UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Actes de conférence 2007

Published version Open Access

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

Journée 2006 de droit bancaire et financier

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

How to cite

THÉVENOZ, Luc, BOVET, Christian, (eds.). Journée 2006 de droit bancaire et financier. Genève : Schulthess, 2007.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:5639

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

AVANT-PROPOS

Le droit bancaire et financier est en constant renouvellement. Il suffit pour cela de parcourir jour après jour les actualités de notre Centre sur son site internet. Il n'est dès lors pas étonnant que les chroniques et les conférences plus "ciblées" présentées lors de colloques de formation continue constituent une activité importante de mise à jour des connaissances pour de nombreux praticiens. L'édition 2006 de la Journée de droit bancaire et financier ne faillit pas à la tradition.

Les chroniques de *Mario Giovanoli* et de *Vincent Martenet* font ainsi le point de manière systématique sur les plus récents développements en droit privé et de la surveillance. Expert renommé des marchés internationaux, le premier s'intéresse à la jurisprudence relative aux transactions les plus diverses, notamment les sûretés et les opérations de gestion de fortune ou de planification successorale. Enseignant également à l'Université de Lausanne, le Professeur Martenet nous fait partager tant sa connaissance de la réglementation et de la pratique bancaire, que son expertise plus spécifique de membre de la Commission fédérale de la concurrence lorsqu'il nous expose le résultat de l'enquête de cette autorité sur le secteur des cartes de crédit.

L'utilisation de véhicules offshore est relativement fréquente en matière commerciale, patrimoniale et financière. Les motivations des ayants-droit économiques sont diverses, légitimes (limitation de leur responsabilité ou confidentialité) mais aussi illégitimes (corruption, blanchiment, etc.). *Xavier Oberson* aborde cette problématique sous l'angle fiscal, exposant de manière détaillée l'évolution et le récent tournant de la jurisprudence dans ce domaine. Quant à *Luc Thévenoz*, il examine dans une perspective juridique et pratique les effets sur les acteurs financiers de la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts. Enfin, le droit de l'exécution forcée – en particulier les règles sur le séquestre civil – intervient lui aussi dans ce cadre lorsqu'il s'agit de localiser les avoirs bancaires d'un débiteur ; cet aspect est traité ici par *Nicolas Jeandin* et *Saverio Lembo*.

Les travaux préparatoires en vue de l'adoption d'une loi sur la surveillance consolidée des marchés financiers ont pris une nouvelle dimension. Une partie significative de la pratique procédurale de la Commission fédérale des banques devrait continuer à régir les actions de la future FINMA, à la fin de cette décennie. L'exposé détaillé et théâtral d'*Urs Zulauf* sur ce thème est ainsi repris par *Christian Bovet* dans la perspective double de la réforme de la justice fédérale et du projet de loi sur la FINMA.

Comme chaque année, les quelque 350 participants ont vu leur belle fidélité récompensée par le soutien logistique de l'équipe du Centre de droit bancaire

et financier, à savoir *Diana Ivosevic Woollcombe*, *Gervais Muja*, *Anouchka Offenstein*, *Aude Peyrot* et *Ariane Tschopp*. Qu'ils trouvent tous ici l'expression de notre gratitude. C'est l'enthousiasme des participants et l'aide de toutes ces personnes qui nous donnent à nouveau l'envie et le courage d'entreprendre cette aventure.

Christian Bovet Luc Thévenoz

AUTEURS

Christian Bovet est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, où il est aussi membre de la commission de direction du Centre de droit bancaire et financier. Depuis janvier 2005, il assume la vice-présidence du régulateur suisse du marché des télécommunications : la Commission fédérale de la communication (ComCom). Il a pratiqué le barreau pendant plusieurs années comme avocat associé dans un cabinet d'avocats genevois spécialisé en droit des affaires. 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 préside actuellement le Tribunal d'honneur de l'Association suisse des gérants de fortune, la commission spécialisée de la Fédération suisse des avocats "droit de la concurrence", ainsi que le comité scientifique de la Ligue internationale du droit de la concurrence (LIDC). Il siège au comité de la Société suisse des juristes (SSJ).

Mario Giovanoli a enseigné le droit bancaire, monétaire et financier de 1987 à 2007 à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, en qualité de professeur extraordinaire, puis de professeur honoraire et invité. Il est appelé à donner un enseignement de droit monétaire international en automne 2007 à la New York University. L'essentiel de sa carrière professionnelle a été consacré à la Banque des Règlements Internationaux, organisation internationale des banques centrales sise à Bâle, en dernier lieu en tant que Directeur juridique et membre de l'*Executive Committee* (jusqu'en décembre 2005). De 1995 à 2004, il a présidé le MOCOMILA, Comité de droit monétaire de l'International Law Association, dont il demeure membre. Auteur de nombreuses publications notamment en matière de normes financières internationales, paiements internationaux, aspects juridiques de la monnaie, sûretés, fiducie et leasing, il est membre du comité éditorial de la *Revue suisse de droit des affaires* et du Conseil de la Fondation de l'Ombudsman des banques suisses.

Nicolas Jeandin est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève. Membre du département de droit commercial, il enseigne actuellement la procédure civile et l'exécution forcée. Il pratique le barreau comme associé au sein de l'étude Fontanet & Associés à Genève (droit judiciaire, arbitrage, droit des contrats) et a été élu en 2007 membre du Conseil de l'Ordre. Ses publications portent notamment sur les papiers-valeurs, la procédure et le droit de l'insolvabilité ; il est en outre l'un des éditeurs scientifiques et auteurs du *Commentaire romand de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, aux côtés des Professeurs Louis Dallèves et Bénédict Foëx (2005). Il est également juge suppléant

à la Cour de cassation de la République et Canton de Genève, membre du comité de la SchKG-Vereinigung ainsi que du comité de rédaction de la ZZZ (*Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*).

Saverio Lembo est associé dans le cabinet d'avocats Bär & Karrer (Zurich, Genève, Lugano, Zoug et Londres) où il dirige le département judiciaire du bureau genevois. Titulaire d'une licence ès sciences commerciales et industrielles (1989) et d'une licence en droit (1992) de l'Université de Genève, il pratique le barreau dans cette ville depuis plusieurs années. Il a également travaillé un an dans le bureau zurichois de Bär & Karrer (2000) ainsi qu'à Londres, comme *foreign associate* dans le cabinet international d'avocats Slaughter & May (1997). Saverio Lembo est spécialisé dans le contentieux international, les litiges de droit bancaire, le droit pénal des affaires et le droit des poursuites et de la faillite. Bien qu'étant un praticien du droit, il a publié plusieurs articles sur la problématique du séquestre civil et pénal et de la faillite internationale.

Vincent Martenet est professeur à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne et membre de la Commission fédérale de la concurrence (Comco). Il enseigne en outre à l'Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP). Il a pratiqué le barreau pendant plusieurs années à Genève en tant qu'avocat dans un grand cabinet spécialisé en droit des affaires. Il est docteur en droit de l'Université de Genève et titulaire d'un LL.M. de la Faculté de droit de l'Université de Yale. Ses enseignements et recherches portent notamment sur le droit public suisse (droit constitutionnel, droit administratif général et droit public économique), le droit constitutionnel comparé et les droits fondamentaux européens.

Xavier Oberson est professeur de droit fiscal suisse et international à la Faculté de droit de l'Université de Genève depuis 1995. Titulaire d'un DES et d'un doctorat de cette faculté, il a par la suite poursuivi ses recherches aux Etats-Unis à la Harvard Law School où il a obtenu un LL.M. ainsi que le Certificate of International Tax Program. Inscrit au Barreau de Genève, il exerce actuellement aussi en tant qu'avocat au sein de son étude, Oberson & Associés (Genève et Lausanne). Xavier Oberson participe étroitement à diverses associations, commissions d'experts ou fondations actives dans le domaine du droit fiscal. Il a publié de nombreux ouvrages et articles dans le domaine du droit fiscal suisse et international, en particulier *Précis de droit fiscal international*, Berne (Staempfli) 2004 et, en tant que coauteur, *Switzerland in International Tax Law*, 3e édition, Amsterdam (IBFD Publications) 2006, sans oublier le livre standard *Droit fiscal suisse*, 3e édition, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2007.

Luc Thévenoz est professeur à l'Université de Genève et directeur du Centre de droit bancaire et financier. Ses enseignements et ses recherches portent principalement sur le droit des obligations, le droit bancaire et financier, ainsi que la fiducie et les trusts. Il est membre de la Commission fédérale des banques, après avoir siégé au sein de la Commission des offres publiques d'acquisition ainsi que du Tribunal arbitral international pour les comptes en déshérence en Suisse. Il a contribué à divers projets législatifs (loi fédérale sur les titres intermédiés, ratification et mise en oeuvre de la Convention de La Haye sur les trusts, législation sur les avoirs non réclamés) et représente la Suisse dans les travaux en cours de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) relatifs à une convention sur les titres intermédiés. Luc Thévenoz est vice-président du conseil de l'Institut suisse de droit comparé et membre du comité éditorial de la *Revue suisse de droit des affaires*. Il codirige le programme de formation continue de l'Université de Genève et de la Haute école de gestion de Genève en Compliance Management.

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 internationale, 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 d'argent. Depuis 1995, il est coéditeur (avec Luc Thévenoz) du recueil *BF – Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, placements collectifs, assurance et marchés financiers en suisse,* 8e édition, Zurich (Schulthess) 2007, 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

Le séquestre civil et la localisation des avoirs bancaires 21
Nicolas Jeandin & Saverio Lembo

Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye 51
Luc Thévenoz

L'imposition des sociétés dites "offshore" : Un arsenal peu cohérent de mesures disparates 107
Xavier Oberson

Jurisprudence bancaire et financière 2005-2006 en Suisse (droit privé) 129
Mario Giovanoli

Procédure devant la CFB ("enforcement") : drame en cinq actes et épilogue 165
Urs Zulauf

De la CFB 2007 à la FINMA 20.. 197
Christian Bovet

Chronique de la jurisprudence administrative et de la réglementation 219
Vincent Martenet

Réglementation bancaire et financière : inventaire des projets en cours 247

Table des matières 273

ABRÉVIATIONS

ACJC	arrêt de la Cour de justice de Genève
AdC	Autorité de contrôle
AdC-LBA	Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent
AFC	Administration fédérale des contributions
aff.	affaire
AIFD	arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 sur la perception d'un impôt fédéral direct (abrogé)
AJP	Aktuelle juristische Praxis. Voir PJA
al.	alinea
ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681)
Archives	Archives de droit fiscal suisse
art.	article
ASB	Association suisse des banquiers (SwissBanking)
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
AUFIN	voir FINMA
Aufl.	Auflage = édition
BaFib	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts = Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BNS	Banque nationale suisse
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BS	Bâle ville
Bull. CFB	Bulletin de la Commission fédérale des banques
BVI	Iles Vierges Britanniques
c.	considérant
c.	contre
cass. civ.	Cour de Cassation, chambre civile
CC	Card Committee MasterCard
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

CDB	Convention du 2 décembre 2002 relative à l'obligation de diligence des banques
CDBF	Centre de droit bancaire et financier (Genève)
CDI	convention de double-imposition
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
cep.	cependant
CER CN	Commission de l'économie et des redevances du Conseil national
cf.	confer
CFB	Commission fédérale des banques
CFC	controlled foreign companies
ch.	chapitre
CHF	franc suisse
Circ.	circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
Comco	Commission de la concurrence
ComCom	Commission fédérale de la communication
consid.	considérant
COPA	Commission des offres publiques d'acquisition
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
cpr.	comparer
Cst. féd.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer. Voir LIFD
DCEU	Directive concernant la procédure de cotation au segment SWX "Compatible UE" du 27 mai 2005
DCG	Directive SWX concernant les informations relatives à la Corporate Governance du 17 avril 2002
DEC-CFB	Directives de la CFB du 14 décembre 1994 sur les dispositions régissant l'établissement des comptes
DEF	Division d'enquêtes fiscales spéciales de l'AFC
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFF	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de justice et police
dir.	directeur
DMEU	Directive concernant les conditions pour le maintien de la cotation sur le segment SWX "Compatible UE" du 1er novembre 2006

DMIF	Domestic Multilateral Interchange Fee
DPC	Droit et politique de la concurrence en pratique
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
EIMP	loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)
EUR	euro
FAQ	foire aux questions
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FSA	Financial Services Authority (GB)
FStR	IFF Forum für Steuerrecht
GAFI	Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux
GE	Genève
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
i.e.	id est
IAFV	Issuer/Acquirer Forum Visa
IFDS	intermédiaire financier directement soumis
IFRS	International Financial Reporting Standards
IRB	internal ratings-based
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JDBF	Journée de droit bancaire et financier
JdT	Journal des Tribunaux
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes (jusqu'au 1er février 2003)
KAG	Kollektivanlagengesetz. Voir LPCC
LAUFIN	loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FF 2006 2829)
LB	loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBA	loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (RS 955.0)
LBN	loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (RS 951.11)

LBVM	loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)
LCA	loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCart	loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LCC	loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1)
LCD	loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDIP	loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LEg	loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1)
let.	lettre
LFINMA	voir LAUFIN
LFP	loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (RO 1994 2523)
Lfus	loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301)
LHID	loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIA	loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21)
LIFD	loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
lit.	lettre
LLG	loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (RS 211.423.4)
LP	loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPCC	loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LPD	loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPP	loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LSA	loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées (RS 961.01)

LSR	loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (FF 2005 6867)
LTAF	loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTC	loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications (RS 784.10)
LTF	loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTI	projet de loi fédérale sur les titres intermédiés (FF 2006 8919)
LTPF	loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (RS 173.71)
LTrans	loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (RS 152.3)
MIO	million
n.	note
N.	numéro marginal
not.	notamment
NRCP	Nuova rivista di diritto commerciale e processuale
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OAP-LBA	ordonnance de l'AdC LBA du 20 août 2002 concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel (RS 955.20)
OAR	organisme d'autorégulation
OB	ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBA-CFB	ordonnance de la CFB du 18 décembre 2002 en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (RS 955.022)
obs.	observation
OBVM	ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.11)
OBVM-CFB	ordonnance de la CFB du 25 juin 1997 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.193)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFJ	Office fédéral de la justice

OFR	ordonnance du 29 septembre 2006 sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (RS 952.03)
OJ	loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)
OLOGA	ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)
op. cit.	ouvrage cité
OPA	offre publique d'acquisition
OPCC	ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.311)
OPCC-CFB	ordonnance de la CFB du 21 décembre 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.312)
OPCVM	organisme de placement collectif en valeurs mobilières
ORF	ordonnance du 22 février 1910 sur le registre foncier (RS 211.432.1)
OS	ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (RS 961.011)
OSCSE	ordonnance du 3 décembre 2004 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (RS 943.032)
p.	page
p. ex.	par exemple
PA	loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
phr.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle
P-LAUFIN	projet de loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FF 2006 2829)
PME	petites et moyennes entreprises
pp.	pages
PPF	loi fédérale du 15 juin 1934 sur le procédure pénale (RS 312.0)
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
RC	Règlement de cotation SWX du 24 janvier 1996
RC UE	Règlement complémentaire de cotation au segment SWX "Compatible UE" du 27 mai 2005
RCETF	Règlement du Tribunal fédéral du 5 décembre 2006 sur la communication électronique avec les parties et les autorités précédentes (RS 173.110.29)

RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
Rev. crit. dip.	Revue critique de droit international privé
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel des lois fédérales suisses
RP	Règlement de procédure de la SWX Swiss Exchange du 29 mars 2006
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs. Voir DPC
RS	Recueil systématique des lois fédérales suisses
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RUU 500	Règles et usances uniformes 500
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)
SCSE	loi fédérale du 19 décembre 2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (RS 943.03)
SEC	US Securities and Exchange Commission
seco	Secrétariat d'Etat à l'économie
SFA	Swiss Fund Association
SICAF	société d'investissement à capital fixe
SICAV	société d'investissement à capital variable
SJ	La Semaine judiciaire (Genève)
SJZ	Revue suisse de jurisprudence
ss	et suivant(e)s
StE	Der Steuerentscheid
StR	Steuer Revue = Revue fiscale
SUVA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident
Swiss GAAP RPC	Recommandations relatives à la présentation des comptes
SWX	SWX Swiss Exchange
SZW	voir RSDA
t.	tome
TAF	Tribunal administratif fédéral
TCE	Traité établissant une Constitution pour l'Europe, du 24 octobre 2004
TF	Tribunal fédéral (Suisse)

TI	Tessin
trad.	traducteur ou traduction
UBS	Union de Banques Suisses
UCC	Uniform Commercial Code
UCITS	Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities
UE	Union européenne
USD	US dollars = dollars américains
US-GAAP	Generally Accepted Accounting Principles in the United States
v.	versus
vol.	volume
VS	Valais
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren. Voir PA
WEF	World Economic Forum
ZH	Zurich
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

LE SÉQUESTRE CIVIL ET LA LOCALISATION DES AVOIRS BANCAIRES

Nicolas Jeandin & Saverio Lembo*

I. Introduction

Le séquestre, prévu aux articles 271 et suivants LP, a toujours occupé une place non négligeable dans l'activité des tribunaux et des services juridiques des banques, ce qui tient à l'importance de la place financière suisse. Ces mesures mettent aux prises les intérêts divergents des intervenants concernés (créancier, débiteur, banque), ce qui explique l'existence d'une jurisprudence abondante en la matière.

Or, quelques arrêts récents ont été rendus concernant la problématique du séquestre opéré auprès de la succursale d'une banque suisse, soulevant un certain nombre de questions.

Il nous a semblé opportun de procéder à un état des lieux, et de proposer certaines clarifications susceptibles de rassurer le praticien aux prises – parfois – à certaines contradictions ou incertitudes[1].

II. La compétence ratione loci en matière de séquestre

A. Généralités

Le juge compétent pour ordonner le séquestre est le juge du lieu de situation des biens à séquestrer (art. 272 al. 1 LP). Par conséquent, la requête de séquestre doit non seulement stipuler les biens à séquestrer, mais également leur lieu de situation[2].

---

* Nicolas Jeandin, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocat au barreau de Genève. Saverio Lembo, avocat au barreau de Genève, licencié ès sciences commerciales et industrielles à l'Université de Genève. Nous tenons à exprimer nos chaleureux remerciements à Me Héloïse Rordorf pour sa précieuse collaboration dans la préparation de la présente contribution.

1 Cette contribution se limite volontairement au séquestre LP, à l'exclusion d'autres mesures telles que le séquestre pénal ou le blocage d'avoirs bancaires en application de mesures provisionnelles prévues par les règles cantonales de procédure civile.

2 Amonn K. / Walther F., *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Berne (Stämpfli) 2003, § 51 N 37.

Etablir l'existence de biens appartenant au débiteur et leur lieu de situation peut présenter parfois des difficultés pour le créancier séquestrant. C'est pourquoi le degré de preuve exigé n'est que celui de la vraisemblance. Les objets corporels sont généralement désignés par une description et une indication précise de leur lieu de situation, alors que les créances sont désignées par l'indication du nom et de l'adresse du titulaire de la créance ou du tiers débiteur (la banque par exemple) et par des renseignements plausibles sur leur relation. Ainsi l'indication d'une relation bancaire avec un institut déterminé peut suffire tant que l'existence de cette relation bancaire est rendue vraisemblable[3].

Contrairement à la compétence du juge habilité à autoriser le séquestre, qui est expressément prévue par la loi, la compétence de l'office chargé de son exécution découle de la jurisprudence. Ainsi, seul l'office des poursuites du lieu de situation des biens à séquestrer est compétent[4].

Toutefois, le lieu où l'ordonnance de séquestre a été rendue par le juge (le ressort judiciaire) et le lieu où le séquestre sera exécuté par l'office (l'arrondissement de poursuite) ne seront pas toujours identiques. En effet, le ressort judiciaire peut comprendre plusieurs arrondissements de poursuite. De plus, l'objet corporel ou le papier-valeur mentionné dans l'ordonnance de séquestre peut, après que cette dernière a été rendue, avoir été déplacé[5].

Le juge du séquestre, de même que l'office, doivent vérifier d'office leur compétence à raison du lieu[6].

Une ordonnance de séquestre requise par un juge incompétent *ratione loci* est nulle (art. 22 al. 1 LP)[7]. De même, le séquestre de biens qui ne sont pas localisés

---

3 Stoffel W. / Chaboz I., *Commentaire romand – poursuite et faillite*, Bâle / Genève / Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2005, ad art. 272 N 21 ss ; ce point est développé infra sous V.B.1.

4 Ochsner M., "Exécution du séquestre", JdT 2006 II, p. 82 ; ATF 64 III 127, JdT 1939 II 12 ; ATF 80 III 122, JdT 1955 II 114 ; ATF 112 III 115, JdT 1988 II 152, qui relève que la compétence *ratione loci* de l'office des poursuites est déterminée par la combinaison des art. 272 et 274 LP et par l'art. 52 LP ; ATF 114 III 36, JdT 1990 II 144 ; SJ 1995, p. 675.

5 Gilliéron P.-R., *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne (Editions Payot) 2003, ad art. 274 LP N 8.

6 Ochsner (n. 4), p. 82 ; Jeandin N. / Lombardini C., "Le séquestre en Suisse d'avoirs bancaires à l'étranger : fiction ou réalité ?", AJP 2006, p. 96.

7 Amonn / Walther (n. 2), § 51 N 38 ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 969. Contra Ochsner, qui considère que la nullité de l'ordonnance de séquestre découle de l'incompétence de l'office et non du juge. Lorsque le juge du séquestre est incompétent *ratione loci*, l'office qui a exécuté l'ordonnance l'est forcément également. Si l'office donne suite à une ordonnance rendue par un juge incompétent, le débiteur ou le tiers touché dans ses droits devra utiliser la voie de l'opposition à l'ordonnance pour soulever le grief d'incompétence du juge. Subsidiairement, il pourra également utiliser la voie de la plainte et invoquer la nullité du séquestre. Cependant, dans cette deuxième hypothèse, la plainte ne pourra viser que l'incompétence *ratione loci* de l'office et non celle du juge (Ochsner [n. 4], p. 83 ss) ; voir aussi Gilliéron (n. 5), ad art. 274 LP N 8 et 15.

dans l'arrondissement de l'office des poursuites qui doit procéder à l'exécution de celui-ci, même s'il a été ordonné par un juge compétent *ratione loci,* est nul et l'office doit refuser de l'exécuter[8]. La nullité peut être constatée en tout temps par l'autorité de surveillance[9].

