. On peut néanmoins constater que certains sont définis en des termes particulièrement larges. En particulier, les "facteurs juridiques" portant sur le déroulement d'opérations financières d'organisations criminelles (*A, i*), le secret bancaire (*A, ii* et *v*) ou la relation entre le volume des transactions effectuées au travers du système bancaire et l'économie du pays concerné (*A, iv*) pourraient, dans une certaine mesure, être invoqués à l'encontre de notre pays. Celui-ci se trouve en revanche dans une situation confortable sous l'angle des trois "facteurs institutionnels" ainsi que du point de vue des "facteurs juridiques" suivants: la qualité de la surveillance bancaire (*A, iii*), l'absence de la Suisse sur des listes noires d'organismes tels que le GAFI<sup>55</sup> (*A, v*), l'existence d'un traité d'entraide judiciaire (*A, vi*)<sup>56</sup> ou la lutte contre la corruption sur le territoire suisse (*A, vii*). En définitive, une mise en balance correcte de ces différents critères devrait en principe exclure la Suisse des mesures réservées par la Section 311 du *USA Patriot Act*. Un important travail de relations publiques, du gouvernement suisse et de l'Association suisse des banquiers, a été entrepris pour éclairer les autorités américaines sur ces questions. Pour le surplus, ce type de situation démontre une fois de plus l'importance, pour les intermédiaires financiers, d'un système crédible de lutte contre la criminalité économique.

Enfin, il est interdit aux banques américaines d'avoir une relation liée à un compte de correspondance avec des banques dites "virtuelles" (*shell banks*), *i.e.* sans présence physique dans un pays<sup>57</sup>. Les premières

<sup>55</sup> *Infra* note 60.

<sup>56</sup> *Supra* note 35.

<sup>57</sup> Section 313(a)(j/1) du *USA Patriot Act*.

doivent en outre s'assurer que leurs comptes réguliers de correspondance, ouverts par des établissements étrangers "réels", ne sont pas utilisés indirectement pour des opérations de banques virtuelles<sup>58</sup>. Dans un *projet* de réglementation de décembre 2001, le Département du Trésor américain a proposé un formulaire-modèle (*model certification*) pour permettre aux banques américaines de remplir leurs obligations dans ce domaine<sup>59</sup>.

### ***B. Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)***

Le *USA Patriot Act* fait implicitement référence à plusieurs reprises aux travaux du GAFI. À notre avis, certaines dispositions rédigées en termes particulièrement larges dans la loi-cadre américaine doivent être interprétées à la lumière des recommandations et rapports élaborés au sein de cet organisme international. Tel est par exemple le cas du cinquième "facteur juridictionnel" de la Section 311(c) du *USA Patriot Act* – "the extent to which that jurisdiction is characterized as an offshore banking or secrecy haven by credible international organizations or multilateral expert groups" –, qu'il faut essentiellement ramener à la liste des pays et territoires non coopératifs (PTNC)<sup>60</sup>.

Immédiatement après les événements du 11 septembre 2001, le GAFI a organisé une réunion spéciale qui a débouché sur l'adoption de huit groupes de recommandations<sup>61</sup> et, par la suite, sur la mise au point d'un questionnaire d'auto-évaluation<sup>62</sup>. Le délai pour remplir ce dernier et transmettre les données au secrétariat du GAFI échoit le 1<sup>er</sup> mai 2002. Quant au premier document, il recommande aux pays membres du GAFI:

- de ratifier et de mettre en œuvre la Convention des Nations Unies pour la répression du financement du terrorisme, du 9 décembre

<sup>58</sup> Section 313(a)(j)(2) du *USA Patriot Act*.

<sup>59</sup> "Counter money laundering requirements – Correspondent accounts for foreign shell banks", projet du 28 décembre 2001, 66 Fed. Reg. 67460 (devrait être codifié sous 31 CFR § 104). Disponible à l'adresse Internet [www.nara.gov/fedreg/](http://www.nara.gov/fedreg/).

<sup>60</sup> [www1.oecd.org/fatf/NCCT\\_fr.htm](http://www1.oecd.org/fatf/NCCT_fr.htm).

<sup>61</sup> Recommandations spéciales sur le financement du terrorisme, du 31 octobre 2001. Document disponible à l'adresse Internet [www1.oecd.org/fatf/SRecsTF\\_fr.htm](http://www1.oecd.org/fatf/SRecsTF_fr.htm).

<sup>62</sup> Questionnaire d'auto-évaluation, du 31 janvier 2002. Document disponible à l'adresse Internet [www1.oecd.org/fatf/SAQTF\\_fr.htm](http://www1.oecd.org/fatf/SAQTF_fr.htm).

- 1999<sup>63</sup>, ainsi que les résolutions adoptées dans le cadre de cette organisation, en particulier la Résolution 1373 du Conseil de sécurité<sup>64</sup>;
- d'ériger en infractions pénales les actes de financement du terrorisme. Celles-ci devraient être désignées comme "sous-jacentes au blanchiment de capitaux";
  - de bloquer ("geler"), saisir et confisquer les biens qui sont utilisés pour, ou destinés au financement du terrorisme ou qui en constituent le produit;
  - prendre toutes les mesures pour que les intermédiaires financiers communiquent sans délai aux autorités compétentes leurs soupçons portant sur des fonds liés au financement du terrorisme;
  - mettre en place des mécanismes d'entraide pénale, administrative et civile - ce dernier mode devant cependant jouer un rôle limité en pratique;
  - soumettre tous les intermédiaires financiers à un régime d'autorisation ou d'inscription dans un registre et les assujettir aux recommandations du GAFI;
  - en matière de virements électroniques, imposer aux intermédiaires financiers d'inclure dans le message relatif à cette opération des renseignements "exacts et utiles" sur le donneur d'ordre (nom, adresse et numéro de compte);
  - s'assurer par un cadre législatif et réglementaire adéquat que les organismes à but non lucratif ne peuvent pas être utilisés pour le financement du terrorisme.

Il est maintenant intéressant d'apprécier l'action des autorités au regard de ces huit recommandations.

### ***C. Interventions des autorités suisses***

La Suisse a bien entendu pris part aux efforts internationaux de lutte contre le financement du terrorisme. Pour cela, notre législateur n'a pas

<sup>63</sup> Selon la lettre du 19 décembre 2001 du gouvernement suisse (*infra* note 66), la ratification de cette convention est prévue par notre pays pour 2002. La Suisse a cependant déjà adhéré à la Convention européenne pour la répression du terrorisme, du 27 janvier 1977 (RS 0.353.3). Voir ég. les autres textes de droit international se trouvant sur le site Internet de l'American Society of International Law (ASIL) [www.asil.org/terrorind.htm](http://www.asil.org/terrorind.htm).

<sup>64</sup> Texte disponible à l'adresse Internet [www.un.org/french/docs/sc/2001/res1373f.pdf](http://www.un.org/french/docs/sc/2001/res1373f.pdf).



eu à adopter de nouvelles règles en matière de surveillance des intermédiaires financiers; on peut même affirmer que certains des amendements réglementaires requis aux États-Unis sont en force dans notre pays depuis quelques années<sup>65</sup>. Le gouvernement suisse et la Commission fédérale des banques (CFB) ont d'ailleurs mené une importante campagne de communication afin de faire connaître les efforts entrepris dans ce domaine; on peut ainsi se référer dans une large mesure aux documents officiels publiés par différents organismes<sup>66</sup>. Enfin, il faut noter que le régime applicable à cette problématique n'est souvent pas très éloigné de celui que Urs ZULAUF et Marc SIEGEL ont présenté dans leur contribution consacrée aux relations financières avec des personnes politiquement exposées<sup>67</sup>.

Parce que ces principes sont réputés connus, on se bornera à rappeler en premier lieu qu'outre les mesures qu'ils doivent prendre pour prévenir le blanchiment d'argent, les intermédiaires financiers sont tenus de communiquer leurs soupçons fondés au Bureau de communication (art. 9 LBA) et bloquer les avoirs concernés (art. 10 LBA). Par ailleurs, la CFB est l'organe de surveillance institué par la loi sur le blanchiment pour les banques et les négociants en valeurs mobilières (art. 12 LBA); en ce sens, elle a émis la Circulaire 98/1 avec son annexe, laquelle énonce des indices de blanchiment de capitaux<sup>68</sup>. À cela s'ajoutent les différentes ordonnances adoptées conformément à la LBA ainsi que les règles de droit pénal que nous avons déjà évoquées<sup>69</sup>. Outre les conséquences liées à une violation de ce groupe de normes, il faut souligner que les organes de banques ou de négociants pourraient aussi ne plus remplir les exigences de garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. c LB et 10 al. 2 lit. d LBVM); les conditions d'organisation de l'établissement

<sup>65</sup> Voir les éléments de comparaison énoncés *supra* dans la section II, A.

<sup>66</sup> En particulier, le rapport de la Suisse au Conseil de sécurité de l'ONU intitulé "Report on counter-terrorism submitted by Switzerland to the Security Council Committee established pursuant to resolution 1373", daté du 19 décembre 2001 et disponible à l'adresse Internet [www.un.org/Docs/sc/committees/1373/1224e.pdf](http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/1224e.pdf). Plus récemment, le rapport de la CFB: "Lutte contre le financement du terrorisme: Conséquences des attentats terroristes du 11 septembre 2001 sur les activités de la Commission fédérale des banques", du 14 mars 2002, disponible à l'adresse Internet [www.ebk.admin.ch/f/aktuell/b0314-01f.pdf](http://www.ebk.admin.ch/f/aktuell/b0314-01f.pdf).

<sup>67</sup> *Supra* note 46.

<sup>68</sup> Circulaire 98/1: Directives relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux, du 26 mars 1998. BF 2001 31A-20 et 20a.

<sup>69</sup> *Supra* note 27. On y ajoutera les dispositions sanctionnant les opérations d'initiés: art. 161 CP ("Exploitation de la connaissance de faits confidentiels").

financier concerné pourraient également être remises en cause (art. 3 al. 2 lit. a LB et 10 al. 2 lit. a LBVM)<sup>70</sup>. Enfin, les banques sont tenues, conformément à la Convention de diligence des banques, de faire preuve d'une attention accrue et de prendre des précautions particulières "lorsque la [CFB] ou l'Association suisse des banquiers ont émis des mises en garde de portée générale sur certains établissements d'un pays déterminé"<sup>71</sup>. Tel a récemment été le cas de la République de Nauru, le pire des 19 "mauvais élèves" du GAFI<sup>72</sup>, abritant par ailleurs de nombreuses banques virtuelles (*shell banks*)<sup>73</sup>.

Le droit international public joue un rôle considérable dans ce domaine<sup>74</sup> et apporte une dimension en partie nouvelle au droit bancaire et financier<sup>75</sup>. Sur le plan interne, les mesures prises à l'encontre d'États ou de groupements étrangers sont concrétisées par plusieurs ordonnances du Conseil fédéral<sup>76</sup>. Celle qui nous intéresse ici directement est l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre des Taliban<sup>77</sup>. Adoptée dans une première version le 2 octobre 2000, elle a ensuite fait l'objet de deux modifications, la plus significative étant celle du 30 novembre 2001. Plusieurs règles touchent directement le secteur financier: l'art. 3 de l'ordonnance Taliban prévoit le gel des avoirs<sup>78</sup> appartenant aux personnes physiques et morales figurant sur la liste de plus de 250 noms établie par

<sup>70</sup> Circulaire 98/1 (note 68), ch. 15-19 et *in fine*.

<sup>71</sup> Ch. 30 al. 4 de la Convention de diligence (*supra* note 27).

<sup>72</sup> Communication CFB 20, du 7 janvier 2002, "Recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) concernant les pays ou territoires non coopératifs, surtout Nauru".

<sup>73</sup> Circulaire ASB 7149, du 8 février 2002.

<sup>74</sup> *Supra* note 63.

<sup>75</sup> Pour une présentation des différentes sources et influences, C. BOVET, "Réception du droit public économique étranger en Suisse", Rapport à la Société suisse des juristes 2000/3, p. 281 ss.

<sup>76</sup> Ordonnances instituant des mesures à l'encontre des Taliban, du 2 octobre 2000 (RS 946.203); de l'UNITA, du 25 novembre 1998 (RS 946.204); de la République d'Irak, des 7 et 8 août 1990 (RS 946.206 et 946.203.1); de la République fédérale de Yougoslavie, du 23 juin 1999 (RS 946.207); de la Libye, du 12 janvier 1994 (RS 946.208); du Liberia, du 27 juin 2001 (RS 946.208.1); du Myanmar, du 2 octobre 2000 (RS 946.208.2); et du Sierra Leone, du 8 décembre 1997 (RS 946.209). Voir également le site Internet du Secrétariat d'État à l'économie (seco) [www.seco-admin.ch/f\\_index.html](http://www.seco-admin.ch/f_index.html).

<sup>77</sup> *Supra* note 76 (ci-après "ordonnance Taliban").

<sup>78</sup> Les termes "avoirs" et "gel des avoirs" font l'objet de définitions légales à l'art. 5 lit. b et c de l'ordonnance Taliban.

le seco sur la base des travaux de l'ONU<sup>79</sup>. Cette norme interdit par ailleurs de fournir des fonds à ces personnes<sup>80</sup>. Des exemptions par le seco sont prévues en cas de "paiements liés à des projets en faveur de la démocratisation ou à des activités humanitaires"<sup>81</sup>. Enfin, deux mesures doivent être rapprochées de procédures déjà existantes: d'une part, l'art. 4 de l'ordonnance Taliban impose une déclaration obligatoire au seco à "quiconque détient ou gère des avoirs dont il faut admettre qu'ils tombent sous le coup du gel des avoirs défini à l'art. 3 [...]"; la déclaration doit mentionner le nom du bénéficiaire, l'objet et le montant des avoirs gelés<sup>82</sup>.

D'autre part, l'ordonnance étend à l'Organisation des Nations Unies (ONU)<sup>83</sup> le régime d'entraide internationale déjà mis en place par d'autres réglementations, en particulier dans le domaine financier. Outre le renvoi à l'entraide judiciaire<sup>84</sup>, l'art. 8 de l'ordonnance Taliban s'inspire fortement des art. 23<sup>sexies</sup> LB, 38 al. 2 LBVM, 63 al. 2 LFP et 31 al. 2 LBA. Nous ne reviendrons pas sur les mécanismes de cette entraide qui a fait l'objet de plusieurs contributions de fond récentes. Par contre, on peut relever certains points spécifiques à cette réglementation de politique extérieure.

S'agissant d'abord de la légalité de ces mesures, on notera que l'échange d'informations avec les autorités étrangères ne repose que sur une ordonnance et non sur une loi au sens formel. Certes, à la veille de l'entrée de la Suisse dans l'ONU, la base constitutionnelle de l'ordonnance<sup>85</sup> ne devrait, en soi, pas être remise en cause. En revanche, il faut

<sup>79</sup> Cette liste est régulièrement mise à jour et est disponible sur le site Internet du seco, *supra* note 76, sous la rubrique "politique économique extérieure".

<sup>80</sup> Art. 3 al. 2 de l'ordonnance Taliban.

<sup>81</sup> Art. 3 al. 3 de l'ordonnance Taliban.