Lorsque les actifs à séquestrer sont situés dans différents arrondissements de poursuite, une ordonnance doit être rendue pour chaque arrondissement[10].

B. Biens tangibles

La localisation des objets corporels ne pose pas de problème particulier, puisqu'elle s'opère en fonction du lieu où ils se trouvent physiquement. Le même principe s'applique pour les créances reconnues dans des papiers-valeurs[11], puisque le sort de ces prétentions, sous réserve d'une procédure d'annulation, est intimement lié au titre lui-même. Ces créances sont alors assimilées à des biens tangibles.

C. Biens non tangibles

Les actifs du débiteur séquestré engloberont bien souvent des créances non incorporées dans des papiers-valeurs : ce type d'actifs entre certes dans la catégorie des meubles[12], mais la démarche relève d'une certaine abstraction s'agissant de localiser des actifs sans consistance physique.

C'est en définitive le lieu d'exécution de la créance qui fait office de lieu de situation de celle-ci : de fait, l'exécution est le seul phénomène physiquement perceptible en fonction duquel l'autorité de poursuite puisse exercer une mainmise concrète sur un actif par définition dépourvu de consistance. C'est par conséquent en fonction du lieu d'exécution de la créance que celle-ci sera localisée. Dans

---

8 Ochsner (n. 4), p. 83 ; Gilliéron (n. 5), ad art. 274 LP N 8 ; ATF 109 III 90, JdT 1985 II 142 ; ATF 112 III 115, JdT 1988 II 152 ; ATF 114 III 36, JdT 1990 II 144. L'office peut toutefois transmettre l'ordonnance à l'office compétent pour autant que celui-ci se trouve également dans la juridiction de l'autorité de séquestre, voir à ce propos Ochsner (n. 4), p. 82 et Gilliéron (n. 5), ad art. 275 LP N 27.

9 Ochsner (n. 4), p. 83.

10 Amonn / Walther (n. 2), § 51 N 37 ; Stoffel / Chaboz (n. 3), ad art. 272 LP N 38 ; ATF 112 III 115, JdT 1988 II 152.

11 Stoffel / Chaboz (n. 3), ad art. 272 LP N 38 et 39 ; Jeandin N., "Du nouveau à propos du séquestre LP", *Lettre du Conseil nº 31 de l'Ordre des avocats de Genève*, décembre 2001, p. 113 ; Reiser H., *Kommentar zum Bundesgetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Bâle / Genève / Munich (Helbing & Lichtenhahn) 1998, ad art. 275 LP N 50 ; Staehelin D., "Die internationale Zuständigkeit in SchKG-Sachen", AJP 1995, p. 263 ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 969 ; ATF 88 III 140, JdT 1963 II 47 ; ATF 92 III 20, JdT 1966 II 51 ; ATF 116 III 109, JdT 1992 II 169.

12 Voir les articles 899 et suivants CC qui appliquent les règles du nantissement s'agissant de constituer en gage des "créances et autres droits aliénables".

un arrêt du 7 mars 1905[13], le Tribunal fédéral a admis que les créances d'argent non incorporées dans des papiers-valeurs étaient localisées au domicile de leur titulaire[14]. Il ressort en effet de l'article 74 al. 2 ch. 1 CO, applicable à titre supplétif à défaut de dispositions contractuelles spécifiques, que les dettes d'argent sont des dettes portables[15] : elles doivent par conséquent être séquestrées au domicile de leur titulaire soit, en l'occurrence, auprès du débiteur séquestré[16].

La mise en œuvre d'un tel critère pose des difficultés d'exécution lorsque le titulaire de la créance qu'il s'agit de séquestrer est domicilié à l'étranger : cet actif deviendrait alors situé hors de Suisse, ce qui constitue un obstacle à toute mainmise de la part d'une autorité suisse d'exécution. Un tel constat viendrait contredire l'article 271 al. 1 ch. 4 LP qui envisage précisément le domicile à l'étranger du débiteur comme cas de séquestre[17]. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a très rapidement admis que les créances non incorporées dans des papiers-valeurs et dont le titulaire était domicilié à l'étranger pouvaient être séquestrées au domicile suisse du tiers débiteur (soit, dans la plupart des cas, la banque)[18]. Notre Haute Cour considère que le créancier séquestrant ne doit pas être inutilement privé de la faculté d'agir en Suisse lorsque l'actif visé peut être aisément réalisé par l'entremise des autorités suisses d'exécution, ce qui est le cas d'une créance dont le (tiers) débiteur est domicilié ou a son siège en Suisse : renvoyer le créancier séquestrant à agir auprès d'autorités étrangères serait d'autant moins acceptable que la réalisation d'un tel actif nécessiterait souvent l'intervention des autorités suisses d'exécution auprès du tiers débiteur[19].

D. Les avoirs bancaires en particulier

Ces principes s'appliquent également aux avoirs bancaires pris dans une acception générale. Lorsqu'il s'agira d'avoirs tangibles (objets se trouvant dans un coffre,

---

13 ATF 31 I 200, jurisprudence confirmée notamment dans ATF 64 III 27, JdT 1939 II 12 ; ATF 80 III 122, JdT 1955 II 114 ; ATF 107 III 147 ; ATF 128 III 143.

14 Dans l'ATF 109 III 90, JdT 1985 II 142, le Tribunal fédéral a indiqué que la prétention du débiteur séquestré à sa part de liquidation dans une succession non partagée constituait une créance et devait par conséquent être séquestrée au domicile du débiteur séquestré, et cela également dans l'hypothèse où le patrimoine successoral se trouvait en un autre lieu.

15 Hohl F., *CR-CO*, Genève / Bâle / Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2003, ad art. 74 CO N 7.

16 Kuster M., "Der Arrestort bei Bank- und Postcheckkontoguthaben", SZW 2004, p. 414 ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 970.

17 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 970.

18 ATF 31 I 200, jurisprudence confirmée notamment dans ATF 80 III 122, JdT 1955 II 114 ; ATF 107 III 147 ; ATF 128 III 143. Voir également ATF 122 III 115, JdT 1988 II 152, qui traite du séquestre d'un brevet dont le titulaire est domicilié à l'étranger.

19 Kuster (n. 16), p. 415.

papiers-valeurs), seule l'autorité de séquestre du lieu de situation effective des biens est compétente[20]. Par conséquent, si les avoirs bancaires sont détenus par le siège de la banque, le créancier séquestrant devra s'adresser à l'autorité du lieu du siège ; si les avoirs sont détenus par une succursale, le créancier devra s'adresser à l'autorité du lieu de la succursale[21].

A relever que les actions et les papiers-valeurs peuvent, dans certaines circonstances, être traités non pas comme des objets corporels, mais comme des créances. Dans un arrêt du 2 mars 1976, le Tribunal fédéral a décidé d'abandonner sa jurisprudence en vigueur et a admis que des titres gérés par une banque en Suisse mais déposés physiquement auprès d'un correspondant à l'étranger pouvaient être séquestrés auprès de la banque gérante en Suisse[22]. C'est alors la prétention du client, débiteur séquestré, contre la banque en restitution des papiers-valeurs en garde à l'étranger qui est séquestrée[23]. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu que, dans de telles situations, le séquestre pouvait viser le rapport contractuel banque-client indépendamment du lieu de situation des actifs sous-jacents concernés.

Dans le même sens, Thévenoz relève que les valeurs mobilières matérialisées ne sont, la plupart du temps, pas conservées auprès du siège ou des succursales des banques mais confiées à un dépositaire central (SIS SegaIntersettle), ou après d'une banque correspondante, et devraient par conséquent pouvoir être séquestrées au siège de la banque. Ainsi, pour Thévenoz, seuls les coffres justifient aujourd'hui un for de la poursuite au lieu de la succursale[24].

---

20 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 970.

21 Ainsi, dans l'hypothèse de biens précieux ou de papiers-valeurs détenus dans des coffres bancaires, il conviendra de saisir le juge du lieu du siège de la banque ou de la succursale, dans les locaux de laquelle sont situés les coffres, voir à ce propos Jeanneret V. / De Both J.-Y., "Séquestre international, for du séquestre en matière bancaire et séquestre de biens détenus par des tiers", SJ 2006 II, p. 177.

22 Stoffel / Chaboz (n. 3), ad art. 272 LP N 41 ; ATF 102 III 94, JdT 1977 II 130, dans cet arrêt le Tribunal fédéral s'est rallié à l'opinion de la doctrine dominante, voir notamment : Kleiner B., "Bankdepot-auswärtsliegende Titel und deren Pfändung bzw. Verarrestierung", SJZ 1968 p. 211 ss et Gautschi G., "Im Ausland hinterlegte Wertpapiere im Konkurs, bei Arrestlegung oder Pfändung gegenüber Depotkunden einer Schweizer Bank", SJZ 1969, p. 249 ss.

23 Le Tribunal fédéral note que la prétention du client en restitution des papiers-valeurs en garde à l'étranger peut être séquestrée, "pour peu que le client habite l'étranger". Faudrait-il en conclure que si le client habite en Suisse, un tel séquestre ne serait pas possible ? Nous ne le pensons pas et nous rallions à l'avis de Gilliéron qui indique que la situation ne doit pas être différente si le débiteur séquestré est domicilié en Suisse (Gilliéron P.-R., JdT 1977 II 130, p. 147 note).

24 Thévenoz L., "Le droit bancaire privé suisse 2000-2001", SZW 2001, p. 198 ; voir également Jeandin (n. 11), p. 113.

S'agissant des avoirs bancaires "non tangibles", c'est-à-dire des créances non incorporées dans des papiers-valeurs, la doctrine dominante[25] et le Tribunal fédéral considèrent – comme pour les avoirs non bancaires – qu'ils sont en principe séquestrés au domicile de leur titulaire, soit le débiteur poursuivi[26]. Ce n'est que si ce dernier n'est pas domicilié en Suisse que la créance peut être séquestrée au domicile (suisse) ou au siège (suisse) du tiers débiteur[27].

On doit toutefois se demander si cette distinction revêt encore une réelle signification s'agissant d'avoirs bancaires, à l'instar d'une partie de la doctrine qui suggère que tout avoir bancaire devrait être séquestré en mains de la banque (tiers débitrice), indépendamment de savoir si le débiteur séquestré a son domicile à l'étranger ou non[28]. Dans cette optique, le domicile du débiteur séquestré importe peu et le créancier séquestrant doit requérir le séquestre auprès de l'autorité du lieu du siège de l'établissement bancaire, même dans l'hypothèse où le débiteur est domicilié en Suisse.

Les créances des clients envers les banques sont souvent, d'après les conditions générales de ces dernières, des créances quérables et non portables. A noter toutefois qu'une telle conclusion s'impose déjà du fait que ce sont les clients qui se rendent auprès des guichets des banques afin de procéder à des retraits. Par conséquent, de telles créances sont en réalité situées au domicile du tiers débiteur et doivent être séquestrées non pas au domicile (suisse ou non) du client de la banque mais au lieu du siège de l'établissement bancaire concerné[29]. Cette solution présente des avantages pratiques, notamment celui de centraliser le lieu du séquestre[30].

---

25 Jeanneret / De Both (n. 21), pp. 177 et 178 ; Lembo S., "Le séquestre des comptes des succursales requis au siège de la banque : une porte ouverte au séquestre investigatoire ?", AJP 2003, p. 802 ; Meier-Dieterle F., "Formelles Arrestrecht – Eine Checklist", AJP 1996, p. 1225 ; Peter H., "Le point sur le droit des poursuites et des faillites", SJZ 2001, p. 348 ; Reiser (n. 11), ad art. 275 LP N 55 ; Stoffel / Chaboz (n. 3), ad 272 LP N 40 ; Zondler G., "Schweizer Arrest auf Vermögenswerte im Ausland ?", AJP 2005, p. 573 ; Gilliéron (n. 5), ad art. 272 LP N 39.

26 Principe notamment rappelé dans les ATF 107 III 147 et 128 III 473.

27 On retiendra également le séquestre au siège du tiers débiteur lorsque le débiteur séquestré n'a pas de domicile fixe ou lorsqu'il n'est pas possible de déterminer exactement son domicile (ATF 75 III 25, JdT 1950 II 21 ; ATF 76 III 18, JdT 1951 II 9 ; Gilliéron (n. 5), ad art. 272 LP N 40 ; Reiser (n. 11), ad art. 275 LP N 55).

28 Jeandin N., "Aspects judiciaires relatifs à l'octroi du séquestre", JdT II 2006, pp. 61 et 62 ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 970 ; Kuster (n. 16), pp. 415 et 416.

29 C'est par ailleurs la solution retenue dans l'avant-projet de loi fédérale sur le dépôt et le transfert des titres intermédiés, qui prévoit en son article 19 alinéa 1 que : "lorsque des titres intermédiés font l'objet d'une saisie, d'un séquestre ou d'une autre mesure provisionnelle à l'encontre d'un titulaire de compte, cette mesure est exécutée exclusivement en mains du dépositaire qui tient le compte du titulaire au crédit duquel les titres sont inscrits."

30 Kuster (n. 16), p. 416 ; voir également Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 970.

Kuster[31] évoque, en effet, l'hypothèse d'un débiteur séquestré (domicilié en Suisse) disposant de créances incorporées dans des papiers-valeurs et d'autres non incorporées dans des papiers-valeurs contre une banque X. Le lieu du domicile du débiteur séquestré et le lieu du siège de la banque X, auprès de laquelle les titres sont déposés, ne coïncident pas. Dans une telle situation, si l'on applique la solution retenue par la doctrine dominante et la jurisprudence, le créancier devrait déposer deux demandes de séquestre : une première pour les créances incorporées dans des papiers-valeurs auprès de l'autorité du lieu du siège de la banque, et une deuxième pour les créances non incorporées dans des papiers-valeurs auprès de l'autorité du lieu du domicile suisse du débiteur séquestré. Or, la solution retenue par la doctrine minoritaire permet précisément d'éviter cette solution peu satisfaisante.

III. Le séquestre des avoirs situés, en Suisse, ailleurs qu'au siège de la banque

A. Généralités

Nous ne traiterons, dans l'exposé qui suivra, que des avoirs bancaires non incorporés dans des papiers-valeurs.

En effet, les avoirs bancaires tangibles et les créances bancaires incorporées dans des papiers-valeurs (carnet d'épargne, bons de caisse) ne posent pas de problèmes particuliers. L'autorité compétente est l'autorité du lieu où ceux-ci sont situés. Comme déjà relevé, le séquestre de papiers-valeurs ou d'avoirs bancaires détenus physiquement ailleurs qu'au siège (auprès d'une succursale, auprès d'une agence, auprès d'une filiale) de la banque ne pourra être requis qu'auprès de l'autorité compétente à raison du lieu de situation de ces biens et en aucun cas auprès de l'autorité du lieu du siège de la banque[32].

B. Un bien non tangible peut-il être localisé auprès d'une succursale ?

1. Critère du point de rattachement prépondérant

Dans l'ATF 107 III 147, qui mettait aux prises deux sociétés domiciliées à l'étranger, le Tribunal fédéral a dû trancher la question de savoir si le séquestre d'une garantie de bonne exécution requis auprès du siège genevois de la banque était valable,

---

31 Kuster (n. 16), p. 416.

32 Voir cependant l'ATF 102 III 94, JdT 1977 II 130, dans lequel le Tribunal fédéral a indiqué que des actions ou des papiers-valeurs pouvaient être traités, dans certaines circonstances, comme des créances (voir supra II.D.).

alors que ladite garantie avait été finalement transmise par le siège de Genève à la succursale de Lugano et stipulait que les fonds dus, en vertu de la garantie de bonne exécution, étaient disponibles auprès de la succursale de Lugano.

Le Tribunal fédéral a jugé que le séquestre pouvait être ordonné au domicile ou au siège du tiers débiteur lorsque le débiteur séquestré n'était pas domicilié en Suisse. Toutefois, dans cette seconde hypothèse, le séquestre devait être ordonné auprès de l'autorité du lieu de la succursale et non de celle du siège de la banque s'il portait sur des créances que le débiteur tirait d'affaires traitées avec cette succursale[33]. Il fallait cependant que la localisation des opérations auprès de ladite succursale puisse être opérée "de manière indiscutable"[34].

Le Tribunal fédéral a retenu qu'il existait une présomption selon laquelle la créance était en lien avec le siège de la banque et que les faits, destinés à renverser cette présomption et qui justifiaient l'attachement de la créance à la succursale, devaient être clairement établis[35].

En l'espèce, le Tribunal fédéral a conclu que les éléments du dossier ne permettaient pas d'affirmer de manière catégorique que la garantie bancaire relevait de la sphère d'activité de la succursale plutôt que de celle du siège de la banque. Partant, il a conclu que l'Office des poursuites de Genève était compétent *ratione loci* pour exécuter le séquestre.

2. *Inconvénients pour le créancier séquestrant*

Depuis l'introduction d'un tel critère, le créancier séquestrant qui doit requérir le séquestre d'actifs localisés auprès d'une banque qui dispose de succursales en Suisse voit sa tâche considérablement compliquée. Le créancier se trouve en effet confronté à une nouvelle difficulté, soit déterminer s'il existe avec une succursale de la banque un lien constituant "indubitablement un point de rattachement prépondérant"[36].

Ainsi, dans un ATF 128 III 473 consacré à la mise en œuvre du même critère en relation avec une succursale étrangère (voir infra IV.B.), les avoirs du débiteur séquestré avaient été transférés du siège genevois à la succursale de Jersey. Le Tribunal fédéral a d'abord considéré que, s'agissant d'une succursale étrangère,

---

33 Voir Jeandin / Lombardini (n. 6), pp. 970 et 971. Déjà dans l'ATF 80 III 122, JdT 1955 II 114, le Tribunal fédéral avait retenu qu'une succursale d'une banque pouvait créer un for. Dans l'ATF 112 III 115, JdT 1988 II 152, le Tribunal fédéral précise que "le lieu déterminant pour le séquestre d'une créance est celui où se sont déroulées les opérations (relations d'affaires) qui sont à la base de cette créance".

34 ATF 107 III 147.

35 Voir également BJM 2005, p. 148, consid. c ; Zondler (n. 25), p. 573 ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 971.

36 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 971.

le critère du point de rattachement prépondérant ne s'appliquait pas. Il a néanmoins retenu qu'en tout état de cause, il n'existait "aucun fait justificatif prouvé et constituant indubitablement un point de rattachement prépondérant avec la succursale". Le Tribunal fédéral a considéré, en excluant l'existence d'un tel point de rattachement, que le transfert des avoirs du débiteur séquestré avait été discuté, décidé et organisé au siège de la banque à Genève.

A l'opposé, dans un arrêt du 16 mai 2003[37], le Tribunal fédéral a retenu qu'à la suite du transfert des avoirs du débiteur séquestré du siège de Genève à la succursale zurichoise, la succursale zurichoise était devenue "dépositaire des avoirs à mettre sous mains de justice" : c'était avec elle qu'existaient désormais "les rapports contractuels". Partant, le Tribunal fédéral a confirmé l'incompétence *ratione loci* de l'autorité de séquestre de Genève.

On le voit, le créancier séquestrant est fortement exposé au risque de se tromper dans la détermination de l'existence d'un lien de rattachement prépondérant et – partant – dans la localisation de la créance à séquestrer[38].

Un deuxième désavantage pour le créancier séquestrant réside dans le fait que, dans le cas où les actifs sont localisés auprès de succursales différentes du même établissement bancaire, il doit subir les inconvénients d'agir en plusieurs endroits[39].

A ce stade du raisonnement, il peut paraître souhaitable de permettre au créancier séquestrant d'agir au siège de la banque, même dans l'hypothèse où il y aurait un rattachement prépondérant avec la succursale[40].

C. Extension à la succursale suisse du séquestre exécuté auprès du siège

1. Généralités

Nous aborderons dans ce chapitre la seule problématique liée à l'extension aux succursales suisses du séquestre exécuté auprès du siège de la banque. La problématique liée aux succursales étrangères de la banque sera traitée infra sous IV.

2. Succursale suisse d'une banque suisse

Dans un arrêt du 17 février 1999[41], le Tribunal fédéral a considéré qu'un séquestre notifié au siège de la banque pouvait déployer des effets également auprès des

---

37 TF 5P.55/2003.

38 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 971.

39 Jeandin (n. 11), p. 114 ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 971.

40 Ce point sera traité plus en détails infra sous III.C.2.c.

41 TF 7B.314/1998 in BlSchK 2000, p. 142 ss.

succursales suisses de ladite banque[42]. Il a ainsi confirmé le séquestre ordonné au siège de la banque, soit à Zurich, en dépit du fait que certains des actifs visés par le séquestre relevaient de succursales situées à Genève, soit hors de la compétence de l'autorité de séquestre de Zurich[43].

Le Tribunal fédéral a justifié sa décision en indiquant que les succursales n'avaient pas de personnalité juridique distincte de celle du siège de la banque et que les grandes banques disposaient de systèmes de centralisation des données qui leur permettaient d'obtenir des données relatives aux comptes gérés par leurs succursales[44].

Si la première justification avancée par notre Haute Cour nous paraît pertinente, nous demeurons perplexes en ce qui concerne la seconde.

a) Distinction entre succursale et filiale

La filiale[45] est un sujet de droit à part entière, elle a une personnalité juridique propre et mène une existence distincte de celle du siège principal.

Les succursales, à l'inverse, n'ont pas de personnalité distincte du siège principal[46]. Siège et succursales ne forment ainsi qu'une seule et même entité sur le plan juridique.

Il se justifie donc de faire une différence entre filiales et succursales : le Tribunal fédéral note avec raison qu'il est primordial de déterminer si le débiteur séquestré a traité avec une filiale ou une succursale de la banque[47]. Ainsi, lorsque la créance du débiteur séquestré découle d'une relation bancaire avec une filiale suisse ou étrangère de la banque, le créancier séquestrant n'a pas le choix, il doit requérir le séquestre auprès de l'autorité du lieu du siège de la filiale et ne peut pas agir auprès de l'autorité du lieu de la société mère[48]. Il est en effet exclu d'étendre

---

42 Pour l'année 2005, il existait en Suisse 2308 comptoirs juridiquement indépendants (soit succursales, agences, bureaux de recettes, caisses de dépôts mais pas représentations) de banques ayant leur siège en Suisse. Voir la publication de la BNS, *Les banques suisses*, édition 2005, ch. 48 à 50 (www.snb.ch/f/publikationen/publi.html).

43 Il sied de rappeler que la compétence de l'Office des poursuites de Zurich était fondée sur le fait que le débiteur avait son domicile à Zurich. Dans un arrêt du 14 mai 1999 (ZR 99 (2000) N 39), l'Obergericht de Zurich a suivi le Tribunal fédéral. En revanche, dans un arrêt du 10 janvier 2001 (ZR 100 (2001) N 39) cette même instance a considéré qu'une créance contre une succursale ne pouvait être séquestrée au siège de la banque. Voir également Meier-Dieterle (n. 25), p. 1225 ; Thévenoz L., "Jurisprudence civile récente", *Journée 2001 du droit bancaire et financier*, Berne 2002, p. 124.

44 Lembo (n. 25), p. 802 et 803 ; Thévenoz (n. 43), p. 123 ss ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 971 ; Zondler (n. 25), p. 573.

45 En allemand, les agences sont qualifiées de "*Filialen*" ; il ne faut pas confondre cette notion avec la notion de "filiale" en langue française ("*subsidiary*" en anglais).

46 TF 7B.314/1998 consid. 7.

47 Lembo (n. 25), p. 803 ; TF 7B.36/2002.

48 Piegai J., *La protection du débiteur et des tiers dans le nouveau droit du séquestre*, thèse, Lausanne 1997, p. 158 ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 973.

à une filiale les effets d'un séquestre exécuté auprès de la société mère, puisqu'il s'agit de deux personnes juridiques différentes. En revanche, lorsque la créance du débiteur séquestré découle d'une relation bancaire avec une succursale suisse de la banque, le créancier peut, voire même doit, selon les circonstances, agir directement au siège de la banque.

b) Champ d'application de la jurisprudence du 17 février 1999

Faut-il conclure de l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 1999 que seul le séquestre requis auprès du siège des "grandes banques" aurait des effets sur les succursales de ces banques ? Par ailleurs, faut-il déduire dudit arrêt qu'un système de centralisation des données constituerait une condition *sine qua non* pour requérir le séquestre d'une succursale auprès du siège de la banque ?

Nous ne pensons pas que le Tribunal fédéral n'ait voulu appliquer sa jurisprudence qu'aux "grandes banques"[49]. Tout d'abord, la notion de "grandes banques" est une notion juridique indéterminée, dont l'application conduirait à une insécurité juridique[50]. Ensuite, cela aurait pour conséquence de faire, entre les banques, des distinctions n'ayant pas lieu d'être[51]. De plus, le parallélisme fait entre "grandes banques" et système de centralisation des données ne peut être suivi ; il est surprenant que notre Haute Cour considère que seules les "grandes banques" puissent posséder un système de centralisation des données.

Par ailleurs, même si la pratique observée par les banques démontre qu'elles disposent quasiment toutes d'un système de centralisation des données[52], dans l'hypothèse où une banque, grande ou non, ne disposerait pas d'un tel système, elle devrait procéder au contrôle par d'autres moyens (téléphone, swift, e-mail, fax, etc.). En effet, comme évoqué précédemment, le siège et les succursales constituent une seule et même entité ; par conséquent, le siège de la banque doit être en mesure de fournir des informations sur l'existence et l'état des comptes de sa succursale[53].

En outre, plusieurs dispositions légales imposent aux banques des minima en matière d'organisation et de surveillance. Ainsi, l'article 7 al. 3 de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB) oblige toute banque – grande ou non – qui développe ses activités par le biais de succursales, à se doter d'une organisation adéquate[54]. De plus, l'ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 18 décembre

---

49 Mudry note que les banques cantonales pourraient aussi connaître la même évolution (Mudry F., BlSchK 2000, p. 144).

50 Jeandin (n. 11), p. 114 ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 972.

51 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 972.

52 Voir infra V.A.

53 Lembo (n. 25), p. 804.

54 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 972.

2002 (OBA-CFB) prévoit que les banques doivent se munir d'un système de surveillance informatisé des transactions et des comptes, afin de pouvoir détecter les transactions présentant des risques accrus (art. 12 OBA-CFB). Il va de soi qu'un tel système doit impliquer que le siège puisse contrôler les comptes de ses succursales[55].

Enfin, à partir du moment où la jurisprudence établit que le séquestre d'actifs localisés auprès de succursales peut être notifié au siège de la banque, celle-ci a l'obligation de faire le nécessaire et de se doter d'un système d'information adéquat afin de permettre l'exécution desdits séquestres[56].

Il est donc patent qu'une interprétation de l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 1999 consistant à ériger l'existence d'un système de centralisation de données et le fait que la banque soit une "grande banque" comme des conditions *sine qua non* pour que le créancier puisse requérir directement au siège le séquestre d'un compte ouvert auprès d'une succursale outrepasserait le sens que notre Haute Cour a voulu donner à cet arrêt[57].

c) Extension à des biens localisés auprès de la succursale d'un séquestre exécuté au siège

Comme exposé ci-dessus[58], depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 février 1999[59], le séquestre requis auprès de l'autorité du lieu du siège de la banque déploie ses effets également auprès des succursales de ladite banque. Qu'en est-il alors de l'application du critère du rattachement prépondérant avec la succursale ? Le créancier serait-il dispensé d'agir en fonction de la localisation de l'actif visé auprès de la succursale (critère du rattachement prépondérant) et pourrait-il se contenter d'agir au siège de la banque ?

La doctrine majoritaire répond par l'affirmative[60]. Selon elle, même dans l'hypothèse où il existe un lien de rattachement prépondérant avec une succursale, le créancier séquestrant peut agir auprès de l'autorité du lieu du siège de la banque et requérir le séquestre d'avoirs localisés auprès de ladite succursale. Le créancier a ainsi le choix entre le for suisse du siège ou de la succursale, pour autant que, dans cette seconde hypothèse, les conditions du rattachement prépondérant soient remplies.

Jeanneret / De Both, quant à eux, considèrent qu'en admettant sans restriction la possibilité d'obtenir auprès du siège de la banque le séquestre de comptes

55 Lembo (n. 25), p. 804.
56 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 972.
57 Id.
58 Voir supra III.C.2.
59 TF 7B.314/1998.
60 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 971; Meier-Dieterle (n. 25), pp. 1125 et 1226 ; Peter (n. 25), p. 348.

ouverts auprès de succursales, la doctrine exagère la portée de l'arrêt du 17 février 1999[61].

Le Tribunal fédéral, quant à lui, n'a pas voulu considérer que le critère du point de rattachement prépondérant était tout simplement devenu superflu. Dans deux arrêts[62] postérieurs à celui du 17 février 1999, il a rappelé l'existence du critère du caractère prépondérant et confirmé son application. Dans l'arrêt 5P.55/2003, il a en effet refusé le séquestre ordonné auprès du siège genevois de la banque car celui-ci portait sur des avoirs situés auprès d'une succursale zurichoise de ladite banque avec laquelle il y avait un lien de rattachement prépondérant[63].

Il convient de clarifier la pratique – désormais confuse – suivie par notre Haute Cour et de se rallier à la position de la doctrine majoritaire. Celle-ci est plus favorable au créancier séquestrant, qui n'a pas besoin de rechercher si le débiteur entretient avec telle ou telle succursale des relations bancaires qui présenteraient un lien de rattachement prépondérant par rapport au siège. Cette approche cohérente permettrait de remédier aux désavantages évoqués supra sous B.2. Ainsi, il faut retenir que, même dans l'hypothèse où la localisation des opérations au siège de la succursale est indiscutable, le créancier doit avoir le choix et pouvoir agir soit au for de la succursale, soit au for du siège[64].

Cependant, comme cela sera développé infra sous V.C.1., le créancier séquestrant n'est nullement exonéré de son obligation de rendre vraisemblable l'existence d'actifs à séquestrer, tant en ce qui concerne leur désignation que leur localisation, si bien que cette simplification quant aux modalités du séquestre à raison du lieu ne saurait ouvrir la porte à des séquestres investigatoires.

d) Quid des agences ?

Meier-Dieterle ne semble pas faire de différence entre agence (*Filiale*) et succursale (*Zweigniederlassung*)[65]. Ainsi, selon cet auteur, le séquestre requis auprès

---

61 Jeanneret / De Both (n. 21), p. 179.

62 ATF 128 III 143 et TF 5P.55/2003.

63 Jeanneret / De Both (n. 21), p. 179.

64 Contra : Piegai (n. 48), p. 159, qui souligne qu'étant donné l'autonomie des succursales et afin d'éviter des séquestres génériques abusifs, il se justifie d'exiger deux ordonnances de séquestre distinctes, une pour le siège et une autre pour la succursale.

65 Dans un arrêt du 15 octobre 1954 (ATF 80 III 122, JdT 1955 II 114), alors que la banque séquestrée disposait de succursales, de dépôts et d'agences, le Tribunal fédéral a indiqué que "même si la succursale ou l'établissement de ce genre n'est pas un sujet de droit indépendant et que, par conséquent, la dette ne puisse être l'objet d'une poursuite qu'au siège principal, la succursale peut cependant créer un for". Par conséquent, le Tribunal fédéral a admis que l'Office des poursuites de Bâle-Ville s'était déclaré à bon droit incompétent pour procéder aux actes d'exécution auprès des succursales, agences, etc. de la banque situées hors du canton de Bâle-Ville. Cet arrêt consacre certes une jurisprudence dépassée ; il est toutefois intéressant de voir que le Tribunal fédéral ne fait pas de distinction entre succursales et agences.

du siège de la banque déploie ses effets de la même façon auprès des agences de la banque qu'auprès de ses succursales[66].

De même, dans un arrêt du 16 juin 2004[67], l'autorité de surveillance en matière de poursuite et faillite du canton de Bâle a appliqué la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux succursales, alors que le séquestre avait été requis auprès d'une agence de la banque[68].

Il faut donc retenir avec la doctrine et la jurisprudence qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction entre succursales et agences[69]. Cette solution se justifie d'autant plus que les agences sont moins indépendantes par rapport au siège que ne le sont les succursales. On ne voit donc pas ce qui permettrait d'admettre qu'un séquestre notifié au siège ait des effets auprès des succursales et pas auprès des agences de la banque.

3. *Succursales suisses d'une banque étrangère*

Lorsqu'une banque dont le siège est à l'étranger possède une ou plusieurs succursales en Suisse[70], il est possible de requérir le séquestre de créances du débiteur séquestré auprès des autorités du lieu où est localisée la succursale[71]. Néanmoins, le séquestre ne pourra porter que sur des créances dudit débiteur que ce dernier a acquises contre la succursale (suisse) dans le cadre de relations nouées avec cette dernière[72].

D. Extension au siège de la banque du séquestre exécuté auprès d'une succursale ?

Selon Meier-Dieterle, bien qu'il soit possible de séquestrer au siège de la banque des créances que le client tire de ses relations avec une succursale de ladite banque, l'inverse ne l'est pas : une demande de séquestre requise auprès de l'autorité du lieu du siège d'une succursale ne peut viser des créances détenues par le siège de la banque ou par d'autres succursales[73].

---

66 Meier-Dieterle (n. 25), p. 1225.

67 Décision de l'Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt du Canton de Bâle du 16 juin 2004, in BlSchK 2006, pp. 153 ss.

68 Il ne s'agissait pas d'une succursale au sens strict du terme car elle n'était pas inscrite au Registre du commerce.

69 Voir également dans ce sens Jeanneret / De Both (n. 21), pp. 179 et 180.

70 Pour l'année 2005, il existait en Suisse 28 succursales de banques étrangères. Voir la publication de la BNS, *Les banques suisses* (n. 42), ch. 48.

71 Gillieron (n. 5), ad art. 272 LP N 41.

72 Ochsner (n. 4), p. 85.

73 Meier-Dieterle (n. 25), p. 1126 ; voir également sur ce point Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 973.

On peut certes être tenté de contrer cette opinion en partant de l'idée que l'établissement bancaire forme une entité qu'on peut atteindre "par n'importe quel bout", peu importe qu'il s'agisse du siège ou d'une succursale voire d'une agence : il serait alors possible de séquestrer tous les actifs d'un débiteur au sein de la banque en agissant auprès d'une succursale, pourvu qu'y soit localisé au moins un actif.

L'autorité de surveillance des poursuites du Canton de Genève a d'ailleurs, dans une décision du 30 juin 1957, indiqué qu'un séquestre notifié auprès d'une succursale ne pouvait pas déployer ses effets sur "les actifs dépendant d'une autre succursale que celles qui ont été expressément désignées"[74]. *A contrario,* il devrait être possible de requérir auprès de l'autorité de séquestre du siège d'une succursale le séquestre d'actifs localisés auprès du siège ou d'autres succursales, à condition toutefois que celui-là ou celles-ci soient expressément désignés et que l'existence de biens y soit rendue vraisemblable en application de l'art. 272 LP[75].

Un tel élargissement de la portée de la jurisprudence du 17 février 1999 nous semble aller trop loin. Il s'agit avant tout de pallier les difficultés concrètes induites par l'exception au principe (situation des actifs au siège de la banque, tiers débiteur) découlant de la localisation auprès de la succursale d'avoirs issus de relations contractuelles développées de façon à l'évidence prépondérante avec celle-ci. On dispense le créancier séquestrant d'agir exclusivement auprès de la succursale (le mettant ainsi à l'abri du risque d'une mauvaise appréciation du caractère prépondérant ou non de la relation bancaire avec la succursale) en lui donnant la possibilité d'agir auprès du siège de la banque. Cette polarisation en faveur du siège se conçoit et correspond à une certaine logique, seule la banque étant dotée d'une personnalité juridique. A l'inverse, vouloir attraire auprès d'une succursale des actifs qui n'y sont pas localisés (en application du critère du rattachement prépondérant) revêt un caractère très artificiel et dépourvu de cohérence sur le plan juridique, que le seul but tendant à faciliter la tâche du créancier séquestrant ne saurait justifier.

Nous nous rallions par conséquent à l'opinion de Meier-Dieterle.

---

[74] SJ 1969, p. 239 ss.

[75] La pratique observée par les banques a démontré que 55% des banques transmettaient au siège les ordonnances de séquestre notifiées auprès de leurs succursales suisses (voir infra V.A.).

IV. Séquestre au siège en Suisse d'avoirs situés auprès d'une succursale étrangère

A. Généralités

La question s'est posée, à la lecture de quelques arrêts récents, de savoir dans quelle mesure les principes qui viennent d'être mis en évidence par rapport à des avoirs bancaires situés en Suisse ailleurs qu'au siège de la banque pouvaient être transposés à des actifs que le critère du point de rattachement prépondérant situe auprès d'une succursale étrangère. Les points qui suivent ont été traités de manière exhaustive dans l'article de Jeandin / Lombardini[76]. Par conséquent, nous nous limiterons à un bref résumé et renvoyons pour le surplus à cette contribution.

B. La récente jurisprudence du Tribunal fédéral

Dans un arrêt du 14 février 2001[77], le Tribunal fédéral a étendu aux succursales étrangères sa jurisprudence du 17 février 1999 et a admis que le séquestre requis auprès de l'autorité du lieu du siège de la banque, soit Lugano, puisse s'étendre aux comptes ouverts auprès de la succursale des Bahamas de ladite banque[78].

Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt de principe du 20 août 2002, à savoir l'ATF 128 III 473. Le Tribunal fédéral a, suivant en cela l'avis de plusieurs auteurs[79], retenu que le principe de la localisation de la créance au siège de la succursale, en cas de rattachement prépondérant avec celle-ci, ne se justifiait que si la succursale avait aussi son siège en Suisse[80]. Ainsi ledit principe n'avait pas à s'appliquer lorsque la succursale concernée avait son siège à l'étranger.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a confirmé le séquestre requis au siège de la banque à Genève, alors même que le client séquestré entretenait des relations ban-

---

76 Pour l'année 2005, il existait à l'étranger 77 comptoirs juridiquement indépendants (soit succursales, agences, bureaux de recettes, caisses de dépôts mais pas représentations) de banques ayant leur siège en Suisse. Voir la publication de la BNS, *Les banques suisses* (n. 42), ch. 48 à 50.

77 TF 7B.28/2001.

78 Zondler (n. 25), p. 574.

79 Gauch P., *Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht*, Zurich 1974, N 2164 ; Gassmann R., *Arrest im internationalen Rechtsverkehr*, thèse, Zurich 1998, pp. 54 et 55 ; Staehelin (n. 11), p. 266.

80 Contra : Ochsner semble considérer qu'à teneur de l'ATF 128 III 473, s'il est prouvé et indubitable que les créances du séquestré ont un lien de rattachement prépondérant avec la succursale à l'étranger et que le siège n'est pas intervenu dans les relations entre la succursale à l'étranger et le débiteur séquestré, le séquestre au siège ne peut pas produire d'effet sur ladite succursale (Ochsner [n. 4], p. 85).

caires avec la succursale de Jersey, et que ses avoirs avaient été transférés du siège genevois à ladite succursale[81].

Il ressort de cet arrêt que la créance tirée par le débiteur séquestré de ses relations avec la succursale étrangère d'une banque domiciliée en Suisse doit être localisée au siège de cette dernière[82], alors qu'elle est située auprès de la succursale si l'on applique le critère du rattachement prépondérant.

Le Tribunal fédéral a ainsi introduit la possibilité d'obtenir le séquestre en Suisse d'actifs pourtant situés à l'étranger et clairement exprimé sa volonté de sauvegarder les intérêts des créanciers en Suisse (le fisc en l'occurrence), afin que ceux-ci ne se trouvent pas obligés de plaider devant des juridictions peu familières, ce qui pourrait être le cas si l'exception de la relation prépondérante devait également s'appliquer aux succursales étrangères[83].

Cette jurisprudence ne va pas sans poser plusieurs problèmes et doit être critiquée.

C. Atteinte au principe de territorialité

Selon le principe de la souveraineté territoriale reconnu en droit des gens, il est interdit aux Etats d'accomplir un quelconque acte de souveraineté, tel que la notification d'actes judiciaires, sur le territoire national d'un autre Etat[84].

Dans la pratique suisse, la notification directe d'actes judiciaires en Suisse par une autorité ou une représentation étrangère à des ressortissants suisses ou nationaux d'Etats tiers constitue une atteinte à la souveraineté territoriale de la Suisse. Au vu de cette pratique et du principe de la réciprocité, on ne peut point s'attendre à ce que les autorités d'un Etat étranger tolèrent la remise directe d'actes judiciaires par les autorités suisses à des personnes domiciliées à l'étranger qui ne seraient pas de nationalité suisse.

Il est vrai que si le séquestre porte sur une créance non incorporée dans un papier-valeur, seul est déterminant le lieu où est localisée la créance à séquestrer et non le lieu où le compte est géré. Or de telles créances sont localisées au domicile suisse du débiteur séquestré ou, à défaut, au domicile suisse du tiers débiteur. Ainsi, il ne devrait *a priori* pas y avoir de violation du principe de territorialité en partant du principe que de tels actifs seraient situés en Suisse (ce qui ne sera pas toujours le cas si l'on fait application du critère du rattachement prépondérant)[85].

---

81 Le Tribunal fédéral a subsidiairement constaté qu'en tout état de cause, il n'existait "aucun fait justificatif prouvé et constituant indubitablement un point de rattachement prépondérant" avec la succursale de Jersey.

82 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 973.

83 Lembo (n. 25), p. 804. Voir aussi Zondler (n. 25), p. 574.

84 Caflish L., "La pratique suisse en matière de droit international 2002", RSDIE 2003, p. 460.

85 Lembo (n. 25), pp. 804 et 805.

Toutefois, si l'on se met à la place du Tribunal étranger, on ne peut pas exclure qu'il considère que la jurisprudence du Tribunal fédéral permettant aux autorités suisses d'appréhender des actifs sur son territoire porte atteinte à sa souveraineté dès lors que les mesures d'exécution forcée entreprises auront concrètement des effets sur le territoire de cet Etat. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs clairement indiqué dans un ATF du 15 août 1985 qu' "en raison de sa souveraineté, un Etat ne saurait tolérer qu'une autorité étrangère exerce en son propre nom cette mainmise sur des biens qui se trouvent sur son territoire et relèvent de sa souveraineté"[86].

D. Opposabilité au siège de la confidentialité des données de la succursale

La jurisprudence du Tribunal fédéral paraît utopique dans la mesure où elle présuppose qu'un établissement bancaire suisse pourra aisément s'assurer de l'existence d'actifs situés à l'étranger.

Il est vrai, comme l'a démontré la pratique observée par les banques[87], que certaines banques suisses recourent à des moyens tels que téléphone ou e-mail pour obtenir des données auprès de leurs succursales étrangères. Il est même apparu que certaines banques disposaient d'un système de centralisation des données englobant également leurs succursales étrangères. Cependant, il est plus que probable que cette réalité ne soit pas celle de la majorité des banques, et que la plupart des banques ne puissent pas aisément rechercher des données auprès de leurs succursales étrangères.

De plus, les ordres juridiques étrangers connaissent généralement un régime de confidentialité des données bancaires et une réglementation en matière de protection des données qui peuvent empêcher les succursales étrangères de communiquer des données concernant les clients desdites succursales à leur siège en Suisse[88]. Dans ce cas, l'application de la solution préconisée par le Tribunal fédéral conduirait tout simplement à une violation du droit étranger, notamment des règles en matière de secret bancaire[89].

Il est par ailleurs intéressant de relever que l'article 2 al. 1 LB soumet la succursale d'une banque étrangère sise en Suisse à la LB, notamment à l'article 47 LB. Par conséquent, la doctrine considère que la succursale suisse ne sera pas autorisée à

---

86 SJ 1985 p. 538 ss ; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 977.

87 Voir infra V.A.

88 Zondler (n. 25), p. 575 ss ; Jeandin / Lombardini (n.6), p. 975.

89 Cette problématique de la compatibilité avec le droit étranger n'est d'ailleurs pas restée indifférente à la Commission fédérale des banques qui, dans l'ordonnance en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 18 décembre 2002, a prévu en son article 3 al. 3 que le blocage des avoirs, notamment auprès des succursales étrangères de banques suisses, était régi par les dispositions du pays d'accueil ; voir à ce propos Lembo (n. 25), p. 805.

communiquer des informations sur ses clients au siège de la banque qui se trouve à l'étranger.

Même la Commission fédérale des banques, qui, tout d'abord, considérait que la succursale suisse ne pouvait pas opposer aux organes de la banque étrangère le secret bancaire, car celle-là était juridiquement intégrée à celle-ci, a modéré son point de vue et admet dorénavant que seuls les "renseignements répondant à des motifs impérieux de surveillance" peuvent être divulgués[90].

Ainsi, la thèse retenue par la jurisprudence, selon laquelle l'organisation des banques permet à ces dernières d'avoir la maîtrise sur les données en main des succursales, est sans doute valable sur le plan interne suisse, mais ne peut certainement pas être transposée purement et simplement aux relations entre le siège en Suisse et les succursales à l'étranger[91].