<sup>82</sup> Art. 4 al. 2 de l'ordonnance Taliban.

<sup>83</sup> À noter que l'ordonnance Taliban emploie invariablement les termes "Nations Unies" et "Organisation des Nations Unies". Conformément à la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, ces deux expressions sont entièrement équivalentes (en particulier, Préambule et art. 1 et 2 de ladite Charte).

<sup>84</sup> En particulier, la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981 (EIMP; RS 351.1) et les conventions internationales comme la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, du 20 avril 1959 (RS 0.351.1) ou le traité d'entraide avec les États-Unis (note 35). Ég. les autres accords figurant au RS 0.351.

<sup>85</sup> Art. 184 al. 3 Cst selon lequel: "Lorsque la sauvegarde des intérêts du pays l'exige, le Conseil fédéral peut adopter les ordonnances et prendre les décisions nécessaires. Les ordonnances doivent être limitées dans le temps."

sérieusement se demander si, en raison des développements dans cette matière, il ne conviendrait pas d'intégrer rapidement une règle générale expresse dans un texte comme la loi fédérale sur les mesures économiques extérieures<sup>86</sup>. Cela éviterait probablement certaines incohérences dans les régimes applicables aux différents États objets de sanctions économiques<sup>87</sup>.

Le législateur pourrait alors profiter de cette amélioration du système pour introduire un renvoi exprès à la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)<sup>88</sup>. Celui-ci apparaît clairement dans toutes les normes de droit financier instituant une procédure d'entraide administrative internationale<sup>89</sup>. Étrangement, cette référence semble avoir été volontairement ignorée dans les ordonnances instituant des sanctions de politique économique extérieure. Il apparaît pourtant essentiel de rappeler la protection juridictionnelle accordée à toute personne touchée par une décision<sup>90</sup>.

La rédaction de l'art. 8 de l'ordonnance Taliban – comme des autres dispositions semblables d'entraide en matière de politique économique extérieure – est en partie maladroite: alors que son titre et sa première phrase citent l'ONU, l'énoncé des conditions spécifiques à remplir l'omet entièrement et ne se réfère plus qu'à des États pris individuellement. Dans la perspective de l'entrée de la Suisse dans l'ONU, il conviendrait de repenser cet aspect. La question qui se pose dépasse cependant le plan juridique et revêt un caractère éminemment politique: veut-on notamment permettre, dans tous les cas, une transmission à des organismes de l'ONU (y compris des commissions ou comités *ad hoc*)? Ce point est important dans la mesure où les lettres c et d de l'art. 8 al. 1 de l'ordonnance Taliban laissent, dans la transmission d'informations à des autorités tierces, plus de souplesse que le droit financier.

<sup>86</sup> RS 946.201.

<sup>87</sup> On retrouve ces mesures d'entraide dans les ordonnances relatives à l'UNITA, la Libye, la Yougoslavie, le Liberia, le Myanmar et le Sierra Leone, mais curieusement pas dans celle se rapportant à l'Irak (*supra* note 76).

<sup>88</sup> RS 172.021.

<sup>89</sup> *Supra* note 32.

<sup>90</sup> À ce propos, I. HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess: unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsprozesses im Bund*, Zurich (Schulthess) 2000.



Comme on le voit, un effort de coordination entre les autorités nationales et les auteurs de textes législatifs s'impose. On pourrait en particulier envisager une certaine centralisation en prévoyant la communication d'informations à une seule autorité, qui pourrait ensuite se charger, si nécessaire, de diffuser l'information à d'autres offices. Il faut aussi plaider pour une interprétation et une application aussi cohérentes que possible des différentes normes. L'exemple le plus frappant concerne les différentes listes de personnes soupçonnées de faire partie d'organismes terroristes ou d'être autrement visées par des sanctions d'ordre économique. On rappellera que les listes du seco sont régulièrement mises à jour sur son site Internet<sup>91</sup>; en plus, la CFB et les organismes d'autorégulation LBA font suivre aux établissements dont ils ont la responsabilité les listes émises par l'administration américaine ("*listes Bush*")<sup>92</sup> et par le *Federal Reserve Board* américain<sup>93</sup>. Il faut encore y ajouter les listes, études, rapports ou autres analyses circulant sur la toile (*web*); les sources sont tant privées que publiques (par exemple, des commissions parlementaires)<sup>94</sup>. Cette situation appelle les remarques suivantes:

<sup>91</sup> *Supra* note 79.

<sup>92</sup> Voir l'adresse Internet [www.treas.gov/ofac/bulletin.txt](http://www.treas.gov/ofac/bulletin.txt).

<sup>93</sup> En particulier, les communications du 28 septembre 2001 (SR 01-23: "Reporting Suspicious Transactions Relating to the Recent Terrorist Attacks to Law Enforcement"), disponible à l'adresse Internet [www.federalreserve.gov/boarddocs/SRLETTERS/2001/sr0123.htm](http://www.federalreserve.gov/boarddocs/SRLETTERS/2001/sr0123.htm) et du 26 novembre 2001 (SR 01-29: "The USA Patriot Act and the International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act of 2001"), disponible à l'adresse Internet [www.federalreserve.gov/boarddocs/SRLETTERS/2001/sr0129.htm](http://www.federalreserve.gov/boarddocs/SRLETTERS/2001/sr0129.htm).

<sup>94</sup> P.ex. le Rapport d'information 2311 déposé par la Mission d'information commune de l'Assemblée nationale française sur les obstacles au contrôle et à la répression de la délinquance financière et du blanchiment des capitaux en Europe, Tome I – Monographies / Volume 4 – La Grande-Bretagne, Gibraltar et les Dépendances de la Couronne, mis en distribution le 10 octobre 2001, disponible sans son annexe à l'adresse Internet [www.assemblee-nationale.fr/legislatures/11/pdf/rap-info/i2311-41.pdf](http://www.assemblee-nationale.fr/legislatures/11/pdf/rap-info/i2311-41.pdf). L'annexe en question décrit "l'environnement économique d'Ossama Bin Laden (500 sociétés impliquant près de 400 personnes)". [www.ladocumentationfrancaise.fr/brp/notices/014000735.shtml](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/brp/notices/014000735.shtml). "La lettre du blanchiment", disponible à l'adresse Internet [www.lalettredublanchiment.com/ReseauxBL.htm](http://www.lalettredublanchiment.com/ReseauxBL.htm), avait élaboré, en se fondant en particulier sur cette annexe, une liste impressionnante de personnes et sociétés avec des tableaux de relations économiques et financières. L'éditeur de cette publication a toutefois dû se rendre compte d'erreurs et confusions qui l'ont amené à "supprimer temporairement l'accès au schéma et à la liste nominative correspondante." Ce type de situation démontre les difficultés auxquels les intermédiaires financiers sont eux-mêmes confrontés quotidiennement. Ég. à titre d'illustration, le site de l'Observatoire du crime organisé ([www.ocdbgroup.net/FRA/accueil/accueilFR.htm](http://www.ocdbgroup.net/FRA/accueil/accueilFR.htm)), ou encore celui de la société Inside.CO ([www.insideco.net/FRA/pages/bienvenue/bienvenue.htm](http://www.insideco.net/FRA/pages/bienvenue/bienvenue.htm)).