E. Risque de double paiement pour la banque

En droit suisse, la solution est claire, le séquestre de biens permet ou plutôt oblige la banque débitrice à refuser de s'exécuter en mains de son client, le débiteur séquestré. En effet, si des biens séquestrés auprès d'une banque ou d'une succursale suisse de cette banque sont transférés, l'auteur du transfert, voire même la banque (art. 100quater al. 1 CP) peuvent être inculpés d'infraction à l'article 169 CP, qui stipule que "celui qui, de manière à causer un dommage à ses créanciers, aura arbitrairement disposé d'une valeur patrimoniale saisie ou séquestrée sera puni de l'emprisonnement"[92].

Toutefois, une ordonnance de séquestre suisse ne permettra pas forcément à la succursale étrangère de refuser la prestation au client créancier (débiteur séquestré).

En effet, lorsque les biens séquestrés seront localisés auprès d'une succursale étrangère de la banque suisse, ce ne sera très vraisemblablement pas le droit suisse qui s'appliquera. Les conditions générales de la succursale étrangère prévoiront, dans la plupart des cas, que le rapport juridique entre le client, débiteur séquestré,

---

90 Rappo A. J., *Le secret bancaire, sa portée dans le temps, dans l'espace et dans les groupes de sociétés*, Berne (Stämpfli) 2002, N 460; Aubert M. / Béguin P.-A. / Bernasconi P. / Graziano-von Burg J. / Schwob R. / Treuilaud R., *Le secret bancaire suisse*, Berne (Stämpfli) 1995, p. 428 ss; Lombardini C., *Droit bancaire suisse*, Zurich / Bâle / Genève (Schulthess) 2002, chapitre XXXI N 36 et N 462, qui considère que la transmission d'informations doit être indispensable et ne doit pas violer inutilement le secret bancaire.

91 Zondler (n. 25), p. 576; Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 975.

92 L'art. 169 CP s'applique également aux créances. Voir à ce propos l'extrait du Message du Conseil fédéral qui dit: "Telle que définie actuellement, l'infraction porte sur des "objets" mis sous mains de la justice à divers titres. Il peut s'agir de choses corporelles, mais aussi de créances. Afin que cet élément ressorte plus clairement, nous proposons de parler dorénavant de valeurs patrimoniales (*Vermögenswerte*), au lieu d'objets (*Sachen*)" (FF 1991 II 1039).

et ladite succursale sera soumis au droit applicable au lieu de la succursale et que les tribunaux compétents seront ceux du lieu de la succursale. Ainsi, lesdits tribunaux (étrangers) saisis, qui devront statuer sur la requête d'un client tendant au transfert d'avoirs séquestrés par la succursale étrangère selon une ordonnance de séquestre notifiée au siège de la banque en Suisse, appliqueront non pas le droit suisse mais leur propre droit. Or, dans un tel cas, la succursale étrangère se verra condamnée à s'exécuter en mains du client séquestré sans qu'il ne lui soit possible de se prévaloir d'une ordonnance de séquestre prononcée en Suisse[93].

Or, si par la suite la procédure de validation du séquestre aboutit en Suisse, la banque pourrait être tenue de s'exécuter une deuxième fois en main de l'Office, sans pouvoir invoquer le paiement fait par sa succursale étrangère[94].

Dans le sens inverse, si la procédure de validation du séquestre intentée en Suisse aboutit avant la procédure judicaire intentée à l'étranger, le paiement effectué par la banque suisse à l'Office des poursuites ne sera pas considéré comme libératoire et la succursale étrangère pourra néanmoins se voir condamnée par les tribunaux de son pays à effectuer un second paiement en main du client séquestré.

Dans ces deux hypothèses, la banque suisse est confrontée au risque de double paiement. Pour toutes ces raisons, le séquestre de tels avoirs ne saurait être ordonné par une autorité de séquestre en Suisse, ni "exécuté" par un office en Suisse.

V. Constats issus de la pratique bancaire, problèmes et solutions

A. Pratique observée par les banques

Les auteurs de cette contribution ont jugé utile de s'adresser à divers établissements bancaires ayant leur siège en Suisse afin d'avoir une idée plus précise de la pratique en vigueur dans certains établissements bancaires et des problèmes posés par la mise en œuvre des jurisprudences qui viennent d'être évoquées. Cette enquête, à laquelle ont répondu une douzaine parmi les établissements consultés, démontre que la pratique n'est pas uniforme. Elle partait de l'hypothèse que l'ordonnance de séquestre était libellée de manière très large, un peu à l'image de ce qui se pratique à Genève[95]. Aucune succursale n'était mentionnée dans l'ordonnance.

---

93 Jeandin / Lombardini (n. 6), pp. 975 et 976.

94 Jeandin / Lombardini (n. 6), p. 978.

95 Voir infra V.B.1. libellé d'une ordonnance de séquestre dans le canton de Genève.

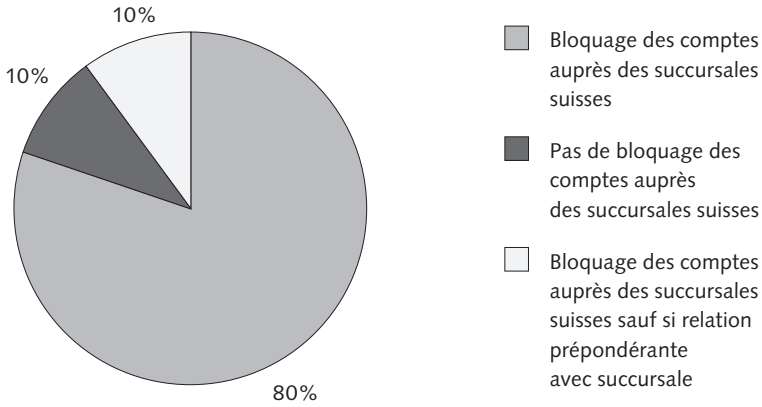


Schéma 1 – Ordonnance de séquestre notifiée au siège suisse de la banque

Il apparaît que 90% des banques consultées ont indiqué que, lorsqu'une ordonnance de séquestre était notifiée à leur siège, elles recherchaient également si le client séquestré disposait d'un ou de plusieurs comptes auprès de leurs succursales suisses et, le cas échéant, bloquaient le ou lesdits comptes (Schéma 1). Elles agissaient ainsi dans l'hypothèse où le client séquestré avait un compte ouvert auprès du siège, mais également dans l'hypothèse où ce dernier n'avait pas de compte ouvert auprès du siège.

L'une d'entre elles a toutefois précisé qu'elle ne bloquait pas les éventuels comptes du débiteur séquestré auprès de ses succursales suisses s'il existait un lien de rattachement prépondérant avec lesdites succursales.

Par ailleurs, 14% des banques ont reconnu que, dans une situation semblable, elles recherchaient si le client séquestré disposait de comptes auprès de leurs succursales étrangères et le cas échéant bloquaient ledit ou lesdits comptes. 72% des banques ont nié se livrer à une telle pratique (Schéma 2). 14% des banques interrogées ont toutefois indiqué qu'elles procédaient à de telles recherches, mais seulement s'il y avait, dans l'ordonnance de séquestre, une référence expresse à leurs succursales étrangères.

Enfin, 55% des banques ont indiqué que, lorsqu'une ordonnance de séquestre était notifiée auprès de l'une de leurs succursales suisses, elles transmettaient

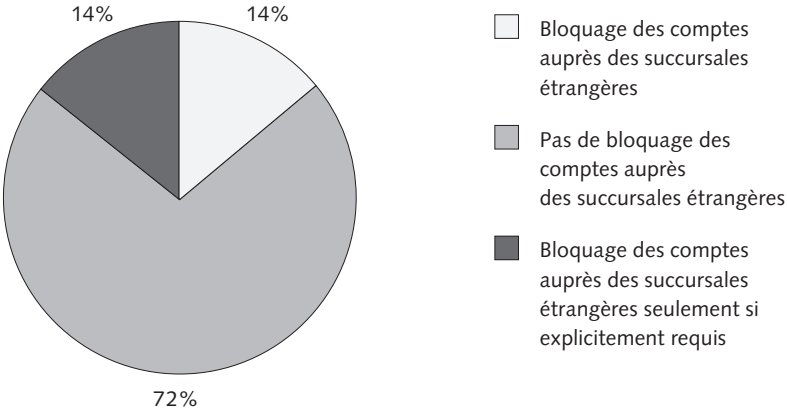


Schéma 2 – Ordonnance de séquestre notifiée au siège suisse de la banque

ladite ordonnance à leur siège en Suisse et bloquaient les éventuels comptes que le client séquestré pouvait avoir auprès de leur siège ou auprès d'autres succursales suisses (Schéma 3).

Alors même que la pratique des banques en relation avec leurs succursales est loin de faire l'unanimité, en ce qui concerne leurs filiales, la pratique des banques présente un consensus total. En effet, toutes les banques ont reconnu que lorsqu'une ordonnance de séquestre était notifiée à leur siège, elles ne recherchaient pas si le client séquestré disposait de comptes auprès de leurs filiales suisses ou étrangères.

Enfin, concernant les moyens à disposition des banques pour effectuer des recherches auprès de leurs succursales en Suisse, toutes les banques interrogées ont indiqué qu'elles disposaient d'un système de centralisation des données. Les moyens à disposition des banques pour effectuer des recherches auprès de leurs succursales à l'étranger sont plus éclectiques. Seules trois banques ont répondu. Alors que l'une dispose d'un système de centralisation des données qui englobe également ses succursales à l'étranger, les deux autres se renseignent par le biais du téléphone pour l'une, par le biais de courriel pour l'autre.

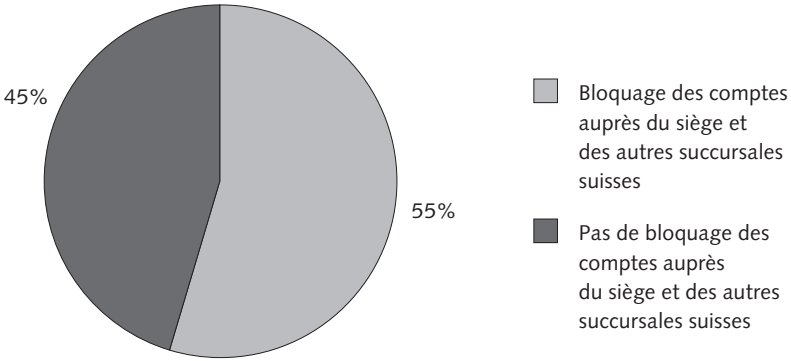


Schéma 3 – Ordonnance de séquestre notifiée auprès d'une succursale suisse de la banque

B. Problématique du séquestre investigatoire

Dans la plupart des cas, le créancier séquestrant ignorera où se trouvent précisément les biens à séquestrer. Il devra donc requérir le séquestre en mains de plusieurs banques, voire en mains de plusieurs succursales de la même banque. Dans certains cas, il sera également obligé de requérir plusieurs séquestres auprès de juridictions différentes, en fonction de la situation géographique des banques qu'il soupçonne être détentrices des actifs du débiteur séquestré[96].

1. Distinction entre séquestre investigatoire et séquestre générique

Comme évoqué supra sous II.A., la description précise des biens à séquestrer peut parfois présenter des difficultés au créancier ou ne pas être possible. Ainsi, lorsque le séquestre doit s'appliquer à des avoirs bancaires, la jurisprudence autorise que les biens soient désignés par leur genre (séquestre générique) du moment que le débiteur indique le lieu où les biens, et le cas échéant leur détenteur, se trouvent[97].

---

96 Ochsner (n. 4), p. 84.

97 Stoffel / Chaboz (n. 3), ad art. 272 LP N 29 ; Meier-Dieterle (n. 25), p. 1418 ; Lembo (n. 25), p. 805 ; Amonn / Walther (n. 2), § 51 N 34 ss ; TF 7B.314/1998 ; TF 5C.291/2001 ; TF 7B.130/2001. La jurisprudence admet ce principe depuis longtemps déjà (ATF 56 III 44).

A Genève, une ordonnance de séquestre notifiée à une banque Y et visant les avoirs de Monsieur X est formulée comme suit :

> "Toutes espèces, valeurs, titres, créances et autres biens de quelque nature qu'ils soient ;
> En comptes, dépôts ou coffres-forts ;
> Sous son nom propre, désignation conventionnelle ou numérique, appartenant à Monsieur X,
> Déposés en mains de banque Y, [adresse de la banque Y]"[98].

Le séquestre investigatoire se distingue du séquestre générique par le but qu'il poursuit. Il s'agit d'un séquestre requis sans indices concrets de l'existence de biens auprès d'une banque. Dans un tel cas, la mesure est recherchée non pas pour protéger les intérêts menacés du créancier séquestrant, mais pour obtenir des renseignements sur le débiteur séquestré[99].

Le souci d'éviter des séquestres investigatoires était l'une des préoccupations majeures du législateur lors de la révision de la LP de 1997. En effet, le Conseil fédéral indique dans son Message que "jusqu'à présent le droit en vigueur et la jurisprudence n'ont pas donné satisfaction. (…) On a souvent déploré des séquestres génériques ou investigatoires". Et le Conseil fédéral d'ajouter que "désormais, le créancier devra rendre vraisemblable non seulement le cas de séquestre (art. 271 LP) et l'existence de sa créance, mais aussi que les biens appartenant au débiteur se trouvent dans l'arrondissement du juge qui ordonne le séquestre. Cela permettra d'empêcher efficacement les séquestres génériques ou investigatoires non autorisés"[100].

2. *Concrétisation du risque*

Le risque de séquestre investigatoire peut être illustré par l'hypothèse suivante[101] : la banque X disposant d'un siège à Genève se voit notifier une ordonnance de

---

98 La formule utilisée à Zurich ne présente pas de différence significative par rapport à la formule genevoise : "Sämtliche Guthaben und Forderungen der Arrestschuldner, bei (Ihrer Bank) (Anschrift der Bank), (auch soweit künftig fällig werdend) in in- und ausländischer Währung, einschliesslich Barschaften, Kontokorrentguthaben, Metalldepots und Metallkonti, Wertschriften (auch soweit bei anderen/ausländischen Korrespondenten deponiert), Forderungen aus Termintransaktionen, Treuhandforderungen, Zahlungsansprüche unter Akkreditiven, Garantien und/oder Bürgschaften, Safe- und Depotinhalte (sofern sie die vorerwähnten Vermögenswerte enthalten), Herausgabe- und Ablieferungsansprüche aller Art, alles soweit verarrestierbar, bis zur Deckung der Arrestforderung nebst Kosten."

99 Lembo (n. 25), p. 805 ; Stoffel / Chaboz (n. 3), ad art. 272 LP N 32 et références citées ; ATF 126 III 95, JdT 2000 II 35. A propos du séquestre investigatoire, voir également Gilliéron P.-R., "Le séquestre investigatoire : mythe ou réalité", ZSR 1987, p. 142 ss.

100 FF 1991 III 187 ss, voir également Stoffel W., "Das neue Arrestrecht", AJP 1996, p. 1408.

101 Voir également l'hypothèse soulevée par Lembo (n. 25), p. 806.

séquestre visant les avoirs de Monsieur Z sur le compte A ouvert auprès de ladite banque et, selon la formule consacrée, "tous autres biens de quelque nature qu'ils soient". Lors de sa recherche, la banque X ne trouve pas d'avoirs sur le compte A auprès du siège genevois, mais découvre que Monsieur Z possède des avoirs auprès d'un compte B ouvert auprès de sa succursale de Lugano. Dans une telle situation, en procédant à une interprétation extensive de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de séquestres génériques, et à retenir qu'il n'y a pas de lien de rattachement prépondérant avec la succursale de Lugano, la banque X devra bloquer le compte B, alors même que le créancier ignorait très probablement l'existence d'avoirs auprès de la succursale de Lugano. Il pourrait en aller de même avec un compte C ouvert auprès de la succursale aux Bahamas de ladite banque…

Ainsi, la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral oblige la banque au siège de laquelle est notifié un séquestre non seulement à vérifier l'existence d'éventuels comptes (et, le cas échéant, à bloquer les avoirs figurant sur lesdits comptes) que pourrait avoir le débiteur séquestré auprès des succursales suisses avec lesquelles aucun lien de rattachement prépondérant n'existe[102], mais également auprès de toutes les succursales à l'étranger[103], cela alors même que le créancier séquestrant ignore l'existence de ces différents comptes du débiteur séquestré[104]. Cette solution ouvre indubitablement la porte au séquestre investigatoire.

C. Solutions proposées

Les développements qui précèdent démontrent que la récente évolution suivie par la jurisprudence du Tribunal fédéral quant à la localisation des biens à séquestrer est source d'incertitude et de confusion, ce qui peut mener à des pratiques divergentes d'une banque à l'autre. Or, à y regarder de plus près, notre réglementation actuelle offre les outils nécessaires et suffisants aux responsables des services juridiques des banques, parfois confrontés à des situations difficiles, pour adopter une ligne de conduite à la fois claire et propre à mettre la banque à l'abri du risque lié au non-respect d'une injonction de l'office en charge de l'exécution d'un séquestre, ou au contraire d'un zèle excessif qui la mettrait en porte-à-faux avec son client.

---

102 Si on retient l'opinion de la doctrine majoritaire, qui considère qu'un séquestre requis auprès du siège de la banque déploie ses effets auprès des succursales de ladite banque, même s'il existe un lien de rattachement prépondérant avec celle-ci, la banque devrait procéder à des recherches auprès de toutes ses succursales suisses (voir supra III.C.2.c.).

103 Le critère du point de rattachement prépondérant ne s'appliquerait pas aux succursales étrangères selon le Tribunal fédéral (voir supra IV.B.).

104 Il convient de rappeler que ces principes ne sont applicables qu'à l'égard des créances bancaires non incorporées dans des papiers-valeurs. Ainsi, il n'est pas possible de requérir auprès du juge du lieu du siège de la banque le séquestre des biens meubles ou de papiers-valeurs situés physiquement auprès d'une succursale de ladite banque.

1. *Le fardeau de la désignation des biens*

Il convient de ne pas perdre de vue le fardeau imposé au créancier qui requiert le séquestre par l'article 272 al. 1 ch. 3 LP : outre l'existence de la créance et la réalisation des conditions constitutives d'un cas de séquestre, le créancier doit rendre vraisemblable "qu'il existe des biens appartenant au débiteur". Afin d'éviter tout séquestre investigatoire, il convient d'exiger que la requête de séquestre désigne expressément la ou les succursales visées et y rende vraisemblable l'existence d'avoirs séquestrables[105]. Le séquestre a pour particularité qu'il incombe au créancier, et à lui seul, de désigner les biens à séquestrer (contrairement à ce qui prévaut en matière de saisie). Ni le juge, ni l'office, ni la banque, tiers séquestré, n'ont à se substituer au créancier.

Ainsi, le créancier séquestrant ne pourra se contenter de faire référence au seul siège de la banque et s'attendre à ce que cette dernière procède spontanément à des recherches auprès de toutes ses succursales en vue de séquestrer des actifs issus de relations revêtant un rattachement prépondérant avec la succursale.

La banque se contentera (elle n'a d'autre choix, sous peine de violer ses obligations de mandataire) de respecter le champ de l'ordonnance de séquestre exécutée par l'office, et ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir "fait du zèle" en étendant spontanément le séquestre à des actifs situés en dehors du champ géographique délimité par l'ordonnance.

2. *Le juge, filtre préalable*

Le juge en charge de se prononcer sur une demande de séquestre doit examiner de près le respect par le créancier de son fardeau de désignation des biens.

Or, en pratique, le juge du séquestre a parfois tendance à négliger l'examen de cette question, outrepassant notamment la limite entre séquestre générique et séquestre investigatoire : il suffit bien souvent pour le créancier de mentionner l'existence d'une seule relation bancaire pour que l'ordonnance de séquestre autorise une exécution "à large spectre", portant sur l'ensemble des avoirs bancaires détenus par le débiteur auprès de l'établissement visé[106]. Ainsi les banques se trouvent parfois confrontées à des ordonnances de séquestre mentionnant pour seule relation un compte qui soit n'existe pas, soit appartient à un tiers sans que n'apparaisse un quelconque lien entre ce titulaire et le débiteur séquestré. La

---

[105] Jeandin (n. 11), p. 115 ; dans un arrêt du 14 mai 1999, le Tribunal supérieur de Zurich a ainsi admis une requête de séquestre portant sur tous les avoirs détenus par la banque auprès du siège de cette dernière ainsi qu'auprès de ses 17 succursales zurichoises (ZR 99 [2000] N 39).

[106] Ce constat est d'autant plus frappant lorsque, comme à Genève, l'ordonnance de séquestre destinée à être transmise à l'Office pour exécution est rédigée par le créancier requérant lui-même, lequel procède à des désignations du type "[...] de même que tous autres biens de quelque nature que ce soit déposés en main de Banque X".

banque doit-elle bloquer cet avoir ? Pire encore, doit-elle procéder au blocage d'autres actifs qui appartiennent au débiteur séquestré, en vertu des principes applicables au séquestre générique, ce qui dans un cas de ce type est particulièrement gênant puisque le créancier réussit de la sorte à obtenir un séquestre générique sur la base d'un début de vraisemblance sans consistance (à savoir la mention d'un actif hors du champ visé à l'article 272 al. 1 ch. 3 LP) ?

C'est dire que l'autorité de séquestre doit se montrer exigeante lorsqu'il s'agit d'apprécier la vraisemblance des seuls actifs décrits avec une apparence de précision par le créancier séquestrant. Il incombe au juge d'apprécier dans quelle mesure le créancier a satisfait à son obligation de désigner avec suffisamment de précision les biens à séquestrer. En particulier, la seule désignation des succursales concernées ne saurait suffire ; il faut encore que le créancier apporte des indices de l'existence des avoirs auprès desdites succursales[107].

3. L'importance de la localisation des biens

L'ordonnance de séquestre doit mentionner les biens à séquestrer, ce qui présuppose que ceux-ci soient localisés. Cette exigence découle de la loi : l'article 272 al. 1 LP précise en effet que le séquestre "est autorisé par le juge du lieu où se trouvent les biens". Outre qu'elle est un préalable à la compétence *ratione loci* de l'autorité de séquestre, cette exigence contribue aussi à clarifier le champ d'application de l'ordonnance de séquestre lorsqu'elle vise des avoirs bancaires. Le service juridique de la banque, tiers séquestré, doit pouvoir déterminer le champ géographique des avoirs visés : s'agit-il du siège de la banque, de telle ou telle succursale, voire des deux ? On ne saurait imposer au siège de la banque le séquestre d'avoirs situés auprès d'une succursale (en Suisse) si l'ordonnance de séquestre ne le précise pas. En d'autres termes, à défaut de précisions qui doivent alors ressortir explicitement de l'ordonnance, le siège de la banque auprès duquel le séquestre est exécuté ne saurait étendre la portée de cette mesure à des actifs situés en dehors du siège, c'est-à-dire auprès des succursales[108]. Et vice-versa.

De plus, la portée d'un séquestre générique s'étend au lieu de situation de l'actif dont la désignation a permis au juge de retenir la vraisemblance de l'existence de biens appartenant au débiteur ; en étendre la portée au-delà (par exemple à telle ou telle succursale alors que le seul bien désigné est situé au siège) reviendrait à

---

[107] Lembo (n. 25), p. 806 et 807, qui note que cette solution est conforme à l'art. 272 al. 1 ch. 3 LP ; Thevenoz indique qu'afin d'éviter toute forme de séquestre exploratoire, le créancier doit rendre vraisemblable l'existence de relations d'affaires du débiteur avec le siège ou avec plusieurs succursales situées dans plusieurs arrondissements judiciaires et dont le créancier séquestrant entend requérir le séquestre (Thevenoz [n. 43], p. 127).

[108] Cela vaut *a fortiori* si la succursale se trouve à l'étranger, ou encore à l'égard des filiales où qu'elles se trouvent.

admettre le séquestre investigatoire, ce qui est contraire à la jurisprudence. Une telle ordonnance – que l'office devra exécuter néanmoins et devant laquelle la banque (tiers séquestré) n'aura d'autre choix que de s'incliner – devrait indubitablement être contestée par la voie de l'opposition (article 278 LP), à l'initiative du débiteur, voire à celle de la banque elle-même, pour autant que cette dernière soit touchée dans ses droits et puisse invoquer un intérêt digne de protection[109].

4. La réelle portée des règles visant à faciliter la mise en œuvre du séquestre d'avoirs bancaires

A bien y réfléchir, il importe de ne pas se méprendre sur la portée des règles prévalant en matière de localisation d'avoirs bancaires et tendant à faciliter la mise en œuvre d'un séquestre. La jurisprudence du 17 février 1999 tend finalement à rendre plus aisée l'exécution d'un séquestre, laquelle peut désormais – s'agissant d'avoirs bancaires non tangibles – être centralisée à partir du siège de la banque alors qu'elle toucherait également des biens situés auprès de telle ou telle succursale en Suisse.

Cet assouplissement ne change rien au fardeau de la désignation des biens incombant au créancier, lequel doit notamment situer les biens sur lesquels il entend exercer sa mainmise sous peine de les exclure du champ du séquestre.

De même, le devoir du juge de s'assurer de la réalisation des conditions prévues en la matière par l'article 272 al. 1 ch. 3 LP (notamment) est inchangé, tout comme son devoir de libeller l'ordonnance de séquestre avec la précision nécessaire.

Quant à la banque, elle se doit de se conformer au libellé de l'ordonnance exécutée par l'office et ne saurait aller au-delà ; en particulier, à défaut de spécifications particulières, la banque devra partir du principe que le séquestre porte exclusivement sur les biens localisés au sein de l'entité auprès de laquelle le séquestre est exécuté, à l'exclusion de tout autre actif[110]. Toute autre approche serait source de confusion et pourrait exposer la banque à des actions en responsabilité de la part de ses clients.

---

109 Selon Stoffel, l'opposant doit pouvoir invoquer un préjudice qualifié. Le tiers débiteur qui ne peut plus s'acquitter avec effet libératoire en mains de son créancier ne subira guère d'atteinte qualifiée à ses droits. Une atteinte qualifiée devra en revanche être retenue lorsque le séquestre porte atteinte à l'activité commerciale du tiers en lui rendant plus difficile voire impossible de satisfaire à ses obligations contractuelles non seulement à l'égard du débiteur séquestré, mais également à l'égard des autres partenaires commerciaux. Ainsi, dans l'hypothèse d'une banque touchée par une ordonnance de séquestre formulée de façon imprécise et portant sur des accréditifs, on pourrait admettre la qualité pour faire opposition de la banque (Stoffel W., "Le séquestre", in *La loi révisée sur la poursuite pour dettes et la faillite*, CEDIDAC Lausanne 1997, pp. 292 et 293).

110 A défaut de précision, un séquestre exécuté auprès du siège ne saurait porter sur les biens situés auprès de telle ou telle succursale.

VI. Conclusion

Nous pensons avoir démontré que le séquestre portant sur des avoirs bancaires, en particuliers les avoirs non tangibles, soulevait des problèmes épineux tenant d'une part à l'abstraction inhérente à la localisation d'avoirs qui, par définition, n'ont aucune matérialité, et d'autre part à l'organisation des établissements bancaires.

Il est admis qu'en matière d'avoirs bancaires, la créance est séquestrée au siège du tiers débiteur. Ceci a toujours prévalu lorsque le débiteur séquestré a son domicile à l'étranger et pourrait aujourd'hui prévaloir dans tous les cas puisque ces créances sont devenues des dettes quérables, notamment par le biais des conditions générales imposées par les banques.

Une exception peut être faite en faveur de la succursale (tout comme de l'agence) lorsque prévaut un rattachement prépondérant avec cette entité qui n'en est d'ailleurs pas une sur le plan purement juridique. En cas d'existence d'un rattachement prépondérant, il convient de laisser au créancier séquestrant le choix d'agir au for du siège ou à celui de la succursale. En revanche, tout actif situé auprès d'une succursale à l'étranger échappe à la mainmise du juge suisse du séquestre.

Quant aux avoirs situés en Suisse, ils ne pourront être séquestrés qu'à la condition d'avoir été déterminés et situés par le créancier avec la vraisemblance requise par l'article 272 LP, ce qu'il incombe au juge de vérifier avec d'autant plus de rigueur depuis que la jurisprudence du 17 février 1999 facilite – par une extension de sa portée géographique – le séquestre d'avoirs bancaires situés en Suisse.

A défaut d'une telle discipline dans l'application de ces principes, la simplification bienvenue opérée par cette jurisprudence pourrait devenir un casse-tête dont se passeraient volontiers les banques et leurs clients.

CRÉER ET GÉRER DES TRUSTS EN SUISSE APRÈS L'ADOPTION DE LA CONVENTION DE LA HAYE

Luc Thévenoz*

L'automne grison n'aura pas été favorable aux trusts. Alors que sa commission des affaires juridiques s'était ralliée sans modification au vote du Conseil des Etats approuvant, sans modification également, le projet d'arrêté fédéral soumis au parlement le 2 décembre 2005[1], l'ordre du jour trop chargé du Conseil national ne lui a pas permis de délibérer de cet objet lors de la session parlementaire de septembre, qui se tenait dans la belle station de Flims. L'objet fut donc reporté à la session d'hiver où, comme prévu, il a passé sans encombre devant le Conseil national. L'Assemblée fédérale a ainsi adopté le 20 décembre 2006 un arrêté fédéral qui combine la ratification de la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance avec l'introduction de quelques articles et alinéas dans la loi sur le droit international privé et dans celle sur la poursuite pour dettes et la faillite[2].

Une fois le délai référendaire expiré, le Conseil fédéral devrait être en mesure de déposer l'instrument de ratification au cours du mois d'avril ou de mai, ce qui permettrait à la Convention d'entrer en vigueur le premier jour du troisième mois calendaire suivant ce dépôt[3], faisant de la Suisse le onzième Etat contractant[4].

---

* Professeur à l'Université de Genève, directeur du Centre de droit bancaire et financier, membre de la Commission fédérale des banques. L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance à Bénédict Foëx, Aude Peyrot et Delphine Pannatier, dont les réactions et les commentaires lui ont été particulièrement utiles.

1 Message du 2 décembre 2005 concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, *Feuille fédérale* 2006 561, 619 (en allemand : *Bundesblatt* 2006 551, 609).

2 Sujet au référendum facultatif, l'arrêté fédéral a été publié dans la *Feuille fédérale* 2007 41 (*Bundesblatt* 2007 41).

3 Art. 30 al. 2 de la Convention.

4 Aux côtés de l'Australie, du Canada (pour huit provinces), de la Chine (en tant que successeur du Royaume-Uni pour Hong Kong, au territoire duquel le champ d'application de la Convention est limité), de l'Italie (premier Etat à avoir ratifié la Convention), du Luxembourg, du Liechtenstein, de Malte, des Pays-Bas (territoires européens), du Royaume-Uni et de Saint-Marin.

Après avoir longtemps assimilé les trusts à des contrats[5], et plus récemment à des sociétés[6], pour déterminer la loi applicable aux trusts, la Suisse reconnaîtra enfin les trusts "en tant que trust[s]"[7], c'est-à-dire comme étant des relations juridiques *sui generis* sans équivalent strict dans notre droit interne, mais dont les effets sont reconnus par notre ordre juridique.

Quelles sont les conséquences concrètes de ces nouvelles règles pour les trustees, les avocats, les notaires et les banques en Suisse ? A quoi faudra-t-il désormais porter une attention particulière lors de la mise en place d'un trust présentant des points de rattachement avec notre pays ?

Cet exposé passe en revue les principaux aspects auxquels les conseillers juridiques devraient être attentifs avant la création d'un tel trust, à savoir la forme de l'acte constituant le trust (I), le choix de la loi applicable (II), la possibilité de désigner le for compétent (III), le choix des trustees et la localisation des actifs (IV), les rapports avec le régime successoral applicable au settlor (V) ainsi que la protection des créanciers du settlor (VII). Une attention particulière sera portée au transfert des biens par le constituant au trustee, notamment lorsqu'il s'agit d'immeubles (VI). On discutera en particulier de la possibilité de constituer des "trusts internes", c'est-à-dire des trusts soumis à un droit approprié dans des situations dont le centre de gravité se trouve entièrement en Suisse ou dans un autre pays ne connaissant pas cette institution (VIII). On terminera par un bref rappel des précautions à prendre par les banques et autres intermédiaires financiers dans leurs relations avec des trustees (IX).

On n'examinera pas, en revanche, la création d'un trust par une disposition testamentaire[8]. Les trusts testamentaires sont moins souvent utilisés que les trusts *inter vivos* – à savoir ceux qui sont constitués du vivant du settlor – parce qu'ils ne présentent en général pas les mêmes avantages fiscaux. En outre, la création d'un trust par un testament soumis à un droit national qui ne connaît pas le trust comme forme de disposition pour cause de mort pose des questions de validité particulièrement délicates. La difficulté peut être surmontée par une *professio iuris* lorsque le testateur est ressortissant d'un Etat dont la loi connaît ce genre de

---

5 ATF 62 II 40, JdT 1936 I 552, *Aktiebolaget Obligationsinteressenter c. Banque des règlements internationaux* (emprunt Young) ; ATF 96 II 79, JdT 1971 I 329, *Harrison c. Crédit Suisse*.

6 Le chapitre 10 de la LDIP assimile aux sociétés les patrimoines organisés (*organisierte Vermögenseinheiten*), une qualification que la jurisprudence a appliquée aux trusts à trois reprises : ATF du 03.09.1999, SJ 2000 I 269 (trust de Jersey) ; ATF du 14.09.2005, 4C.94/2005 (*Treuhand* du Liechtenstein) ; décision du Tribunal de district de Zurich du 01.02.1994, ZR 98/1999 nº 52-B p. 225 (trust de Guernesey).

7 Cf. art. 11 al. 1 de la Convention.

8 La question doit être distinguée de la désignation comme héritier ou de l'attribution d'un legs à un trustee agissant en sa qualité de trustee d'un trust préexistant.

disposition[9]. Dans tous les autres cas, une analyse très attentive de la loi successorale ayant vocation à s'appliquer est indispensable.

On ne traitera pas davantage de la fiscalité des trusts en Suisse, un paramètre décisif dans la décision de recourir à un trust et dans la structuration de l'opération. La Convention confirme qu'elle "ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale."[10] Sa prochaine ratification a suscité une volonté de coordination entre les autorités fiscales fédérales et cantonales, de sorte que la Conférence fiscale suisse devrait bientôt publier une circulaire proposant une approche commune sur des questions aussi fondamentales que le traitement fiscal du revenu et du capital du fonds de trust, l'imposition des trustees et l'application des conventions de double imposition.

I. La forme de l'acte de trust

Le droit commun des trusts – j'entends par là les principes généraux du droit des trusts qui résultent à ce jour du développement du droit anglais et des ordres juridiques (principalement Etats-Unis d'Amérique, provinces anglophones du Canada, Australie, Nouvelle-Zélande) qui en partagent l'héritage[11] – ne font pas de la forme écrite du *trust deed* une condition générale de validité des trusts[12]. Néanmoins, par souci de garantir la sécurité juridique et de préserver la preuve de la volonté du constituant, la pratique exige que tout trust volontaire, c'est-à-dire créé par un acte juridique[13], soit documenté par un (ou plusieurs) écrit qui exprime aussi clairement et minutieusement que possible la volonté du constituant et les clauses du trust.

La Convention restreint son champ d'application aux "trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit" (art. 3). Motivée par des soucis de preuve, la règle conventionnelle n'exige pas que l'écrit émane du settlor; un

---

9 Cf. art. 90 al. 2 LDIP.

10 Art. 19 de la Convention.

11 Voir aussi l'intéressante tentative d'énoncer des "Principes de droit européen du trust", in *Principles of European Trust Law*, Hayton D.J., Kortmann S.C.J.J. & Verhagen H.L.E. (édit.), Deventer (Kluwer Law International etc.) 1999.

12 Sans préjudice de certaines formes qualifiées exigées pour grever certains biens, tels que la propriété foncière d'un trust, cf. par exemple en Angleterre la sec. 53 du Law of Property Act de 1925.

13 Conformément à ses art. 3 et 20, la Convention ne s'applique qu'aux trusts "créés volontairement". Chaque Etat contractant peut en étendre le champ d'application aux trusts créés (ou en anglais, et plus précisément, *declared*) par une décision de justice. A l'exception du Luxembourg, les autres Etats relevant de la tradition du droit civil (Italie, Liechtenstein, Malte, Pays-Bas et Saint-Marin) n'ont pas fait cette déclaration. La Suisse y a renoncé également, cf. message du 2 décembre 2005 (n. 1), FF 2006 595 s.

document rédigé par le trustee qui rend compte de la volonté exprimée oralement par le constituant pourrait suffire[14]. Les trusts qui ne satisfont pas cette exigence ne sont pas interdits par la Convention, mais ils ne bénéficient pas de ses règles de conflit.

Comment un juge suisse devrait-il cependant déterminer la loi applicable aux rares trusts dont la preuve ne pourrait pas être apportée par écrit ? En l'absence de meilleures règles de conflit applicables à cette catégorie pathologique[15], l'art. 149*a* (nouveau) de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)[16] leur étend unilatéralement le bénéfice des règles de la Convention[17]. Cette extension des règles conventionnelles, motivées par un souci pragmatique justifié, n'ôte rien à la pratique incontournable qui exige de consigner par écrit les clauses voulues par le settlor et, en principe, à les lui faire signer.

L'acte juridique par lequel le settlor fixe les clauses du trust est généralement distinct des actes juridiques par lesquels le settlor transfère chacun des biens au trustee. Comme on le verra plus loin (VI), ces actes de disposition sont souvent soumis à une loi (*lex rei sitae*, *lex causae*, etc.) distincte de la loi applicable au trust. Leur validité peut exiger l'accomplissement de certaines formalités : remise de la possession, endossement du titre, concours d'un officier ministériel (acte authentique), inscription dans un registre ou réquisition à cette fin, etc.

II. Le choix de la loi applicable

La Convention sur les trusts est d'abord un recueil de règles déterminant la loi applicable à un trust. La règle principale de conflit, qui figure à son article 6 al. 1, déclare applicable "la loi choisie par le constituant". Ce choix est entièrement libre : il n'exige aucun facteur de rattachement supplémentaire avec l'Etat dont la loi est choisie[18].

La Convention est relativement souple sur la manière dont ce choix peut être exprimé : il peut être "exprès" ou il peut résulter des dispositions de l'acte créant

---

14 Cf. Von Overbeck A., "Rapport explicatif", in *Actes et documents de la Quinzième session*, t. II, La Haye 1995, p. 381 au n° 52.

15 Cf. la jurisprudence rappelée aux notes 5 et 6 supra.

16 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291, telle que modifiée par l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

17 Art. 149*a in fine* LDIP : "… indépendamment du fait que la preuve de ces trusts est apportée ou non par écrit au sens de l'art. 3 de ladite convention."

18 Sur la question des trusts internes, c'est-à-dire des trusts dont le caractère international se limite au choix d'une loi étrangère, cf. infra section VIII.

le trust ou d'autres documents écrits qui en apportent la preuve[19], lesquels peuvent être interprétés au besoin à l'aide des circonstances.

En pratique, le choix de la loi applicable est un élément indispensable à la création d'un trust. En son absence, l'article 7 de la Convention rattache le trust à la loi "avec laquelle il présente les liens les plus étroits" et énonce quatre critères (non limitatifs) à cette fin[20]. L'application de cette règle subsidiaire n'offre aucune prévisibilité et ne garantit donc pas la sécurité juridique recherchée par le constituant[21].

Il faut ici souligner combien le choix de la loi applicable est loin d'être une simple décision de convenance. Une fois que le conseiller juridique a identifié les besoins de son client et envisagé la structure générale du trust à constituer, il lui appartient de proposer au settlor le choix d'un droit qui donne effet de manière optimale aux désirs du client. Les places offshore qui se sont profilées au cours des trois dernières décennies sur ce marché ont créé des trusts d'un genre très nouveau (comme les *non-charitable purpose trusts*) et, pour les formes plus classiques, développé des règles qui protègent, dans une mesure plus ou moins étendue, les intérêts du settlor, des bénéficiaires et des trustees. La compatibilité entre les clauses voulues par le settlor et le droit envisagé pour le régir doit donc être contrôlée attentivement par un juriste qualifié et expérimenté dans ce droit. Souvent, les clauses devront être modifiées pour assurer la prévisibilité de leurs effets. A ces considérations de fond, qui exigent un choix informé, s'ajoutent d'autres facteurs tels la facilité d'accès au pays en question, la facilité d'y obtenir un conseil juridique compétent, les coûts et la complexité d'éventuelles procédures judiciaires, l'existence de liens préalables avec des prestataires de services, etc.

L'article 9 de la Convention permet de soumettre à une loi distincte un élément, un aspect juridique qui est susceptible d'être isolé du reste du trust. Le dépeçage volontaire d'un trust reste une affaire délicate susceptible de produire des effets imprévus. Il conviendra de ne faire usage de cette possibilité qu'avec grande prudence.

L'article 10 de la Convention reconnaît au constituant la possibilité de prévoir un changement de loi si la loi applicable au trust permet un tel changement. Des clauses qui confèrent au trustee ou à un protecteur le pouvoir de changer la loi

---

19 La formulation française, ambiguë, doit être interprétée au regard du texte anglais de la Convention, qui parle de "the instrument creating or the writing evidencing the trust". Conformément à la clause finale de la Convention, les textes français et anglais font également foi.

20 A savoir le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, la situation des biens du trust, la résidence ou le lieu d'établissement du trustee ainsi que les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis.

21 Le rattachement objectif est également applicable lorsque la loi choisie par le constituant ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause (art. 6 al. 2 de la Convention).

applicable pendant la durée du trust sont fréquentes : elles représentent une forme d'assurance contre un risque politique, juridique et fiscal qu'on ne peut jamais complètement éliminer. La plupart des trusts étant appelés à durer plusieurs décennies, il est prudent d'envisager un changement de loi applicable si une modification de celle-ci par le parlement ou une nouvelle interprétation énoncée par un tribunal compétent venait à mettre en danger les intérêts des bénéficiaires et les objectifs voulus par le constituant.

III. L'élection de for

Probablement aussi importante que le choix de la loi applicable, et certainement plus délicate, la possibilité de désigner les tribunaux compétents doit être examinée avant la création d'un trust. La question n'est pas réglée par la Convention de La Haye mais, pour les cas qui tombent dans son champ d'application, par la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale conclue à Lugano le 16 septembre 1988[22] et, pour les autres, par le nouvel art. 149*b* LDIP.

Autorisant à déroger au for du domicile du défendeur, l'art. 17 al. 2 de la Convention de Lugano dispose que "le tribunal ou les tribunaux d'un Etat contractant auxquels l'acte de trust attribue compétence sont exclusivement compétents pour connaître d'une action contre un fondateur, un trustee ou un bénéficiaire d'un trust, s'il s'agit de relations entre ces personnes ou de leurs droits ou obligations dans le cadre du trust." L'alinéa 3 réserve les chefs de compétence exclusive.

L'article 149*b* al. 1 (nouveau) LDIP est formulé de manière un peu plus large : "Dans les affaires relevant du droit des trusts, l'élection de for selon les termes du trust est déterminante." Cette formulation vise à inclure la juridiction gracieuse des tribunaux que, selon la loi applicable au trust, le trustee peut saisir à titre préventif en cas de doute sur ses devoirs ou ses pouvoirs[23]. Selon le message du Conseil fédéral, elle permet au constituant soit de désigner lui-même le for compétent, soit d'autoriser un tiers (par exemple le trustee ou un protecteur) à le désigner[24]. Sauf stipulation contraire, l'élection est exclusive. L'art. 149*b* al. 2 (nouveau) LDIP statue les cas dans lesquels un tribunal suisse ainsi désigné ne peut pas décliner sa compétence.

On ne discutera pas ici les exigences de forme, qui ne sont pas identiques entre la Convention de Lugano et la loi sur le droit international privé.

---

22 RS 0.275.11.

23 Message (n. 1), FF 2006 600.

24 Message (n. 1), FF 2006 600 s.

Il est en principe très souhaitable de déterminer par avance les tribunaux qui pourront être saisis dans les affaires relevant du trust. Ce choix comporte cependant des limites importantes et il est fondamentalement difficile.