- En premier lieu, il s’agit d’interpréter de manière cohérente les différentes dispositions régissant les conséquences de la diffusion de ces listes. En particulier, l’art. 4 de l’ordonnance Taliban impose à “quiconque détient ou gère des *avoirs dont il faut admettre* qu’ils tombent sous le coup du gel des avoirs défini à l’art. 3, al. 1, [de] les déclarer sans délai au seco”<sup>95</sup>. Cette règle doit être rapprochée de l’art. 9 al. 1 LBA, qui exige que l’on soit en présence de “soupçons *fondés*”<sup>96</sup> avant de procéder à une communication à l’autorité compétente.
- Il faut ensuite s’interroger sur la portée des nombreuses listes ou autres informations en circulation. On peut bien sûr se fier aux listes communiquées par la CFB et le seco, mais aussi, en raison de l’affiliation des banques à cette organisation, de l’ASB<sup>97</sup>. Dans ces cas, l’intermédiaire financier doit considérer qu’il est en présence de “soupçons fondés”. S’agissant en revanche des autres listes, dont l’étendue dépasse souvent celle des listes communiquées par des organismes suisses, l’établissement concerné devra faire preuve d’une diligence accrue et procéder à des contrôles supplémentaires. En cas de doute, il convient de prendre contact avec le service centralisé mis en place sous l’égide du Ministère public de la Confédération<sup>98</sup>. Ce mécanisme devrait également permettre aux personnes figurant à tort sur ces listes d’obtenir leur “radiation”, le cas échéant en exigeant une décision administrative sujette à recours.
- Il faut ajouter à cela une difficulté de nature technique: les noms de personnes physiques ou morales apparaissant sur ces listes peuvent s’orthographier ou s’articuler de manière différente – ne serait-ce qu’en raison du fait que l’écriture d’origine est, par exemple, arabe<sup>99</sup> ou que le mode de composition des noms de famille diffère selon le pays ou la culture. Il est dès lors essentiel de fournir des renseignements supplémentaires qui permettent de pallier, au moins en partie, le risque de voir une personne passer “entre les mailles du filet” ou,

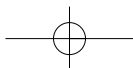
<sup>95</sup> Souligné par l’auteur.

<sup>96</sup> Souligné par l’auteur.

<sup>97</sup> En particulier, Circulaire ASB 7092, du 19 septembre 2001, et Circulaire ASB 7096, du 25 septembre 2001.

<sup>98</sup> Communiqué de presse CFB du 2 octobre 2001, p. 2.

<sup>99</sup> D’où une transcription phonétique qui revêt souvent un caractère aléatoire.



au contraire, d'être confondue avec une autre<sup>100</sup>. Une solution partielle consiste à faire apparaître, en regard des noms, des informations comme la date et le lieu de naissance ou le numéro de passeport<sup>101</sup>. Cela n'est toutefois pas toujours possible, les terroristes recherchés n'apparaissant que rarement sous leur véritable identité ou simplement parce que les informations ne sont pas disponibles sur les listes diffusées<sup>102</sup>. Il appartient aux intermédiaires financiers de tenir constamment à jour leurs bases de données et d'adapter autant que possible leur système informatique à ces situations, mais aussi aux autorités de prendre conscience de ces difficultés.

- Enfin, la communication par des organismes suisses de documents américains accompagnant ces listes n'est pas sans conséquences. Certes, le *Federal Reserve Board* indique que ses communications sont destinées aux banques américaines et étrangères opérant aux États-Unis et sous sa surveillance<sup>103</sup>. La situation n'est pas aussi claire pour les lettres circulaires du *Federal Bureau of Investigation* (FBI) qui fait référence simplement aux banques américaines et étrangères "in the United States"<sup>104</sup>. Un acte subséquent, important, du Président George W. Bush est cependant limité aux "*United States persons*", à savoir des personnes physiques ou morales ayant un lien réel, notamment par le biais d'une succursale, avec les États-Unis<sup>105</sup>. On sait néanmoins que la réglementation américaine favorise

<sup>100</sup> Voir l'exemple cité *supra* note 94.

<sup>101</sup> À titre d'illustration, voir la liste seco (note 79).

<sup>102</sup> Le cas suivant, tiré de la liste seco (note 79), démontre les difficultés auxquelles sont confrontés les intermédiaires financiers:

**Ahmed Khalfan Ghailani** (A.K.A. [= also known as] "Ahmed The Tanzanian"; A.K.A. "Foopie"; A.K.A. "Fupi"; A.K.A. Ahmad, Abu Bakr; A.K.A. Ahmed, A; A.K.A. Ahmed, Abubakar; A.K.A. Ahmed, Abubakar K.; A.K.A. Ahmed, Abubakar Khalfan; A.K.A. Ahmed, Abubakary K.; A.K.A. Ahmed, Ahmed Khalfan; A.K.A. Al Tanzani, Ahmad; A.K.A. Ali, Ahmed Khalfan; A.K.A. Bakr, Abu; A.K.A. Ghailani, Abubakary Khalfan Ahmed, A.K.A. Ghailani, Ahmed; A.K.A. Ghilani, Ahmad Khalafan; A.K.A. Hussein, Mahafudh Abubakar Ahmed Abdallah; A.K.A. Khabar, Abu; A.K.A. Khalfan, Ahmed; A.K.A. Mohammed, Shariff Omar); DOB [= date of birth]: 14 Mar. 1974; Alt. DOB: 13 Apr. 1974; Alt. DOB: 14 Apr. 1974; Alt. DOB: 1 Aug. 1970; POB [= place of birth]: Zanzibar, Tanzania; Citizen Tanzania.

<sup>103</sup> Destinataires de la lettre du *Federal Reserve Board*, du 18 septembre 2001 (SR 01-22 [SUP]), annexée à la Circulaire ASB 7092 (note 97): "each domestic and foreign banking organization supervised by the Federal Reserve".

<sup>104</sup> Lettre du 17 septembre 2001, annexée à la Circulaire ASB 7092 (note 97).

<sup>105</sup> *Executive order* du 24 septembre 2001, annexé à la Circulaire ASB 7096 (note 97).



souvent l'extraterritorialité de ses normes; c'est en particulier dans ce contexte que les normes d'exécution sur les comptes bancaires de correspondance joueront un rôle significatif<sup>106</sup>. Un conflit pourrait alors surgir avec les règles protégeant le secret professionnel, celles instituant l'entraide administrative et pénale, ainsi que, d'une manière générale, notre souveraineté nationale.

### III. Autres développements récents

Les aspects internationaux se retrouvent dans le premier des thèmes que nous allons maintenant traiter brièvement et sans prétention d'exhaustivité: l'entraide administrative (A). Nous aborderons ensuite trois sujets qui se situent dans la continuité de pratiques ou réglementations existantes: la responsabilité de la Confédération pour les actes de la CFB (B), le nouveau texte modèle de l'ASB sur les risques particuliers dans le commerce de titres (C) et la modification des ordonnances sur les fonds de placement (D). En guise de conclusion, nous présenterons quelques perspectives (E).

#### A. *Entraide administrative*

Dans une affaire d'entraide administrative avec la Norvège, le Tribunal fédéral a commencé par rappeler les principes régissant l'échange d'informations entre les autorités de surveillance et pénales<sup>107</sup>. Il s'agit de principes connus, réitérés à plusieurs reprises, comme en témoignent les références figurant dans cette décision. L'intérêt principal de cet arrêt réside cependant dans l'examen de la pratique de la CFB de trancher en une seule fois – plutôt qu'en deux phases intervenant à des moments différents – d'une part la question de la transmission des informations à l'autorité de surveillance étrangère et d'autre part la permission donnée à cette dernière de communiquer à son autorité pénale compétente les renseignements obtenus en Suisse. Notre Haute Cour n'a pas remis en cause cette manière de faire, mais a rappelé que les exigences étaient supérieures lorsque la CFB procédait par le biais d'une seule décision au lieu d'attendre une requête subséquente de l'autorité administrative étrangère:

<sup>106</sup> *Supra* section II, A.

<sup>107</sup> ATF 126 II 409, *Kredittilsynet*. En particulier, consid. 6 (p. 415 ss).