D'abord, l'élection unilatérale du for n'est opposable qu'aux parties à la relation juridique qu'est le trust, à savoir le settlor qui l'a créé, le ou les trustees (présents ou passés) qui sont chargés des devoirs et des pouvoirs de leur office, et les bénéficiaires qui peuvent en déduire des droits. On doit pouvoir y ajouter un éventuel protecteur (*protector*) qui, comme le trustee, tient ses pouvoirs de l'acte de trust. L'énoncé de la compétence *ratione personae* figure dans la Convention de Lugano. Je pense qu'elle vaut également pour l'art. 149*b* LDIP : les relations avec les tiers (créanciers du settlor, du trustee ou du bénéficiaire, acquéreurs de biens en trust, prestataires de services, etc.) ne relèvent pas "du droit des trusts", mais des rapports juridiques noués par ces tiers avec un trustee, un bénéficiaire ou un settlor. Il n'y aurait aucune justification à imposer un for du trust dérogeant aux fors usuels à des parties qui ne sont pas liées par le trust et n'en déduisent pas des droits.

De même, le for élu ne vaut entre les parties au trust que dans la mesure où la cause relève du droit des trusts. Un litige successoral entre bénéficiaires et settlor y échappe.

Ensuite, l'art. 149*b* al. 2 LDIP permet aux tribunaux suisses désignés de décliner leur compétence lorsque l'affaire présente des liens insuffisants avec la Suisse ou le canton concerné. Ces critères peuvent varier dans le temps : le rattachement pouvait être suffisant lors de la constitution du trust mais avoir perdu de sa substance depuis lors, ce qui peut autoriser un déclinatoire.

Au-delà de ces considérations relatives à l'efficacité de la clause, il faut admettre que le choix du for compétent est particulièrement délicat dans une situation où les circonstances font hésiter entre les tribunaux de l'Etat dont la loi gouverne le trust et les tribunaux de l'Etat où le settlor, un ou plusieurs trustees ou certains bénéficiaires ont leur domicile ou leur établissement.

L'expérience croissante des litiges transnationaux relatifs aux trusts privés démontre qu'une action introduite dans une juridiction offshore, ou même dans un centre plus traditionnel comme Londres ou New York, entraîne des coûts très considérables. La compétence de ces tribunaux et des avocats nécessaires à les saisir se paie très cher. Le résultat n'en est pas moins souvent difficile à prévoir, ce qui compromet les possibilités d'un règlement amiable.

A l'inverse, les tribunaux suisses comme les autres juridictions continentales européennes ont une expérience minime du contentieux relatif aux trusts. Certains se sont déjà familiarisés avec les conflits entre trusts et successions, mais aucun ne peut revendiquer d'expérience relative, par exemple, aux pouvoirs du trustee, à sa responsabilité, ou aux règles prohibant les durées excessives. Dans des situations qui présentent un fort rattachement avec la Suisse, les tribunaux

suisses sont certes plus facilement accessibles aux plaideurs, mais ils devront probablement fonder leur raisonnement juridique sur les avis de droit, évidemment contradictoires, produits par les parties et risquent de ne pas produire un résultat prévisible ni même convaincant.

Entre Charybde et Scylla, il appartient à chaque settlor, guidé par ses conseils juridiques, de décider s'il convient d'ores et déjà d'attribuer la compétence juridictionnelle à certains tribunaux ou de laisser ce choix à un éventuel futur demandeur civil dans le cadre des règles de compétence existantes.

Une solution intermédiaire pourrait consister à désigner, par écrit dans l'acte de trust, une personne non impliquée qui sera chargée en temps utile de désigner la juridiction compétente. Les tribunaux suisses devraient reconnaître cette faculté implicitement comprise dans la rédaction de l'art. 149*b* al. 1 LDIP. Il n'est pas certain qu'il en aille de même pour les tribunaux étrangers, ce qui poserait notamment un problème de reconnaissance et d'exécution du jugement.

Une solution intéressante pourrait consister à mettre en œuvre un tribunal arbitral. Moyennant la désignation d'arbitres spécialisés, on pourrait trouver un équilibre entre accessibilité, compétence et coûts. Cette solution n'est cependant envisageable que dans le cadre d'un compromis arbitral conclu après la naissance du litige. Il ne paraît pas que le settlor puisse imposer l'arbitrage aux bénéficiaires par une clause figurant dans l'acte de trust. Pour les arbitrages internationaux, l'art. 178 LDIP exige une convention d'arbitrage, qui n'est opposable qu'aux parties qui y ont consenti. Le concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969, qui régit les arbitrages non internationaux, pose la même exigence à son art. 4. En l'état actuel du droit suisse, il manque une règle spéciale autorisant le settlor à imposer unilatéralement l'arbitrage dans "les affaires relevant du droit des trusts", comme le fait l'art. 149*b* al. 1 LDIP pour l'élection de for.

IV. Le choix des trustees et la localisation des actifs

L'art. 8 al. 2 lettre a de la Convention soumet à la loi applicable "la désignation, la démission et la révocation du trustee, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee ainsi que la transmission de la fonction de trustee". Le droit suisse ne rajoute ni ne retranche rien au domaine de la loi applicable sur cette question.

La pratique suisse a pendant longtemps évité que le trustee unique ou tous les trustees d'un trust soient domiciliés ou établis en Suisse. Certains considéraient même qu'il fallait éviter tout trustee dans notre pays. La raison de cette prudence tenait à l'incertitude quant au sort des biens en trust en cas de faillite d'un trustee. Notre droit interne, et notamment la loi sur la poursuite, ne connaissait pas le trust et semblait donc ignorer l'une des règles essentielles qui protègent les bénéficiaires, la distraction en leur faveur des biens en trust dans la faillite du trustee. Le

doute était très fort à l'époque où les trusts étaient assimilés à des contrats[25], pour lesquels l'existence d'un droit de distraction dans la faillite est l'exception[26]. Il s'est atténué avec l'assimilation des trusts aux patrimoines organisés, et donc aux sociétés[27], qui connaissent la distinction entre le patrimoine social et le patrimoine personnel des associés et des dirigeants sociaux. Même si elle ne paraît pas susceptible de généralisation, la décision du Tribunal fédéral, fondée sur un *constructive trust*, qui a reconnu à un gouvernement étranger un droit de distraction opposable au créancier suisse d'un agent de fait de ce gouvernement indique le chemin parcouru dans les récentes années[28].

Le *ring fencing*, c'est-à-dire le principe que le fonds du trust est distinct du patrimoine personnel du trustee et qu'il échappe donc à ses créanciers personnels – comme d'ailleurs à son conjoint, à son partenaire civil et à ses héritiers – est désormais consacré par l'article 11, al. 2 et al. 3 lettres a, b et c, de la Convention. La distraction des biens dans l'exécution forcée contre le trustee s'impose donc au juge suisse ainsi qu'aux autorités de poursuite et de faillite "dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit". La mise en œuvre de ce principe figure désormais aux art. 284*a* et 284*b* LP, qui règlent la poursuite en Suisse relative aux dettes qui grèvent le fonds du trust.

Une raison qui, comme par le passé, peut amener à ne pas désigner de trustee en Suisse et à ne pas détenir en Suisse des biens du trust peut tenir à la crainte que les autorités ou les tribunaux suisses ne soient amenés à poser des questions au trustee, voire à prendre des mesures contraignantes. Ce serait le cas si le trustee enfreignait une règle pénale ou administrative suisse ou si l'autorité en concevait le soupçon. Ce pourrait aussi être le cas si, conformément à la loi applicable à la succession du constituant, des questions de réserve successorale devaient apparaître et entraîner des mesures probatoires, un inventaire ou d'autres mesures conservatoires. Il faut cependant relever que des risques semblables se posent pour les trustees domiciliés dans d'autres Etats, à l'exception peut-être du risque de procédures successorales dans les juridictions qui ne reconnaissent pas la réserve successorale.

V. Conflit avec le régime successoral applicable au settlor

La question venant d'être soulevée, il convient de mentionner ici que la Convention ne modifie pas la loi applicable à la succession du settlor et ne supprime les

---

25 Supra note 5.

26 Cf. art. 401 CO ; art. 201 à 203 LP.

27 Supra note 6.

28 ATF du 19.11.2001, 5C.129/2001 (recours en réforme) et 5P.195/2001 (recours de droit public), *X. c. USA*, n. p.

effets d'aucune des dispositions de cette loi auxquelles il ne peut être dérogé par une manifestation de volonté. L'article 15 al. 2 lettre c de la Convention réserve expressément les dispositions impératives concernant "les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve".

En matière de successions, les tribunaux et les autorités administratives suisses continueront d'apprécier leur compétence au regard des art. 10 et 86 à 89 LDIP et détermineront la loi applicable à la succession en appliquant les art. 90 à 95 LDIP. Si la *lex successionis* ainsi désignée protège certains héritiers par une réserve ou d'autre manière, le juge ou l'autorité suisse lui donnera effet dans les limites de sa compétence et de son propre ordre public international.

Si, par exemple, la succession relève du droit suisse, l'art. 527 CC soumet à réduction certaines libéralités entre vifs. Il n'est pas douteux que le transfert de biens au trustee du vivant du settlor est une libéralité entre vifs. La chose paraît à ce point évidente que le Conseil fédéral a expressément renoncé à introduire de nouvelles règles dans le Code civil[29]. Comme le trustee[30] n'est pas enrichi de ces biens, dont il est propriétaire au bénéfice de tiers, il s'agit d'une libéralité indirecte en faveur des bénéficiaires du trust. Le fait que la distribution du revenu ou du capital est généralement différée dans le temps ne modifie pas cette qualification juridique. Les héritiers lésés dans leur réserve peuvent exercer l'action en réduction contre le trustee ainsi que contre les bénéficiaires qui ont déjà reçu des distributions. Aucune jurisprudence suisse connue ne traite de l'ordre de ces réductions[31], une question qui a fait l'objet de décisions françaises largement commentées[32].

Quelles précautions faut-il prendre lors de la constitution du trust ? Comme le savent les praticiens, la question est compliquée par le fait que les points de rattachement pertinents (dernier domicile du settlor, domicile des trustees et des bénéficiaires) peuvent évoluer dans le temps, de même d'ailleurs que les valeurs respectives des masses en jeu (fonds du trust, actifs libres du settlor qui feront l'objet de sa succession). Si les circonstances connues ou envisagées lors de la mise en place du trust indiquent le risque d'une contradiction entre le trust et la loi qui pourrait s'appliquer à la succession du settlor, il convient en particulier d'envisager les possibilités suivantes :

---

29 Message (n. 1), FF 2006 592, ch. 1.8.2.1.

30 Sauf s'il est lui-même l'un des bénéficiaires.

31 Cf. Thévenoz L., *Trust en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich 2001, p. 46 ss.

32 Voir surtout la décision de Cass. civ. 20.02.1996, *Zieseniss*, Rev. crit. dip. 1996 p. 692 obs. Droz ; Lequette Y., "De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs", *Dalloz* (Paris) 1996 Chr. 231 ; et tout récemment l'excellente étude de Godechot S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Paris (Ed. Panthéon-Assas Thèses) 2004, notamment pp. 326-345.

– Le constituant du trust peut-il, en raison de sa nationalité, faire une *professio iuris* (art. 90 al. 2 LDIP) en faveur d'une loi successorale qui évite ce problème ?
– Le constituant et ses héritiers peuvent-ils conclure un pacte successoral valable au regard de la *lex successionis* qui permette de régler le sort de ses biens de manière à lier ses héritiers réservataires ?

Si le risque de contradiction entre la loi applicable au trust et la *lex successionis* ne peut pas être évité lors de la constitution du trust, le constituant doit être conscient qu'une éventuelle lésion des droits réservataires de certains héritiers ouvre la porte à de futurs litiges onéreux pour toutes les parties et susceptibles de bouleverser radicalement l'édifice qu'il veut mettre en place. En l'état actuel de la jurisprudence, il faut cependant admettre que ce sont généralement les héritiers réservataires qui entament une bataille au pied d'une falaise escarpée dont la conquête est tout aussi coûteuse qu'incertaine.

VI. Le transfert des biens au trustee

Sauf le cas particulier et rare du *self-declared trust*[33], un trust n'est pas constitué par la seule déclaration de volonté du settlor de le créer. Il faut encore que la propriété (ou la titularité juridique) de certains biens juridiques soit transférée au trustee de sorte que celui-ci en obtienne le contrôle[34]. Plus d'un trust a échoué pour avoir manqué à cette exigence. Il importe de vérifier l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires au transfert (singulier) de chacun des biens destinés à former le fonds du trust.

Le transfert des biens au trustee n'a pas besoin d'intervenir en une seule fois. Plusieurs transferts successifs peuvent intervenir, au gré du settlor. Mais les biens ne sont grevés du trust, et ne font donc partie du fonds du trust avec tous les effets juridiques qui en résultent, qu'une fois valablement transférés au trustee.

Le transfert de la propriété ou de la titularité des biens au trustee n'est pas régi par la Convention, dont l'art. 4 confirme qu'elle "ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee." Il relève d'une loi qui n'est pas nécessairement celle applicable au trust et qui est déterminée par des règles de conflit différentes.

---

33 Où le settlor déclare qu'il soumet un bien dont il est déjà propriétaire à un trust, de sorte qu'il devient son propre trustee. Il n'est pas certain que de tels trusts entrent dans le champ d'application de la Convention, dont l'art. 2 (1) semble distinguer entre constituant et trustee.

34 L'alinéa 1 de l'art. 2 de la Convention exige que des biens aient "été placés sous le contrôle d'un trustee" ; son alinéa 2, lettre b, que "le titre relatif aux biens" soit "établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee".

Un juge suisse (ou une autorité suisse chargée d'administrer un registre) jugera la validité d'un tel transfert au regard de la loi désignée par la loi fédérale sur le droit international privé. Sans en faire un inventaire détaillé, on peut relever que le lieu de situation du bien (*lex rei sitae*) est l'élément déterminant pour le transfert des immeubles et, dans une large mesure, de la propriété mobilière[35]. La cession de créances relève principalement de la loi d'autonomie et de la *lex causae*[36]. Le transfert des droits de propriété intellectuelle est régi par la loi qui leur est applicable[37]. Une convention de La Haye signée en 2006 régira bientôt, pour la Suisse, la loi applicable aux titres intermédiés, c'est-à-dire aux titres détenus auprès d'un intermédiaire financier[38].

En Suisse, les immeubles et certains droits de propriété immatérielle font l'objet de registres publics tenus par des autorités administratives. L'article 2 al. 2, lettre b, de la Convention précise que "le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee". Son art. 11 al. 2 permet au trustee de "comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique." En outre, l'art. 12 de la Convention habilite le trustee qui désire faire inscrire un bien dans un registre "à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi."

Une nouvelle disposition de la loi sur le droit international privé confirme et organise les formes de cette publicité tabulaire en disposant :

> "Art. 149*d*
>
> IV. Dispositions spéciales concernant la publicité
>
> [1] Lorsque les biens d'un trust sont inscrits au nom d'un trustee dans le registre foncier, le registre des bateaux ou dans le registre des aéronefs, l'existence d'une relation de trust peut faire l'objet d'une mention.
>
> [2] Les relations de trust portant sur des droits de propriété intellectuelle enregistrés en Suisse sont, sur demande, inscrites dans le registre pertinent.
>
> [3] Une relation de trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrite n'est pas opposable aux tiers de bonne foi."

Il convient d'examiner brièvement comment un trustee peut acquérir des immeubles ou des droits de propriété intellectuelle soumis au droit suisse et comment il peut assurer la publicité du trust qui les grèvent.

---

35 Art. 99 à 102 LDIP.

36 Art. 145 LDIP.

37 Art. 110 LDIP.

38 Cf. le message du Conseil fédéral du 15 novembre 2006 relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres du 5 juillet 2006, FF 2006 8817.

A. Acquisition d'un immeuble par le trustee

On ne discutera pas ici des restrictions qui résultent de la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger[39]. La ratification de la Convention sur les trusts et les textes d'application ne changent rien à la situation existante.

Nous nous intéresserons ici aux conditions spécifiques à l'acquisition de la propriété foncière en Suisse, que l'art. 99 al. 1 LDIP soumet au droit suisse en tant que *rex lei sitae*. L'art. 657 al. 1 CC exige la forme authentique pour "les *contrats* ayant pour objet le transfert de la propriété" des immeubles. La constitution d'un trust – que les ordres juridiques de *common law* ne considèrent d'ailleurs pas comme reposant sur un contrat, mais sur un acte de disposition unilatéral du constituant – n'est bien sûr pas envisagé par le Code, ni d'ailleurs par l'ordonnance sur le registre foncier[40]. La situation présente une certaine analogie avec la constitution d'une fondation entre vifs comprenant des immeubles comme avec la promesse de donner un immeuble, qui toutes deux requièrent également la forme authentique[41]. Il n'y a guère de doute qu'il faille un titre d'acquisition revêtu de la forme authentique pour faire acquérir un immeuble suisse par un trustee, titre qui doit être joint à la réquisition que le constituant (ou le notaire agissant pour lui) adressera au conservateur du registre foncier. Cela signifie-t-il que l'acte de trust lui-même, c'est-à-dire la déclaration de volonté unilatérale du constituant fixant les clauses du terme, doit être reçu en la forme authentique ?

Cette solution est certes envisageable. Elle présente un double inconvénient. Le premier est celui de la langue. La langue des trusts est l'anglais ; pour de multiples raisons qui tiennent notamment à l'obtention des conseils juridiques et au risque de devoir mener des procédures dans la juridiction dont la loi régit le trust, il est généralement préférable de rédiger les actes de trust en anglais. En Suisse, les notaires et autres officiers ministériels chargés de recevoir les actes authentiques ne sont pas tous en mesure de le faire en anglais. Il n'est d'ailleurs pas sûr que chacune des 26 lois cantonales régissant la forme authentique le permettent. En outre, le registre foncier étant tenu dans l'une des langues nationales, il n'est pas exclu qu'un conservateur refuse une pièce justificative en anglais ou en demande une traduction officielle. Il y a donc de sérieux inconvénients à soumettre l'acte de trust portant sur un immeuble à la forme authentique. Le deuxième inconvénient tient à la remise au conservateur du registre foncier de l'intégralité d'un acte dont seule une partie est nécessaire au contrôle des conditions requises pour l'inscription du trustee comme propriétaire au registre foncier. Ces inconvénients seraient atténués, mais pas éliminés, par la remise des seuls extraits

---

39 RS 212.412.41.

40 Cf. art. 18 de l'ordonnance du 22 février 1940 sur le registre foncier (ORF), RS 211.432.1.

contenant "les données nécessaires au transfert de propriété", ainsi que le permet l'art. 18 al. 3 ORF.

Une deuxième solution me paraît préférable. Elle consiste à dissocier (comme le fait d'ailleurs notre droit international privé) l'acte de trust, rédigé sous seing privé en anglais et avec une clause d'élection de droit, de la convention entre le constituant et le trustee relative au transfert de la propriété d'un immeuble suisse, convention qui est nécessairement soumise au droit suisse et sera reçue en la forme authentique dans l'une des langues nationales. Cette convention se référera explicitement à l'acte de trust qu'elle met en œuvre. Le trustee y interviendra explicitement en qualité de trustee.

Cette convention se distingue d'une donation immobilière entre vifs[42] par le fait que le trustee, donataire au sens du droit des contrats, ne l'est pas au sens économique du terme puisqu'il ne reçoit pas le bien dans son propre intérêt, mais au profit des bénéficiaires du trust. La pratique notariale connaît d'autres situations dans lesquelles une convention ayant pour objet la cession d'un immeuble est passée en la forme authentique en exécution d'un acte sous seing privé, notamment pour mettre en œuvre une convention de liquidation du régime matrimonial ou une convention d'apport à une société. La publicité foncière, la sincérité des inscriptions et l'authenticité des actes ne sont pas incompatibles avec la distinction entre le titre d'acquisition immobilière, reçu en la forme authentique, et l'acte juridique unilatéral (trust), bilatéral (convention de liquidation d'un régime matrimonial) voire multilatéral (contrat de société) qui le motive.

L'acte authentique servira de fondement à l'inscription du trustee comme propriétaire au registre foncier. Comme pour l'état civil, la date de naissance, le lieu d'origine ou la nationalité de l'acquéreur, la constatation de la qualité de trustee dans l'acte authentique est une base suffisante aux opérations du registre foncier sans que cette qualité doive être établie par d'autres pièces[43].

B. Mention du trust au registre foncier

Il appartient au trustee, nouveau propriétaire au registre foncier, de requérir la mention de l'existence d'une relation de trust. En accord avec l'art. 12 de la Convention, l'art. 149*d* al. 1 (nouveau) LDIP en fait une possibilité et non une obligation[44]. L'obligation de rendre publique sa position de trustee peut résulter de l'acte de

---

41 Art. 81 al. 1 CC et art. 243 al. 2 CO.

42 Art. 239 al. 1 CO : "disposition entre vifs par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contre-prestation correspondante". Art. 243 al. 1 CO : la promesse de donner un immeuble requiert la forme authentique.

43 Cf. art. 13*a* al. 1 ORF pour les qualités des personnes physiques et morales.

44 Comme cela avait été d'abord envisagé par l'Office fédéral de la justice dans les documents mis en consultation le 18 décembre 2003.

trust ou de la loi applicable au trust. La mention renforce la protection des bénéficiaires en assurant l'opposabilité du trust aux tiers, même de bonne foi (art. 149*d* al. 3 nouveau LDIP). La publicité du trust impose à de futurs acquéreurs et créanciers hypothécaires de s'assurer que l'opération envisagée avec le trustee en tant que propriétaire est compatible avec ses pouvoirs et ses devoirs en tant que trustee. A défaut, ils pourraient se trouver exposés à la revendication des biens du trust dans la mesure permise par la loi applicable au trust (art. 11 al. 3 lettre d de la Convention)[45].

La propriété d'immeubles suisses par des trustees ès qualités est un phénomène rare, mais pas inconnu[46]. Il pourrait prendre de l'importance. Afin d'assurer une application uniforme du droit fédéral par les conservateurs, il serait opportun que l'Office fédéral du registre foncier émette une circulaire qui précise le contenu des pièces justificatives nécessaires à l'inscription d'un trustee comme propriétaire et, cas échéant, à la mention de l'existence d'une relation de trust, ainsi que la forme de cette dernière.

C. Propriété immatérielle

Le trustee peut acquérir des droits de propriété intellectuelle soit du settlor lui-même, soit de tiers. Le droit suisse est applicable dans la mesure où le trustee revendique sa protection (art. 110 LDIP). Pour les droits enregistrés en Suisse (brevets, marques, designs, topographies), le transfert requiert la forme écrite. Son inscription dans le registre n'a pas d'effet constitutif ; elle rend la propriété opposable aux tiers de bonne foi[47].