Sind die aufsichtsrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat bereits bei Einreichung des Amtshilfegesuchs genügend fortgeschritten und zeichnet sich gestützt darauf schon in diesem Zeitpunkt eine allfällige Notwendigkeit der Weiterleitung an einen Zweitempfänger ab, spricht indessen nichts dagegen, dass die Bankenkommission ihre Zustimmung hierzu bereits unmittelbar im Amtshilfeentscheid selber erteilt, falls die für die Weiterleitung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind [...]. Bei diesem Vorgehen sind indessen höhere Anforderungen an die für die Weiterleitung erforderlichen Voraussetzungen zu stellen als für die Amtshilfe als solche.<sup>108</sup>

Lorsque les éléments fournis par l'autorité étrangère sont insuffisants ou imprécis, la CFB doit procéder en deux temps et inviter son homologue étranger à lui fournir des informations supplémentaires.

L'arrêt *Flammarion*<sup>109</sup> pose les principes à retenir en matière de qualité pour recourir dans les affaires d'entraide administrative concernant des activités de gestion de fortune. C'est ainsi que le gérant de fortune indépendant a la qualité de partie pour contester une décision fondée sur l'art. 38 LBVM. Le Tribunal fédéral se fonde en particulier sur une interprétation téléologique du troisième alinéa de cette disposition, en relation avec les critères développés par la jurisprudence et la doctrine pour les art. 6 et 48 lit. a PA ainsi que 103 lit. a OJ<sup>110</sup>. L'argumentation retenue repose essentiellement sur la protection de la confidentialité des informations détenues par le gérant mais aussi de son identité:

Der Geheimhaltungspflicht unterliegen sämtliche Angaben, die sich aus der unmittelbaren geschäftlichen Beziehung zwischen Kunde und Bank ergeben, somit auch die Tatsache, ob und zugunsten von wem ein Vermögensverwaltungsauftrag besteht [...]. Der selbständige Vermögensverwalter handelt im Rahmen der ihm vom Kunden eingeräumten Befugnisse als dessen Hilfsperson bzw. Stellvertreter. Soll seine Identität amtshilfeweise ins Ausland preisgegeben werden, betrifft dies das einzelne Kundenverhältnis, es sei denn, er habe als Mitarbeiter oder Organ einer beaufsichtigten Bank oder eines Effekthändlers bzw. des Kunden selber gehandelt.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> *Idem*, p. 419 (références omises).

<sup>109</sup> ATF 127 II 323.

<sup>110</sup> Sur ces questions, voir surtout HÄNER (note 90).

<sup>111</sup> ATF 127 II 329 (références omises).

En revanche, celui qui détient une simple procuration – par opposition à un mandat discrétionnaire – ne se voit pas reconnaître une telle qualité pour recourir<sup>112</sup>. La situation est la même pour l'ayant droit économique qui peut en principe exercer une influence juridique et économique sur l'entité qu'il contrôle; lorsque, exceptionnellement, tel n'est pas le cas, il a qualité de partie, par analogie avec ce qui est admis en matière d'entraide pénale et dans les limites de l'art. 38 al. 3 LBVM<sup>113</sup>.

Le deuxième arrêt dans la cause *ABB/Elsag-Bailey*<sup>114</sup> a amené la CFB à entreprendre des démarches en vue d'une révision de l'art. 38 LBVM<sup>115</sup>. Après avoir confirmé que la *Securities and Exchange Commission* (SEC) est une autorité administrative au sens de cette dernière disposition, le Tribunal fédéral a accepté les assurances données par la SEC au regard du *Freedom of Information Act*, qui oblige en substance toute autorité fédérale américaine à communiquer au public tous documents et informations qu'elle détient; une exception est toutefois prévue "en faveur de" la SEC pour les données que celle-ci obtient d'autorités étrangères et dont la transmission serait considérée comme une violation du droit de l'État dont ces renseignements proviennent<sup>116</sup>. En revanche, notre Haute Cour n'a pas considéré satisfaisante, sous l'angle de la protection de la confidentialité des informations communiquées, la procédure relative aux *enforcement actions* menées devant les tribunaux américains, en l'espèce le *US Court for the Southern District of New York*<sup>117</sup>: d'une part, la possibilité d'obtenir un *protective order* du

<sup>112</sup> *Idem*, p. 329 s.

<sup>113</sup> *Idem*, p. 330.

<sup>114</sup> ATF du 20 décembre 2001, cause 2A.249/2001. En l'état, disponible sur le site du Tribunal fédéral [www.bger.ch/index.cfm?language=french](http://www.bger.ch/index.cfm?language=french). Sur le premier ATF dans cette affaire et sur la plupart des autres décisions pertinentes dans ce contexte, J. IFFLAND, "Aperçu de la pratique et de la jurisprudence administratives récentes", in L. THÉVENOZ/C. BOVET (éd.), *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, Berne (Staempfli) 2001, p. 209 ss.

<sup>115</sup> Communiqué de presse du 23 janvier 2002, disponible sur le site Internet de la CFB [www.ebk.admin.ch/f/index.htm](http://www.ebk.admin.ch/f/index.htm).

<sup>116</sup> ATF du 20 décembre 2001 (note 114), consid. 6a.

<sup>117</sup> Il est vrai que cette juridiction a un "passé chargé" en termes d'entraide judiciaire, puisqu'elle s'était notamment fait connaître dans une affaire d'opérations d'initiés *SEC c. Banca della Svizzera Italiana* (92 Federal Rules Decisions [F.R.D.] 111 [SDNY 1981]), en imposant des pénalités à la banque suisse concernée aussi longtemps que celle-ci ne livrerait pas les informations demandées. Pour plus de détails, voir G. FRIEDLI, "Insider-Geschäfte – Praktische Erfahrungen in der Rechtshilfe", in R. VON GRAFFENRIED (éd.), *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, Berne (Staempfli) 1987, p. 245 ss. Outre les

juge américain afin de garantir la confidentialité des données obtenues de l'autorité suisse paraissait abstraite et pas totalement crédible<sup>118</sup>; d'autre part, la SEC ne semblait pas disposée à renoncer aux *litigation releases*, qu'elle publie et qui sont notamment accessibles sur Internet<sup>119</sup>. Il sera certainement intéressant de voir comment ce type de situations, qui remettent en cause les principes fondamentaux de confidentialité de l'entraide administrative et de contrôle des informations transmises à l'autorité de surveillance étrangère, pourront concrètement être prises en compte dans le cadre d'une éventuelle modification législative.

### **B. Responsabilité de la Confédération**

Les investisseurs victimes de l'insolvabilité d'intermédiaires financiers tentent parfois de récupérer leur avoir en intentant une action en responsabilité contre la Confédération<sup>120</sup>. L'arrêt *Meissner* (ou *HIT*)<sup>121</sup> est l'occasion de rappeler rapidement que, conformément à la loi sur la responsabilité de la Confédération<sup>122</sup>, une réclamation en dommages-intérêts<sup>123</sup> peut être formée pour les manquements de la CFB<sup>124</sup>. La demande est dirigée contre la Confédération – pas contre la CFB – et doit, dans ce cas, être adressée au Département fédéral des finances qui tranche. En cas de rejet de la réclamation, le recours de droit administratif **était** ouvert directement contre la décision du Département; le Tribunal fédéral n'était alors pas lié par les constatations de fait effectuées par le

références figurant *supra* note 39, voir ég. N. SCHMID, *Schweizerisches Insiderstrafrecht – Ein Kommentar zu Art. 161 des Strafgesetzbuches: Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen*, Berne (Staempfli) 1988, p. 44 ss, qui fait notamment référence à la "pression massive" exercée par les autorités américaines sur les banques suisses (p. 44 n° 13). Cet historique pourrait peut-être expliquer en partie les réticences de notre Haute Cour à l'égard de la SEC et des juridictions américaines dans ce type d'affaire.

<sup>118</sup> ATF du 20 décembre 2001 (note 114), consid. 6b.

<sup>119</sup> *Idem*, consid. 6c.

<sup>120</sup> Pour une instance précédente, ATF 116 Ib 193.

<sup>121</sup> ATF du 22 mars 2001, cause 5A.9/2000, non publié, disponible sur le site du Tribunal fédéral [www.bger.ch/index.cfm?language=french](http://www.bger.ch/index.cfm?language=french).

<sup>122</sup> Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité; RS170.32).

<sup>123</sup> Aux conditions de l'art. 3 de la Loi sur la responsabilité: "La Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire."

<sup>124</sup> Art. 1 al. 1 de la Loi sur la responsabilité.



Département dans la mesure où aucune autorité de recours n'intervenait auparavant<sup>125</sup>. La situation a toutefois changé au 1<sup>er</sup> janvier 2001, une nouvelle Commission de recours pour la responsabilité de l'État étant entrée en fonction à cette date<sup>126</sup>.

Quant au fond, on se bornera à noter que les recourants reprochaient une inactivité de l'autorité de surveillance nonobstant plusieurs dénonciations et, en particulier, de n'avoir pas procédé à la mise en liquidation de la société incriminée. Le Tribunal fédéral a laissé ouvertes les questions, d'une part, d'une éventuelle intervention de la CFB selon la loi sur les banques et, d'autre part, de savoir si le comportement de la CFB était illicite. L'autorité de recours a simplement dû constater que le cadre réglementaire alors applicable avait pour effet qu'une intervention de la CFB n'aurait pas changé le cours ordinaire des choses en l'espèce. En particulier, la nomination d'un observateur n'était guère habituelle à l'époque des faits et, en raison de la complexité du montage financier, un certain temps aurait été nécessaire pour pouvoir entreprendre des démarches effectives<sup>127</sup>.

### ***C. Information relative aux risques***

L'ASB a révisé en septembre 2001 son texte-modèle sur "les risques particuliers dans le commerce des titres"<sup>128</sup>, dont on rappellera, d'une part, qu'il se veut la concrétisation du devoir d'information imposé aux négociants en valeurs mobilières (art. 11 al. 1 lit. a LBVM) et, d'autre part, qu'il est lié aux règles de conduite ASB<sup>129</sup>. L'art. 3 al. 4 de ces dernières prévoit que:

Pour les types de transactions dont le potentiel de risque excède la mesure usuelle liée à l'achat, à la vente et à la détention de titres, chaque négociant peut remplir son devoir d'information de manière

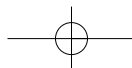
<sup>125</sup> ATF du 22 mars 2001 (note 121), consid. 1a.

<sup>126</sup> Modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ; RS 173.110) et d'autres lois, dans le cadre de la "révision partielle de l'organisation judiciaire en vue de décharger le Tribunal fédéral". RO 2000 2719, 2723. Ég. communiqué de presse du 20 décembre 2000, disponible à l'adresse Internet [www.dff.admin.ch/f/dok/presse/mm1200/staatshaftung.htm](http://www.dff.admin.ch/f/dok/presse/mm1200/staatshaftung.htm).

<sup>127</sup> ATF du 22 mars 2001 (note 121), en particulier consid. 3d-e.

<sup>128</sup> Disponible sur le site de l'ASB [www.swissbanking.org/fr/113\\_f.pdf.pdf](http://www.swissbanking.org/fr/113_f.pdf.pdf).

<sup>129</sup> Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres. BF 2001 45-19.







standardisée ou individualisée. Si le négociant informe de manière standardisée, l'information doit être délivrée sous une forme généralement compréhensible et de la même manière pour tous les clients. [...]

Dans sa circulaire du 3 septembre 2001<sup>130</sup>, l'ASB recommande à ses membres de "reprendre le texte tel quel, et donc, dans la mesure du possible, sans modification". Il n'en demeure pas moins que l'art. 11 al. 2 LBVM exige du négociant que, notamment dans l'accomplissement de son devoir d'information, il tienne compte de "l'expérience des clients [individuels] et de l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés". Plusieurs commentaires de l'art. 3 des règles de conduite ASB se font d'ailleurs en partie l'écho de cette exigence du législateur en stipulant une information individualisée dans plusieurs situations données<sup>131</sup>; celles-ci n'ont toutefois aucun caractère exhaustif.

Une autre remarque figurant dans la circulaire ASB mérite d'être nuancée. Selon ce texte: "Il ne s'agit pas à ce sujet de règles de comportement dont le contenu serait contrôlé par les offices de révision prévus par la loi (annexe I à la circulaire CFB 96/3 'Rapport de révision: forme et contenu')"<sup>132</sup>. L'affirmation est en soi correcte, puisque le texte-modèle n'est pas mentionné dans la liste exhaustive de la circulaire CFB précitée. Il n'en demeure pas moins que ce document ASB constitue l'un des instruments principaux pour exécuter l'obligation d'information prévue par la LBVM et en partie précisée par les règles de conduite ASB<sup>133</sup>.

Pour le surplus, il n'est pas nécessaire de revenir en détail sur le contenu de la révision. Son objectif était "d'adapter le contenu du texte à l'évolution des marchés et de trouver une formulation adéquate à ce sujet", en ajoutant en particulier des paragraphes sur les marchés émergents (*emerging markets*), *hedge funds* et "certificats"<sup>134</sup>. Enfin, le

<sup>130</sup> Circulaire ASB 7088.

<sup>131</sup> *Supra* note 129. En particulier, les commentaires n° 7, 10 et 12.

<sup>132</sup> *Supra* note 128. La Circulaire CFB 96/3 est reproduite au BF 2001 31A-14.

<sup>133</sup> *Supra* note 129.

<sup>134</sup> Le texte-modèle (note 128) définit ainsi les certificats (n° 122):

Un **certificat** vous permet d'acquérir une créance reposant sur plusieurs sous-jacents ou dont la valeur se compose de plusieurs indicateurs. Ainsi, même avec un modeste apport de fonds, vous pouvez déjà "répartir" votre investissement sur plusieurs instruments de placement ou facteurs de risques et minimiser ainsi ces derniers.



paragraphe de la version antérieure traitant des instruments hybrides a été remplacé par deux sections sur les produits “structurés”<sup>135</sup> et “synthétiques”<sup>136</sup>.

#### ***D. Modification de l’OFP et de l’OFP-CFB***

Le secteur des fonds de placement a été marqué par la modification des ordonnances du Conseil fédéral<sup>137</sup> et de la CFB<sup>138</sup>. Ces changements ont déjà fait l’objet de commentaires approfondis de l’autorité de surveillance<sup>139</sup>. Il suffit dès lors d’indiquer que l’amendement de l’art. 1a OFP – selon lequel, désormais, “la proposition ou la distribution de parts de fonds de placement a lieu à titre professionnel au sens des art. 22 et 45 de la loi s’il y a appel au public” – ne devrait pas remettre en cause la pratique de la CFB dans le domaine des fonds de placement créés par des gérants de fortune indépendants exclusivement pour leurs clients<sup>140</sup>. Les modifications de ces deux ordonnances se veulent en effet des assouplissements et non des restrictions apportées à la situation antérieure.

Dans le même sens, le nouvel art. 2 al. 2 OFP – qui intègre maintenant dans la liste exemplative des investisseurs institutionnels les “banques et [...] négociants en valeurs mobilières, y compris leurs clients avec contrat de gestion de fortune écrit” – renforce le libéralisme mis en place au moment de l’entrée en vigueur de la loi sur les fonds de placement et qui excluait de l’assujettissement l’hypothèse où:

Le gérant de fortune (banque ou gérant indépendant) passe des ordres d’achat ou de souscription de parts de fonds pour le compte du client géré (mandat discrétionnaire), sans qu’il ait conclu un contrat de distribution et sans qu’il place d’une façon systématique les parts d’un même “promoteur” dans les portefeuilles gérés[ ...] même si le gérant de fortune reçoit, directement ou indirectement, des rétrocessions de la part du fonds.