L'art. 149*d* al. 2 LDIP (nouveau) statue que les "relations de trust portant sur des droits de propriété intellectuelle enregistrés en Suisse sont, sur demande, inscrites dans le registre pertinent." Le droit suisse n'impose pas d'obligation à cet égard. Une telle inscription tend à mieux protéger les intérêts des bénéficiaires, comme on l'a vu plus haut. Le trustee peut y être obligé par les clauses du trust ou par la loi qui le régit.

L'Institut fédéral de la propriété intellectuelle envisage de régler les modalités de cette inscription en complétant les ordonnances relatives aux registres des brevets, des marques, des designs et des topographies.

---

45 Bien que le message du Conseil fédéral affirme fortement qu'il n'y a "pas de droit réel pour le bénéficiaire", il relève que "les différents trustees et bénéficiaires… ont un droit personnel à ce que les biens aliénés [en violation du trust ou des devoirs du trustee] soient restitués et réintégrés dans le patrimoine du trust." FF 2006 571, ch. 1.3.3.5 et 1.3.3.6. Le droit du trust exempte cependant de toute revendication les acquéreurs de bonne foi à titre onéreux.

46 Cf. un rapport de l'Office fédéral du registre foncier publié à RNRF 1999 p. 396 ss, pp. 406-407.

47 Art. 17 de la loi sur les marques (RS 232.11) ; art. 14 de la loi sur les designs (RS 232.12) ; art. 33 de la loi sur les brevets (RS 232.14).

VII. Protection des créanciers du settlor

Comme tout acte de disposition, la constitution d'un trust et le transfert de biens au trustee peut léser les intérêts des créanciers du constituant, qui perdent la possibilité de les faire réaliser à leur profit. C'est parfois l'une des motivations du constituant dans ce qu'on appelle les *asset-protection trusts*[48]. De nombreuses lois relatives aux trusts permettent aux créanciers du settlor de s'en prendre au fonds du trust, notamment lorsque celui-ci est révocable ou lorsque le settlor est aussi l'un des bénéficiaires[49].

Indépendamment des règles pertinentes de la loi applicable au trust, l'attribution de biens à un trust peut être révocable au regard du droit de l'exécution forcée applicable au settlor *ratione loci*. En particulier, les art. 285 LP sont applicables au settlor déclaré en faillite par un juge suisse ou dont la faillite prononcée à l'étranger est reconnue en Suisse conformément aux art. 166 et 171 LDIP[50]. L'art. 286 CO prévoit la révocation d'un trust ayant, complètement ou partiellement, le caractère d'une disposition à titre gratuit en faveur des bénéficiaires constitué dans l'année précédant la faillite. Le fait que le settlor se soit réservé certains droits sur le fonds du trust n'est pas un obstacle à la révocation si cette "contre-prestation" est notablement inférieure aux biens qu'il a sacrifiés[51]. La principale hypothèse est celle d'un trust ayant le caractère d'une libéralité en faveur des bénéficiaires (art. 286 LP) ou constitué par le settlor, souvent à son profit, dans le but de porter préjudice à ses créanciers (art. 288 LP). La révocation a pour effet de "soumettre à l'exécution forcée les biens qui lui ont été soustraits", écartant ainsi les effets du trust dans la mesure nécessaire à désintéresser les créanciers du settlor. La Convention ne fait pas obstacle à la mise en œuvre des dispositions relatives à la révocation et, plus généralement, à "la protection des créanciers en cas d'insolvabilité" de la loi désignée par les règles de conflit du for[52].

VIII. Trusts internes

Le mot est emprunté (*trust interni*) à la pratique italienne des trusts, où il désigne les nombreux trusts dont le centre de gravité est en Italie (settlor, bénéficiaires, trustee, actifs) et dont, généralement, le seul élément d'extranéité est le

---

48 Cf. Engel B. S., *Asset Protection Planning Guide*, 2e éd., Chicago (CCH), 2005.

49 Cf., par exemple, la section 505 du Uniform Trust Code, qui a été adopté par 19 des Etats-Unis d'Amérique.

50 Sur les conditions et modalités de la révocation en cas de faillite étrangère reconnue en Suisse, cf. Kaufmann G. / Rigozzi A., Art. 171 LDIP, in *Commentaire romand – Poursuite et faillite*, Dallèves L., Foëx B. & Jeandin N. (édit.), Bâle etc. 2005.

51 Art. 286 al. 2 CO.

52 Art. 15 al. 1 let. e de la Convention.

choix d'une loi étrangère pour régir le trust. L'Italie fut, avec le Luxembourg, le premier Etat à signer la Convention le 1er juillet 1985, et le premier à la ratifier, le 21 février 1990, de sorte qu'elle peut se prévaloir d'une jurisprudence nourrie depuis plus de quinze ans[53].

a) La Convention n'énonce pas de condition d'internationalité à son application[54]. Outre les dispositions habituelles relatives aux lois d'application immédiate et à l'ordre public international du for, ainsi que l'article 15 dont il a été question plus haut, la Convention comprend une clause de sauvegarde inusuelle, réclamée par les délégations de plusieurs Etats ne connaissant pas le trust. Son article 13 permet à un Etat contractant de ne pas reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Dans les travaux préparatoires de la ratification par la Suisse, au sein de l'administration fédérale et lors des deux consultations organisées par elle, la question de savoir s'il convenait de renoncer à la possibilité offerte par l'article 13 fut l'un des points les plus chaudement débattus[55]. Elle est désormais tranchée par l'art. 149*c* al. 2 LDIP, qui statue que "le droit désigné par ladite convention est également déterminant… dans les cas où l'Etat n'est pas tenu de reconnaître un trust, conformément à l'art. 13 de la convention". Ce faisant, les trusts sont mis sur pied d'égalité avec les sociétés étrangères, dont la jurisprudence fédérale a admis, peu de temps après l'entrée en vigueur de la LDIP, que leur reconnaissance par l'ordre juridique suisse n'exige aucun autre élément d'internationalité que leur "incorporation" dans un droit étranger par le respect de ses exigences d'organisation et de publicité[56].

b) S'il est donc acquis qu'un trust (comme une société) peut être constitué dans une situation purement domestique, il faut encore se demander si un trust dont les seuls bénéficiaires sont les membres de la famille du constituant et leurs descendants pourrait voir ses effets paralysés par l'interdiction légale de créer des fidéicommis de famille et par les règles restrictives sur les fondations de famille (art. 335 CC) et la substitution fidéicommissaire (art. 488 al. 2 CC). Par ces dispositions, le législateur de 1907 a voulu rompre avec une institution féodale qui favoriserait l'oisiveté des héritiers des grandes fortunes familiales et créerait des

---

53 Cf. notamment Lupoi M., "Civil Law Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (Nashville) 32 (1999) p. 967.

54 Comp. avec l'art. 3 de la Convention du 5 juillet 2006 (n. 38) qui, sous le titre "caractère international d'une situation", dispose : "La présente Convention s'applique à toutes les situations comportant un conflit entre les lois de différents Etats."

55 Cf. message (n. 1), FF 2006 604 s. Voir déjà Thévenoz (n. 31), pp. 134-138.

56 Art. 154 al. 1 LDIP ; cf. ATF 117 II 494 consid. 6-7 ; Cour de justice de Genève, SJ 1999 p. 167.

biens de mainmorte soustraits à la transmission successorale et aux lois du marché. Selon l'interprétation suivie par le Tribunal fédéral dans de nombreux arrêts, sont prohibées les fondations de famille "qui viseraient à octroyer à leurs destinataires des prestations provenant du patrimoine de la fondation dans le but de faire bénéficier ces destinataires d'un niveau de vie plus élevé ou agréable, sans que ces prestations soient conditionnées" par "des besoins particuliers […] des bénéficiaires, qui se trouvent à des étapes déterminées de leur vie ou dans des situations déterminées (jeunesse, en cours d'établissement de leur foyer ou de leur existence, situation de précarité)."[57] La IIe Cour de droit public l'exprime dans des termes incisifs – "l'énumération [à l'art. 335 al. 1 CC] vise à empêcher l'entretien économique illimité des membres de la famille durant des générations" – ce qui ne l'empêche pas de considérer qu'une fondation d'entretien, à laquelle le droit civil refuserait en principe la personnalité juridique *ab ovo* (art. 52 al. 3 CC), est bel et bien un sujet fiscal redevable de l'impôt fédéral sur le bénéfice et le capital tant que sa nullité ou sa dissolution n'a pas été prononcée par le juge civil à la requête d'un intéressé ![58]

Conformément à son art. 18, les "dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public." Les art. 335 et 488 CC sont certainement des règles impératives. Appartiennent-elles à l'ordre public international de la Suisse ? S'agit-il de "règles dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays" ?[59] Reconnaître les effets d'un trust dont les bénéficiaires, qui seraient exclusivement membres de la famille du settlor[60], recevraient de pures prestations d'entretien aurait-il "pour résultat de heurter de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse" ?[61] Les rares auteurs qui l'admettent restreignent cette conséquence juridique aux seules situations qui présentent des liens suffisants avec la Suisse (*Binnenbeziehung*)[62]. Mais il faut en réalité nier cette qualification d'ordre public international[63]. L'interdiction des fondations d'entre-

---

57 TF du 18.05.2001, 5C.9/2001, trad. SJ 2002 I 193, consid. 3b. Cf. ATF 108 II 587, JdT 1983 I 587 ; ATF 93 II 439, JdT 1969 I 37 ; ATF 89 II 437 ; TF du 27.04.1993, RFJ 1993 287.

58 TF du 04.03.2002, 2A.257/2001, trad. RDAF 2002 II 121 (citation à la p. 124), suivi de TF du 22.04.2005, 2A.668/2004.

59 La formule est tirée du message du 10 novembre 1982 relatif à la loi sur le droit international privé, FF 1982 I 304, ch. 214.53, et citée par celui du 2 décembre 2005, FF 2006 575. En raison d'une double traduction, les citations françaises ne correspondent pas exactement.

60 Cf. TF du 18.05.2001 (n. 57), SJ 2002 I 200, consid. 3d.

61 ATF 117 II 494, consid. 7 (n. 56).

62 von Planta A., *[Basler] Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Internationales Privatrecht*, Bâle 1996, nos 18 et 19 ad art. 154 ; Bucher A., *Droit international privé suisse*, t. II : *Personnes, famille, successions*, Bâle 1992, no 987.

63 Cf. notamment Thorens J., "L'article 335 CCS et le trust de common law", in *Mélanges H.R. Schüpbach*, Bâle 2000, p. 155 ss ; Othenin-Girard S., *La réserve d'ordre public en droit*

tien ne correspond pas à la réalité vécue en Suisse, ce que confirme d'ailleurs la jurisprudence fiscale précitée[64] et les doutes, exprimés en termes prudents, par le Conseil fédéral dans son message[65]. Des centaines de fondations de famille, dont certaines ont pignon sur rue et contrôlent des entreprises très importantes, distribuent des prestations d'entretien sous le couvert de statuts qui se conforment formellement au texte de la loi. Cette situation se poursuit pour autant qu'aucun des bénéficiaires ne trouve intérêt à vouloir faire prononcer l'annulation ou la nullité de la fondation. La nullité ou l'annulation de la fondation n'est pas la conséquence nécessaire de la règle légale : il serait compatible avec le Code civil de considérer qu'une fondation de famille dont le but excède les prestations autorisées par l'art. 335 al. 1 CC est en réalité une fondation ordinaire, perdant le bénéfice des exemptions particulières dont jouissent les fondations de famille[66]. Il y a d'ailleurs un grand paradoxe à frapper de nullité les fondations d'entretien alors que la jurisprudence, confortée par le refus d'une intervention législative restrictive sur cette question[67], admet la validité des fondations d'entreprise et des fondations *holding* visant à perpétuer l'unité d'une entreprise ou d'un groupe familial, qui créent *de facto* une "entreprise de mainmorte".

Le caractère d'ordre public de l'art. 335 CC a été nié par le Tribunal supérieur de Zurich dans la seule décision publiée sur cette question[68], qui se réfère

---

international privé suisse : Personnes – famille – successions, Zurich 1999, p. 593, n° 951 ; Vischer F., *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2e éd., Zurich 2004, nos 33 et 34 ad art. 154 ; Mayer T., *Die organisiserte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht*, Bâle 1998, p. 47 ; Grüniger H., *[Basler] Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch I*, 3e éd., Bâle 2006, n° 17 ad art. 335.

64 Supra note 58.

65 Au chiffre 1.4.1.7 (FF 2006 575), le Conseil fédéral doute du caractère d'ordre public international de l'art. 335 al. 2 CC en relevant que cette interdiction "s'inspire dans une large mesure de considérations morales (prévenir l'oisiveté) et idéologiques (éliminer les structures féodales) qui semblent aujourd'hui plutôt dépassées." Au chiffre 1.8.2.1 (FF 2006 593), on lit encore : "L'on peut tout au plus se demander s'il ne faudrait pas abroger cette disposition, comme le préconise un des avis exprimés lors de la consultation. Il s'agit cependant d'un problème général, qui ne se pose pas seulement dans le cadre des trusts et qui devrait donc être abordé dans un autre contexte, d'autant que la question est controversée et que le débat ne ferait que retarder inutilement la ratification d'une convention que la place financière suisse appelle de ses vœux." Cf. en outre le postulat Suter du 8 mai 2003 (BO 2004 E 484), demandant une adaptation du droit suisse notamment quant aux fondations de famille, et la prise de position du rapporteur (Schiesser) devant le Conseil des Etats le 23 mars 2006 (BO 2006 E 291).

66 Dispense de surveillance étatique, d'inscription au registre foncier et de désignation d'un organe de révision ; dispense de l'obligation de comptabilité et de sa révision, cf. art. 52 al. 2 et 87 CC. Dans ce sens : Zeiter A., "Neues zur Unterhaltsstiftung", RSJ 2001, p. 451.

67 Cf. Office fédéral de la justice, *Résumé des résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du Code civil suisse (Droit des fondations et ouverture des contrats de mariage et des pactes successoraux)*, qui constate une opposition générale au projet mis en consultation le 26 avril 1993 et depuis lors abandonné par le Conseil fédéral.

68 Obergericht ZH, 22.08.1985 : RSJ 1986 245, consid. 8.

d'ailleurs à un arrêt du Tribunal fédéral refusant cette même caractérisation à la réserve héréditaire[69].

IX. Relations avec les intermédiaires financiers

J'ai déjà eu l'occasion de discuter à la Journée de droit bancaire et financier 2001 les "Risques et responsabilité des banques et des négociants dans les opérations avec des trustees"[70]. Le chapitre est loin d'être clos et ce n'est pas ici le lieu de le reprendre. Il convient cependant de relever que la ratification de la Convention et l'entrée en vigueur de quelques nouvelles dispositions dans la loi de droit international privé ne devraient pas entraîner un changement des meilleures pratiques en cours. On les résumera ici très sommairement.

1. Les relations contractuelles relatives à des actifs en trust sont exclusivement nouées entre l'intermédiaire financier et le ou les trustees agissant en cette qualité. Lorsque la relation est désignée comme "Trust X", il s'agit purement d'une dénomination conventionnelle. Le trustee d'une part, les ayants droit économiques de l'autre, seront identifiés conformément à la réglementation applicable en matière de lutte contre le blanchiment[71].

2. S'il y a plusieurs trustees, ceux-ci sont, dans la règle, solidairement parties à la relation contractuelle. Des exceptions sont possibles, dans les conditions prévues par l'acte de trust et par la loi applicable au trust. Elles doivent être soigneusement vérifiées afin d'éviter que les actes d'administration, de gestion ou de disposition de la banque ne puissent être attaqués. Des exceptions sont également possibles pour permettre à un seul trustee de donner des instructions relatives à un compte dont plusieurs trustees sont les titulaires : il faut alors prévoir une procuration en bonne et due forme.

3. Le settlor et les bénéficiaires sont des tiers à la relation contractuelle entre le trustee et la banque ou l'intermédiaire financier. En temps ordinaire[72], ils n'ont droit à aucune information et ne peuvent donner aucune instruction. Si le trustee entend leur conférer certaines compétences, il doit le faire au moyen d'une procuration dont l'étendue doit être fixée avec précision.

---

69 ATF 102 II 136, JdT 1976 I 595, consid. 4.

70 In *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, Berne (Staempfli) 2001, pp. 151-176.

71 Cf. notamment l'art. 4 de la Convention de l'Association suisse des banquiers relative à l'obligation de diligence des banques, du 2 décembre 2002, qui assimile les trusts à des sociétés de domicile et prescrit les mesures nécessaires à en identifier les ayants droit économiques.

72 Les mesures pénales, les séquestres civils et autres mesures provisionnelles, ainsi que les situations de succession sont des exceptions qu'on ne discutera pas ici.

4. Bien que la Convention ne soumette pas les droits et obligations (et donc la responsabilité) "d'un tiers détenteur des biens" à la loi applicable au trust, la banque doit s'assurer que le trustee avec lequel elle contracte a les pouvoirs nécessaires pour les actes de gestion envisagés. Dans presque tous les trusts récemment constitués ainsi que dans les législations récentes, ces pouvoirs sont étendus de sorte que cette condition ne présente pas de difficulté particulière. Pour les fonds de pension et les placements collectifs ayant adopté la forme d'un trust, il convient d'établir les limites de la gestion avec une diligence semblable à celle qui se pratique pour les autres investisseurs institutionnels.

5. Une prudence accrue s'impose lorsque la banque concède un crédit au trustee garanti par des actifs en trust. Ces situations présentent souvent des conflits d'intérêts qui peuvent entacher la validité des sûretés créées par le trustee et empêcher l'acquisition de bonne foi par les preneurs de ces sûretés. L'opération exige un examen approfondi (*due diligence*), qui peut être simplifié par la production d'un avis de droit convaincant.

X. Remarque finale

La ratification de la Convention de La Haye sur les trusts et quelques modestes retouches à la LDIP et à la LP vont sensiblement améliorer la reconnaissance des trusts en Suisse et la sécurité des transactions relatives aux biens en trusts, confirmant l'attrait de notre place financière pour ce type d'opérations. Encore faut-il que ces règles, qui renvoient d'ailleurs constamment à la loi qui régit chaque trust, soient appliquées de manière professionnelle et compétente. Encore faut-il que les pratiques commerciales et les procédures internes gèrent, de manière appropriée, le risque juridique propre à ces transactions. Cela constitue un défi pour les juristes suisses, qu'ils travaillent au sein des institutions financières, comme avocats ou notaires ou encore comme magistrats. Rien ne serait ici plus dangereux qu'un faux sentiment de sécurité résultant d'une confiance aveugle dans des solutions qui résulteraient automatiquement des nouvelles dispositions. Tout au contraire, il faut voir dans ce cadre juridique amélioré un nouveau domaine de spécialisation où la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions à long terme sont des enjeux essentiels. Voilà qui devrait nourrir l'intérêt des étudiants, la curiosité de la doctrine, et motiver les professionnels du droit à se perfectionner, voire à se spécialiser, dans ce domaine porteur de perspectives prometteuses.

ANNEXE I

Conférence de La Haye de droit international privé

CONVENTION RELATIVE À LA LOI APPLICABLE AU TRUST ET À SA RECONNAISSANCE

(Conclue le 1er juillet 1985)
*(Entrée en vigueur le 1er janvier 1992)**

Les Etats signataires de la présente Convention,

Considérant que le trust est une institution caractéristique créée par les juridictions d'équité dans les pays de common law, adoptée par d'autres pays avec certaines modifications,

Sont convenus d'établir des dispositions communes sur la loi applicable au trust et de régler les problèmes les plus importants relatifs à sa reconnaissance,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et d'adopter les dispositions suivantes :

CHAPITRE I CHAMP D'APPLICATION

Article 1 La présente Convention détermine la loi applicable au trust et régit sa reconnaissance.

* Texte français authentique. Des numéros de paragraphe ont été ajoutés pour la commodité du lecteur.

Hague Conference on International Private Law

CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION

(Concluded 1st July 1985)
(Entered into force 1st January 1992)†

The States signatory to the present Convention,

Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution,

Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with the most important issues concerning the recognition of trusts,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions –

SCOPE

This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition.

Haager Konferenz für Internationales Privatrecht

ÜBEREINKOMMEN ÜBER DAS AUF TRUSTS ANZUWENDENDE RECHT UND ÜBER IHRE ANERKENNUNG

(Abgeschlossen am 1. Juli 1985)
(In Kraft getreten am 1. Januar 1992)‡

Die Unterzeichnerstaaten dieses Übereinkommens,

in der Erwägung, dass der Trust, wie er von Gerichten des Billigkeitsrechts in den Ländern des Common Law entwickelt und mit einigen Änderungen in andere Länder übernommen wurde, ein einzigartiges Rechtsinstitut ist,

in dem Wunsch, gemeinsame Bestimmungen über das auf Trusts anzuwendende Recht aufzustellen und die wichtigsten Fragen bezüglich der Anerkennung von Trusts zu regeln,

haben beschlossen, zu diesem Zweck ein Übereinkommen zu schliessen, und haben die folgenden Bestimmungen vereinbart:

ANWENDUNGSBEREICH

Dieses Übereinkommen bestimmt das auf Trusts anzuwendende Recht und regelt ihre Anerkennung.

† Authentic English text. Paragraph numbers have been added for the reader's convenience.
‡ Traduction allemande adoptée conjointement par la Suisse, l'Allemagne et l'Autriche, telle que publiée dans la *Bundesblatt* 2006 613.

Article 2 [1] Aux fins de la présente Convention, le terme "trust" vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

[2] Le trust présente les caractéristiques suivantes :

a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ;

b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ;

c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.

[3] Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Article 3 La Convention ne s'applique qu'aux trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit.

[1] For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.

[1] Im Sinn dieses Übereinkommens bedeutet der Ausdruck "Trust" die von einer Person, dem Begründer, – durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder für den Todesfall – geschaffenen Rechtsbeziehungen, wenn Vermögen zugunsten eines Begünstigten oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustees unterstellt worden ist.

[2] A trust has the following characteristics –

a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;

b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

[2] Ein Trust hat folgende Eigenschaften:

a) Das Vermögen des Trusts stellt ein getrenntes Sondervermögen dar und ist nicht Bestandteil des persönlichen Vermögens des Trustees;

b) Die Rechte in Bezug auf das Vermögen des Trusts lauten auf den Namen des Trustees oder auf den einer anderen Person in Vertretung des Trustees;

c) Der Trustee hat die Befugnis und die Verpflichtung, über die er Rechenschaft abzulegen hat, das Vermögen in Übereinstimmung mit den Trustbestimmungen und den ihm durch das Recht auferlegten besonderen Verpflichtungen zu verwalten, zu verwenden oder darüber zu verfügen.