<sup>135</sup> *Idem*, n° 100 ss.

<sup>136</sup> *Idem*, n° 115 ss.

<sup>137</sup> RS 951.311 (OFP). Modification du 25 octobre 2000 (RO 2000 2713).

<sup>138</sup> Nouvelle ordonnance du 24 janvier 2001. RS 951.311.1 (OFP-CFB).

<sup>139</sup> Communication CFB 18, du 30 mars 2001. Rapport de gestion CFB 2000, p. 202 ss.

<sup>140</sup> Bull. CFB 29/1995, p. 81.



Le gérant demeure ainsi, dans cette hypothèse, exempté du régime de l'autorisation de distribuer et peut en outre placer dans les portefeuilles de ses clients des parts de fonds de placement dont certaines dispositions auraient été, sur requête, déclarées inapplicables par la CFB (p.ex. établissement d'un prospectus, reddition de comptes et, nouvellement, obligation d'émettre et de racheter les parts contre espèces).

### *E. Perspectives*

Les praticiens du droit de la surveillance bancaire et financière peuvent être "rassurés" sur un point: la réglementation dans ce domaine ne va certainement pas cesser d'évoluer durant les prochaines années.

Il y a bien entendu le suivi des 42 recommandations du groupe d'experts sur "la réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse"<sup>141</sup>. À cela, il faut ajouter le rapport à la CFB de la commission sur la révision bancaire – un document qui contient, pour sa part, pas moins de 17 recommandations<sup>142</sup>. Enfin, les règles sur l'assainissement et la liquidation de banques devraient faire l'objet d'une refonte complète, avec, très probablement, l'introduction de nouveaux art. 25 à 37i dans la loi sur les banques<sup>143</sup>.

Les travaux sur la révision de l'Accord de Bâle sur les fonds propres continuent à progresser, mais probablement pas aussi rapidement que ses initiateurs l'avaient d'abord imaginé<sup>144</sup>. En l'état, rappelons simplement qu'il s'agit d'un texte de *soft law*. Autrement dit, ce n'est pas un traité au sens du droit international public, même s'il faut lui reconnaître une certaine valeur par la portée de ses travaux. En tous les cas, ces modifications devront, le moment venu, faire l'objet d'amendements de

<sup>141</sup> À ce sujet, J.-B. ZUFFEREY, "Les 42 recommandations du Groupe d'experts 'Surveillance des marchés financiers' – Quelques compléments pour une théorie générale du droit de la surveillance financière", in L. THÉVENOZ/C. BOVET (éd.), *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, Berne (Staempfli) 2001, p. 127.

<sup>142</sup> Ce rapport, daté de décembre 2000, est disponible à l'adresse Internet [www.ebk.admin.ch/d/aktuell/neu6-01.pdf](http://www.ebk.admin.ch/d/aktuell/neu6-01.pdf).

<sup>143</sup> Le rapport de la commission d'experts est disponible à l'adresse Internet [www.finance.admin.ch/f/dok/publik/bankenliqud.pdf](http://www.finance.admin.ch/f/dok/publik/bankenliqud.pdf). Dans un communiqué de presse du 30 novembre 2001, le gouvernement fédéral relève l'accueil généralement favorable des propositions faites et indique qu'un message et un projet du Conseil fédéral seront prochainement présentés au Parlement.

<sup>144</sup> Pour plus de renseignements, [www.bis.org/publ/bcbsca.htm](http://www.bis.org/publ/bcbsca.htm).





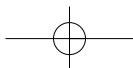
l'OB voire de la LB pour être effectives en Suisse. Quant au contenu envisagé, il peut être représenté schématiquement comme suit:

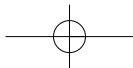
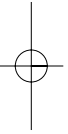
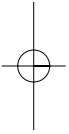
Accord actuel	Projet de nouvel Accord
Accent mis sur une seule mesure de risque	Plus d'accent mis sur les méthodes de contrôle interne des banques, la surveillance bancaire étatique et la discipline résultant du marché
Aucune distinction n'est faite quant à la taille des établissements bancaires	Introduction d'une certaine souplesse, différentes approches de calcul des risques envisagées, mesures visant à inciter les banques à mieux gérer leurs risques

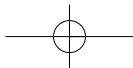
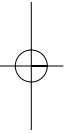
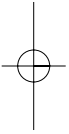
Pour terminer dans cette perspective internationale, notons, en droit communautaire, la publication de la Directive 2001/65/CE modifiant deux autres directives relatives aux règles d'évaluation applicables aux comptes annuels et aux comptes consolidés, notamment des banques et autres établissements financiers<sup>145</sup>. La Commission CE continue par ailleurs à oeuvrer à la création d'une "zone de paiement unique". Son enquête sur les paiements transfrontaliers a ainsi abouti au constat que les coûts de ceux-ci sont trop élevés (jusqu'à 20 fois supérieurs à un virement intérieur). La Commission propose ainsi un règlement qui devrait obliger les banques de tous les États membres à prélever les mêmes frais pour les paiements domestiques et transfrontaliers, consolidant ainsi la mise en place d'un marché unique des services financiers<sup>146</sup>.

<sup>145</sup> Titre complet: Directive 2001/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE et 86/635/CEE en ce qui concerne les règles d'évaluation applicables aux comptes annuels et aux comptes consolidés de certaines formes de sociétés ainsi qu'à ceux des banques et autres établissements financiers. JOCE 2001 L 283, p. 28.

<sup>146</sup> Information à la presse (Commission CE), du 20 septembre 2001 (IP/01/1293), "Paiements transfrontaliers: Une nouvelle enquête de la Commission confirme que les frais bancaires restent trop élevés", et Information à la presse (Commission CE), du 25 juillet 2001 (IP/01/1084), "La Commission propose le principe d'égalité des frais entre les paiements nationaux et les paiements transfrontières en euro". Ég. Institut européen interrégional de la consommation (IEIC), Étude sur les frais bancaires en Europe, Rapport pour la Commission européenne (Direction générale "Santé et protection des consommateurs"), de mai 2001, disponible à l'adresse Internet [www.europa.int/comm/dgs/health\\_consumer/library/survey/sur14\\_fr.html](http://www.europa.int/comm/dgs/health_consumer/library/survey/sur14_fr.html).







## Table des matières

<b>Avant-propos</b> .....	5
<b>Auteurs</b> .....	7
<b>Sommaire</b> .....	11
<b>Abréviations</b> .....	13

Jacques Malherbe et Olivier Hermand

### **Fiscalité européenne de l'épargne:**

<b>antécédents communautaires</b> .....	17
I. La place de la fiscalité directe dans le Traité de Rome .....	17
II. Origine d'une intervention dans le domaine de la fiscalité de l'épargne .....	19
III. Le "paquet" fiscal .....	23
IV. La fiscalité de l'épargne, version 2001 .....	28
A. Champ d'application .....	29
1. Les notions d'agent payeur et d'opérateur économique .....	29
a) Extension: agent payeur au moment de la réception des intérêts .....	30
2. Bénéficiaires .....	31
a) Devoir de vérification .....	32
b) Identification du bénéficiaire effectif .....	32
c) Établissement de la résidence du bénéficiaire effectif .....	33
3. Intérêts .....	34
a) Intérêts en général .....	34
b) Intérêts courus ou capitalisés .....	35
c) Revenus distribués par les OPCVM .....	36
d) Intérêts contenus dans les rachats de parts d'OPCVM de capitalisation .....	37
4. Autorité compétente .....	37
B. Échange d'informations .....	38
1. Bénéficiaire effectif .....	39
2. Agent payeur .....	39
3. Paiement d'intérêts .....	39
C. Retenue à la source .....	40
1. Assiette de la retenue .....	41

2. Imposition dans l'État de résidence .....	42
3. Autres retenues à la source .....	43
4. Partage des recettes .....	43
5. Exceptions au système de la retenue au bénéfice du système de l'information .....	44
D. Dispositions spéciales .....	44
1. Clause de grand-père .....	44
2. Organisations internationales .....	46

Xavier Oberson

<b>Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne</b> .....	47
I. Introduction .....	47
II. La politique traditionnelle de la Suisse en matière d'échanges de renseignements fiscaux à l'égard de l'étranger .....	48
A. Le cadre des conventions de double imposition .....	48
B. L'entraide judiciaire internationale .....	50
1. Éléments essentiels .....	50
2. La clé du système: l'escroquerie fiscale .....	51
C. Fondements de la politique suisse .....	51
III. Coordination de la position helvétique avec le projet de directive européenne sur l'épargne .....	53
A. Le projet communautaire de directive sur l'épargne (rappel) .....	53
1. Historique .....	53
2. Éléments essentiels .....	53
a) En général .....	53
b) Le champ d'application .....	54
c) Élimination de la double imposition et partage des recettes .....	55
B. Comparaison entre le système d'impôt anticipé suisse et le projet de directive .....	56
C. Conséquences .....	57
D. Le projet d'impôt suisse sur l'agent payeur (étude de faisabilité) .....	59
1. Généralités .....	59
2. Fondement juridique .....	59
3. Éléments essentiels .....	61
IV. Conclusion .....	62



Nicolas de Gottrau

<b>Crédit documentaire et garantie bancaire:</b>	
<b>fraude dans l'accréditif à paiement différé et choix des parties</b>	
<b>citées dans les mesures provisionnelles</b> ..... 65	
I.	Introduction ..... 65
II.	Conséquences de la fraude dans l'accréditif à paiement différé 67
	A. Problématique ..... 67
	B. Banque émettrice ou banque confirmante ..... 68
	1. Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ..... 69
	2. Droit suisse ..... 70
	a) État de la jurisprudence ..... 70
	b) État de la doctrine ..... 71
	3. Droit comparé ..... 73
	4. Analyse ..... 75
	a) Examen des art. 9 a ii / b ii RUU et 81 CO ..... 76
	b) Interprétation selon le principe de la confiance et principe de l'abstraction ..... 78
	c) Moment de la réalisation de l'accréditif à paiement différé ..... 80
	d) Compatibilité du paiement anticipé avec les fonctions de paiement, de sûreté et de crédit de l'accréditif, et faculté pour le bénéficiaire d'obtenir du crédit ..... 81
	e) La banque assignée, en payant avant l'échéance, ne se substitue pas au bénéficiaire comme cessionnaire ..... 82
	C. Banque notificatrice domicile de paiement ..... 86
	1. Conséquences de la fraude en cas de paiement anticipé ..... 86
	2. Incidence du comportement de la banque émettrice après examen des documents ..... 88
	D. Conclusion ..... 89
III.	Choix des parties citées dans les mesures provisionnelles en matière de crédit documentaire et de garantie bancaire ..... 90
	A. Généralités; conditions d'octroi des mesures provisionnelles ..... 91
	B. Choix des parties citées et types de mesures envisageables 92

C. Une mesure dirigée contre la banque seule est-elle admissible? .....	94
1. Le contrat de mandat permet-il au donneur d'ordre d'agir contre la banque? .....	96
2. Le droit de procédure impose-t-il au donneur d'ordre de citer obligatoirement le bénéficiaire? .....	99
3. Le bénéficiaire dispose-t-il d'un droit d'être entendu imposant sa présence comme partie citée? .....	104
D. Conclusion .....	108
Bibliographie .....	111

Louis Gaillard

**Les parties à la procédure sur mesure provisionnelle dans une relation de crédit documentaire**

– Commentaire de l'exposé de Nicolas de Gottrau .....	117
---	-----

Luc Thévenoz

<b>Jurisprudence civile récente</b> .....	123
I. Le séquestre d'avoirs bancaires .....	123
II. Rapport entre la banque et les héritiers après le décès du titulaire du compte .....	128
A. Procurations <i>post mortem</i> .....	128
1. Dans les rapports entre les héritiers et la banque .....	129
2. Dans les rapports entre les héritiers et le titulaire de la procuration .....	131
B. Reddition de compte par voie de mesures provisionnelles..	132
III. Rapport entre la banque et l'ayant droit économique .....	133
A. Prête-nom et titularité du compte .....	134
B. L'ayant droit économique en tant qu'organe de fait d'une société de domicile .....	136
Annexe : Extrait de l'arrêt de la Cour de justice civile de Genève du 17 février 2000 dans l'affaire <i>A. c. X. &amp; Cie SA et consorts</i> .....	139

Urs Zulauf et Marc Siegel

**Expérience et pratique de l'autorité de surveillance suisse  
face à l'abus du système financier par des personnes**

<b>politiquement exposées</b> .....	141
I. Introduction: risques pour les banques et la place financière ....	141
II. Les questions clés des fonds de personnes politiquement exposées .....	142
III. Les étapes clés en Suisse de la prévention en matière d'acceptation de fonds de personnes politiquement exposées ..	143
A. Réaction de la Commission des banques au cas Marcos ....	144
B. Réaction de la CFB à l'opération <i>mani pulite</i> .....	144
C. Affaire Mobutu – Codification des règles applicables à l'acceptation de fonds de personnes politiquement exposées dans les directives de la CFB sur le blanchiment .....	145
D. Rapport de la CFB dans l'affaire Abacha .....	145
E. Décision de la CFB dans l'affaire Montesinos .....	147
F. Révision des directives de la CFB sur le blanchiment .....	149
IV. Politique de la CFB concernant les fonds de personnes politiquement exposées corrompues .....	149
V. Définition de la notion de personnes politiquement exposées ..	151
VI. Éléments clés de la diligence requise par rapport aux personnes politiquement exposées .....	153
VII. Problèmes liés à la rupture et à la communication des relations d'affaires avec des personnes politiquement exposées .....	154
A. Rupture de la relation d'affaires sans communication .....	154
B. Communication fondée sur un doute ou un soupçon d'origine criminelle des fonds .....	156
VIII. Aperçu des développements internationaux .....	157
A. Les principes de Wolfsberg .....	158
B. Réactions de différentes autorités de surveillance étrangères suite à la publication du rapport Abacha .....	159
C. Customer Due Diligence Paper du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire .....	160
D. Supervisors' PEP Working Paper 2001 .....	161
E. Effets indirects des événements du 11 septembre 2001 sur la question des fonds de personnes politiquement exposées .....	162

F. Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) .....	163
IX. Conclusion .....	163
Annexe 1: Définitions de la notion de "personne politiquement exposée" .....	165
Annexe 2: Supervisors' PEP Working Paper 2001 .....	167

Christian Bovet

**Lutte contre le terrorisme et autres développements récents  
dans la surveillance des intermédiaires financiers** ..... 171

I. Introduction générale .....	171
II. Lutte contre le financement du terrorisme .....	174
A. USA Patriot Act .....	174
B. GAFI .....	183
C. Interventions des autorités suisses .....	184
III. Autres développements récents .....	192
A. Entraide administrative .....	192
B. Responsabilité de la Confédération .....	195
C. Information relative aux risques .....	196
D. Modification de l'OFP et de l'OFP-CFB .....	198
E. Perspectives .....	199

<b>Table des matières</b> .....	203
---------------------------------	-----