[3] The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.

[3] Die Tatsache, dass sich der Begründer bestimmte Rechte und Befugnisse vorbehält oder dass der Trustee selbst Rechte als Begünstigter hat, steht dem Bestehen eines Trusts nicht notwendigerweise entgegen.

The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing.

Das Übereinkommen ist nur auf freiwillig errichtete und schriftlich nachgewiesene Trusts anzuwenden.

Article 4 La Convention ne s'applique pas à des questions préliminaires relatives à la validité des testaments ou d'autres actes juridiques par lesquels des biens sont transférés au trustee.

Article 5 La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

CHAPITRE II LOI APPLICABLE

Article 6 [1] Le trust est régi par la loi choisie par le constituant. Le choix doit être exprès ou résulter des dispositions de l'acte créant le trust ou en apportant la preuve, interprétées au besoin à l'aide des circonstances de la cause.

[2] Lorsque la loi choisie en application de l'alinéa précédent ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause, ce choix est sans effet et la loi déterminée par l'article 7 est applicable.

Article 7 [1] Lorsqu'il n'a pas été choisi de loi, le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

[2] Pour déterminer la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits, il est tenu compte notamment:

The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee.

Das Übereinkommen ist nicht auf Vorfragen in Bezug auf die Gültigkeit von Testamenten oder anderen Rechtsgeschäften anzuwenden, durch die dem Trustee Vermögen übertragen wird.

The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved.

Das Übereinkommen ist nicht anzuwenden, soweit das nach Kapitel II bestimmte Recht Trusts oder die Art von Trusts, um die es geht, nicht vorsieht.

APPLICABLE LAW

[1] A trust shall be governed by the law chosen by the settlor. The choice must be express or be implied in the terms of the instrument creating or the writing evidencing the trust, interpreted, if necessary, in the light of the circumstances of the case.

[2] Where the law chosen under the previous paragraph does not provide for trusts or the category of trust involved, the choice shall not be effective and the law specified in Article 7 shall apply.

[1] Where no applicable law has been chosen, a trust shall be governed by the law with which it is most closely connected.

[2] In ascertaining the law with which a trust is most closely connected reference shall be made in particular to –

ANZUWENDENDES RECHT

[1] Der Trust untersteht dem vom Begründer gewählten Recht. Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich aus den Bestimmungen der Errichtungsurkunde oder des Schriftstücks ergeben, das den Trust bestätigt, wobei diese, soweit erforderlich, nach den Umständen des Falles auszulegen sind.

[2] Sieht das nach Absatz 1 gewählte Recht Trusts oder die Art von Trusts, um die es geht, nicht vor, so ist die Rechtswahl unwirksam und das in Artikel 7 bestimmte Recht anzuwenden.

[1] Ist kein anzuwendendes Recht gewählt worden, so untersteht der Trust dem Recht, mit dem er die engsten Verbindungen aufweist.

[2] Bei der Bestimmung des Rechts, mit dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist, ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

a) du lieu d'administration du trust désigné par le constituant;

b) de la situation des biens du trust;

c) de la résidence ou du lieu d'établissement du trustee;

d) des objectifs du trust et des lieux où ils doivent être accomplis.

Article 8 [1] La loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust.

[2] Cette loi régit notamment:

a) la désignation, la démission et la révocation du trustee, l'aptitude particulière à exercer les attributions d'un trustee ainsi que la transmission des fonctions de trustee;

b) les droits et obligations des trustees entre eux;

c) le droit du trustee de déléguer en tout ou en partie l'exécution de ses obligations ou l'exercice de ses pouvoirs;

d) les pouvoirs du trustee d'administrer et de disposer des biens du trust, de les constituer en sûretés et d'acquérir des biens nouveaux;

e) les pouvoirs du trustee de faire des investissements;

f) les restrictions relatives à la durée du trust et aux pouvoirs de mettre en réserve les revenus du trust;

a) the place of administration of the trust designated by the settlor;

b) the situs of the assets of the trust;

c) the place of residence or business of the trustee;

d) the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled.

a) der vom Begründer bezeichnete Ort der Verwaltung des Trusts;

b) die Belegenheit des Vermögens des Trusts;

c) der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung des Trustees;

d) die Zwecke des Trusts und die Orte, an denen sie erfüllt werden sollen.

[1] The law specified by Article 6 or 7 shall govern the validity of the trust, its construction, its effects, and the administration of the trust.

[2] In particular that law shall govern –

a) the appointment, resignation and removal of trustees, the capacity to act as a trustee, and the devolution of the office of trustee;

b) the rights and duties of trustees among themselves;

c) the right of trustees to delegate in whole or in part the discharge of their duties or the exercise of their powers;

d) the power of trustees to administer or to dispose of trust assets, to create security interests in the trust assets, or to acquire new assets;

e) the powers of investment of trustees;

f) restrictions upon the duration of the trust, and upon the power to accumulate the income of the trust;

[1] Das in Artikel 6 oder 7 bestimmte Recht regelt die Gültigkeit des Trusts, seine Auslegung, seine Wirkungen und seine Verwaltung.

[2] Dieses Recht regelt insbesondere:

a) die Ernennung, den Rücktritt und die Abberufung von Trustees, die Fähigkeit, als Trustee zu handeln, und die Übertragung der Aufgaben eines Trustees;

b) die Rechte und Pflichten von Trustees untereinander;

c) das Recht von Trustees, die Wahrnehmung ihrer Pflichten oder die Ausübung ihrer Befugnisse ganz oder teilweise zu übertragen;

d) die Befugnis von Trustees, das Vermögen des Trusts zu verwalten, darüber zu verfügen, daran Sicherungsrechte zu begründen oder neues Vermögen zu erwerben;

e) die Befugnisse von Trustees, Investitionen vorzunehmen;

f) Beschränkungen in Bezug auf die Dauer des Trusts und in Bezug auf die Befugnis, aus den Einkünften des Trusts Rücklagen zu bilden;

g) les relations entre le trustee et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du trustee envers les bénéficiaires;

h) la modification ou la cessation du trust;

i) la répartition des biens du trust;

j) l'obligation du trustee de rendre compte de sa gestion.

Article 9 Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte.

Article 10 La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du trust susceptible d'être isolé, par une autre loi.

CHAPITRE III RECONNAISSANCE

Article 11 [1] Un trust créé conformément à la loi déterminée par le chapitre pécédent sera reconnu en tant que trust.

[2] La reconnaissance implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique.

g) the relationships between the trustees and the beneficiaries including the personal liability of the trustees to the beneficiaries;

h) the variation or termination of the trust;

i) the distribution of the trust assets;

j) the duty of trustees to account for their administration.

g) die Beziehungen zwischen den Trustees und den Begünstigten, einschliesslich der persönlichen Haftung der Trustees gegenüber den Begünstigten;

h) die Änderung oder Beendigung des Trusts;

i) die Verteilung des Vermögens des Trusts;

j) die Verpflichtung von Trustees, über ihre Verwaltung Rechenschaft abzulegen.

In applying this Chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law.

Bei der Anwendung dieses Kapitels kann ein abtrennbarer Teilbereich des Trusts, insbesondere seine Verwaltung, einem anderen Recht unterliegen.

The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law.

Das auf die Gültigkeit des Trusts anzuwendende Recht bestimmt, ob dieses Recht oder das für einen abtrennbaren Teilbereich des Trusts massgebliche Recht durch ein anderes Recht ersetzt werden kann.

RECOGNITION

[1] A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust.

[2] Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.

ANERKENNUNG

[1] Ein Trust, der nach dem in Kapitel II bestimmten Recht errichtet worden ist, wird als Trust anerkannt.

[2] Die Anerkennung hat mindestens die Wirkung, dass das Vermögen des Trusts ein vom persönlichen Vermögen des Trustees getrenntes Sondervermögen darstellt, dass der Trustee in seiner Eigenschaft als Trustee klagen oder verklagt werden kann und dass er in dieser Eigenschaft vor einem Notar oder jeder Person auftreten kann, die in amtlicher Eigenschaft tätig wird.

[3] Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment :

a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust ;

b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci ;

c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee ;

d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for.

Article 12 Le trustee qui désire faire inscrire dans un registre un bien meuble ou immeuble, ou un titre s'y rapportant, sera habilité à requérir l'inscription en sa qualité de trustee ou de telle façon que l'existence du trust apparaisse, pour autant que ce ne soit pas interdit par la loi de l'Etat où l'inscription doit avoir lieu ou incompatible avec cette loi.

[3] In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –

a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;

b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;

c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;

d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum.

[3] Soweit das auf den Trust anzuwendende Recht dies erfordert oder vorsieht, hat die Anerkennung insbesondere die Wirkung:

a) dass die persönlichen Gläubiger des Trustees keinen Zugriff auf das Vermögen des Trusts nehmen können;

b) dass das Vermögen des Trusts im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Trustees nicht Bestandteil des Vermögens des Trustees ist;

c) dass das Vermögen des Trusts weder Bestandteil des ehelichen Vermögens noch des Nachlasses des Trustees ist;

d) dass das Vermögen des Trusts herausverlangt werden kann, wenn der Trustee unter Verletzung der sich aus dem Trust ergebenden Verpflichtungen Vermögen des Trusts mit seinem persönlichen Vermögen vermischt oder Vermögen des Trusts veräussert hat. Die Rechte und Pflichten eines Dritten, der das Vermögen des Trusts in seinem Besitz hat, unterstehen jedoch weiterhin dem durch die Kollisionsnormen des Staates des angerufenen Gerichts bestimmten Recht.

Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed.

Will ein Trustee bewegliches oder unbewegliches Vermögen oder Rechte daran in ein Register eintragen lassen, so ist er hierzu, soweit dies nicht nach dem Recht des Staates, in dem die Eintragung erfolgen soll, verboten oder mit diesem Recht unvereinbar ist, in seiner Eigenschaft als Trustee oder unter anderweitiger Offenlegung des Bestehens eines Trusts befugt.

Article 13 Aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause.

Article 14 La Convention ne fait pas obstacle à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance d'un trust.

CHAPITRE IV DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 15 [1] La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désignée par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes :

a) la protection des mineurs et des incapables ;

b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage ;

c) les testaments et la dévolution des successions, spécialement la réserve ;

d) le transfert de propriété et les sûretés réelles ;

e) la protection des créanciers en cas d'insolvabilité ;

f) la protection des tiers de bonne foi à d'autres égards.

No State shall be bound to recognize a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved.

Ein Staat ist nicht verpflichtet, einen Trust anzuerkennen, dessen wesentliche Bestandteile mit Ausnahme der Wahl des anzuwendenden Rechts, des Ortes der Verwaltung und des gewöhnlichen Aufenthalts des Trustees engere Verbindungen mit Staaten aufweisen, die das Rechtsinstitut des Trusts oder die Art von Trust, um die es geht, nicht kennen.

The Convention shall not prevent the application of rules of law more favourable to the recognition of trusts.

Das Übereinkommen steht der Anwendung von Rechtsvorschriften nicht entgegen, die für die Anerkennung von Trusts günstiger sind.

GENERAL CLAUSES

[1] The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters –

a) the protection of minors and incapable parties;

b) the personal and proprietary effects of marriage;

c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives;

d) the transfer of title to property and security interests in property;

e) the protection of creditors in matters of insolvency;

f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.

ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

[1] Soweit von Bestimmungen des Rechts, auf das die Kollisionsnormen des Staates des angerufenen Gerichts verweisen, durch Rechtsgeschäft nicht abgewichen werden kann, steht das Übereinkommen der Anwendung dieser Bestimmungen nicht entgegen, insbesondere auf folgenden Gebieten:

a) Schutz Minderjähriger und Handlungsunfähiger;

b) persönliche und vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe;

c) Erbrecht einschliesslich Testamentsrecht, insbesondere Pflichtteil;

d) Übertragung von Eigentum und dingliche Sicherungsrechte;

e) Schutz von Gläubigern bei Zahlungsunfähigkeit;

f) Schutz gutgläubiger Dritter in anderen Belangen.

[2] Lorsque les dispositions du paragraphe précédent font obstacle à la reconnaissance du trust, le juge s'efforcera de donner effet aux objectifs du trust par d'autres moyens juridiques.

Article 16 [1] La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

[2] A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

[3] Tout Etat contractant pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article.

Article 17 Au sens de la Convention, le terme "loi" désigne les règles de droit en vigueur dans un Etat à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18 Les dispositions de la Convention peuvent être écartées si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19 La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale.

[2] If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means.

[2] Steht Absatz 1 der Anerkennung eines Trusts entgegen, so wird das Gericht versuchen, die Zwecke des Trusts mit anderen rechtlichen Mitteln zu verwirklichen.

[1] The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.

[1] Das Übereinkommen berührt nicht die Anwendung von Bestimmungen des Rechts des Staates des angerufenen Gerichts, die ohne Rücksicht auf Kollisionsnormen auch auf internationale Sachverhalte anzuwenden sind.

[2] If another State has a sufficiently close connection with a case then, in exceptional circumstances, effect may also be given to rules of that State which have the same character as mentioned in the preceding paragraph.

[2] Besteht eine hinreichend enge Verbindung des Streitgegenstands mit einem anderen Staat, so kann ausnahmsweise auch gleich gearteten Vorschriften dieses Staates Wirkung verliehen werden.

[3] Any Contracting State may, by way of reservation, declare that it will not apply the second paragraph of this Article.

[3] Jeder Vertragsstaat kann durch Vorbehalt erklären, dass er Absatz 2 nicht anwenden wird.

In the Convention the word "law" means the rules of law in force in a State other than its rules of conflict of laws.

In diesem Übereinkommen bedeutet der Ausdruck "Recht" die in einem Staat geltenden Rechtsnormen unter Ausschluss seiner Kollisionsnormen.

The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy (*ordre public*).

Die Bestimmungen des Übereinkommens können ausser Betracht bleiben, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (Ordre public) offensichtlich unvereinbar wäre.

Nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.

Das Übereinkommen lässt die Befugnisse der Staaten in Steuersachen unberührt.

Article 20 [1] Tout Etat contractant pourra, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues aux trusts créés par une décision de justice.

[2] Cette déclaration sera notifiée au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et prendra effet le jour de la réception de cette notification.

[3] L'article 31 est applicable par analogie au retrait de cette déclaration.

Article 21 Tout Etat contractant pourra se réserver le droit de n'appliquer les dispositions du chapitre III qu'aux trusts dont la validité est régie par la loi d'un Etat contractant.

Article 22 [1] La Convention est applicable quelle que soit la date à laquelle le trust a été créé.

[2] Toutefois, un Etat contractant pourra se réserver le droit de ne pas appliquer la Convention à un trust créé avant la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet Etat.

Article 23 A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de trust, toute référence à la loi de cet Etat sera considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée.

[1] Any Contracting State may, at any time, declare that the provisions of the Convention will be extended to trusts declared by judicial decisions.

[2] This declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and will come into effect on the day when this notification is received.

[3] Article 31 is applicable to the withdrawal of this declaration in the same way as it applies to a denunciation of the Convention.

[1] Jeder Vertragsstaat kann jederzeit erklären, dass das Übereinkommen auch auf Trusts Anwendung findet, die durch gerichtliche Entscheidung errichtet wurden.

[2] Diese Erklärung ist dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande zu notifizieren und wird mit dem Eingang der Notifikation wirksam.

[3] Artikel 31 gilt für die Rücknahme dieser Erklärung entsprechend.

Any Contracting State may reserve the right to apply the provisions of Chapter III only to trusts the validity of which is governed by the law of a Contracting State.

Jeder Vertragsstaat kann sich das Recht vorbehalten, Kapitel III nur auf Trusts anzuwenden, deren Gültigkeit dem Recht eines Vertragsstaats unterliegt.

[1] The Convention applies to trusts regardless of the date on which they were created.

[2] However, a Contracting State may reserve the right not to apply the Convention to trusts created before the date on which, in relation to that State, the Convention enters into force.

[1] Das Übereinkommen ist ohne Rücksicht auf den Tag anzuwenden, an dem der Trust errichtet worden ist.

[2] Ein Vertragsstaat kann sich jedoch das Recht vorbehalten, das Übereinkommen nicht auf Trusts anzuwenden, die errichtet wurden, bevor das Übereinkommen für ihn in Kraft getreten ist.

For the purpose of identifying the law applicable under the Convention, where a State comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of trusts, any reference to the law of that State is to be construed as referring to the law in force in the territorial unit in question.

Umfasst ein Staat mehrere Gebietseinheiten, von denen jede für Trusts ihre eigenen Rechtsnormen hat, so ist bei der Bestimmung des nach diesem Übereinkommen anzuwendenden Rechts eine Verweisung auf das Recht dieses Staates als Verweisung auf das Recht zu verstehen, das in der betreffenden Gebietseinheit gilt.

Article 24 Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de trust n'est pas tenu d'appliquer la Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 25 La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention.

CHAPITRE V CLAUSES FINALES

Article 26 [1] Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou au moment d'une déclaration faite en vertu de l'article 29, pourra faire les réserves prévues aux articles 16, 21 et 22.

[2] Aucune autre réserve ne sera admise.

[3] Tout Etat contractant pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite ; l'effet de la réserve cessera le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification du retrait.

Article 27 [1] La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

A State within which different territorial units have their own rules of law in respect of trusts is not bound to apply the Convention to conflicts solely between the laws of such units.

Ein Staat, in dem verschiedene Gebietseinheiten ihre eigenen Rechtsnormen für Trusts haben, ist nicht verpflichtet, das Übereinkommen auf Kollisionen zwischen den Rechtsordnungen dieser Gebietseinheiten anzuwenden.

The Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a party.

Dieses Übereinkommen berührt nicht andere internationale Übereinkünfte, deren Vertragspartei ein Vertragsstaat des Übereinkommens ist oder wird und die Bestimmungen über die durch dieses Übereinkommen geregelten Angelegenheiten enthalten.

FINAL CLAUSES

[1] Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, or at the time of making a declaration in terms of Article 29, make the reservations provided for in Articles 16, 21 and 22.

[2] No other reservation shall be permitted.

[3] Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the third calendar month after notification of the withdrawal.

[1] The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Fifteenth Session.

SCHLUSSBESTIMMUNGEN

[1] Jeder Staat kann bei der Unterzeichnung, der Ratifikation, der Annahme, der Genehmigung oder dem Beitritt oder bei der Abgabe einer Erklärung nach Artikel 29 die in den Artikeln 16, 21 und 22 vorgesehenen Vorbehalte anbringen.

[2] Andere Vorbehalte sind nicht zulässig.

[3] Jeder Vertragsstaat kann einen von ihm angebrachten Vorbehalt jederzeit zurücknehmen; die Wirkung des Vorbehalts endet am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach der Notifikation der Rücknahme.

[1] Das Übereinkommen liegt für die Staaten zur Unterzeichnung auf, die zur Zeit der Fünfzehnten Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht Mitglied der Konferenz waren.

[2] Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 28

[1] Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 30, alinéa premier.

[2] L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

[3] L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'Etat adhérant et les Etats contractants qui n'auront pas élevé d'objection à son encontre dans les douze mois après la réception de la notification prévue à l'article 32. Une telle objection pourra également être élevée par tout Etat Membre au moment d'une ratification, acceptation ou approbation de la Convention, ultérieure à l'adhésion. Ces objections seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas.

Article 29

[1] Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

[2] It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

[2] Es bedarf der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung; die Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunden werden beim Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande hinterlegt.

[1] Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 30, paragraph 1.

[2] The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

[3] The accession shall have effect only as regards the relations between the acceding State and those Contracting States which have not raised an objection to its accession in the twelve months after the receipt of the notification referred to in Article 32. Such an objection may also be raised by Member States at the time when they ratify, accept or approve the Convention after an accession. Any such objection shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands.

[1] Jeder andere Staat kann dem Übereinkommen beitreten, nachdem es gemäss Artikel 30 Absatz 1 in Kraft getreten ist.

[2] Die Beitrittsurkunde wird beim Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande hinterlegt.

[3] Der Beitritt wirkt nur in den Beziehungen zwischen dem beitretenden Staat und den Vertragsstaaten, die binnen zwölf Monaten nach Eingang der in Artikel 32 vorgesehenen Notifikation nicht Einspruch gegen den Beitritt erhoben haben. Nach dem Beitritt kann ein solcher Einspruch auch von einem Mitgliedstaat in dem Zeitpunkt erhoben werden, in dem er das Übereinkommen ratifiziert, annimmt oder genehmigt. Die Einsprüche werden dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande notifiziert.

[1] If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.

[1] Ein Staat, der aus zwei oder mehr Gebietseinheiten besteht, in denen unterschiedliche Rechtsordnungen gelten, kann bei der Unterzeichnung, der Ratifikation, der Annahme, der Genehmigung oder dem Beitritt erklären, dass sich das Übereinkommen auf alle seine Gebietseinheiten oder nur auf eine oder mehrere davon erstreckt; er kann diese Erklärung durch Abgabe einer neuen Erklärung jederzeit ändern.

[2] Ces déclarations seront notifiées au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

[3] Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 30

[1] La Convention entrera en vigueur le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 27.

[2] Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a) pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, le premier jour du troisième mois du calendrier après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation;

b) pour tout Etat adhérant, le premier jour du troisième mois du calendrier après l'expiration du délai visé à l'article 28;

c) pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 29, le premier jour du troisième mois du calendrier après la notification visée dans cet article.

[2] Any such declaration shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

[3] If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

[2] Eine solche Erklärung wird dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande unter ausdrücklicher Bezeichnung der Gebietseinheiten notifiziert, für die das Übereinkommen gilt.

[3] Gibt ein Staat keine Erklärung nach diesem Artikel ab, so erstreckt sich das Übereinkommen auf alle Gebietseinheiten dieses Staates.

[1] The Convention shall enter into force on the first day of the third calendar month after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in Article 27.

[2] Thereafter the Convention shall enter into force –

a) for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, on the first day of the third calendar month after the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval;

b) for each acceding State, on the first day of the third calendar month after the expiry of the period referred to in Article 28;

c) for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 29, on the first day of the third calendar month after the notification referred to in that Article.

[1] Das Übereinkommen tritt am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach der in Artikel 27 vorgesehenen Hinterlegung der dritten Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde in Kraft.

[2] Danach tritt das Übereinkommen in Kraft:

a) für jeden Staat, der es später ratifiziert, annimmt oder genehmigt, am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde;

b) für jeden beitretenden Staat am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach Ablauf der in Artikel 28 vorgesehenen Frist;

c) für eine Gebietseinheit, auf die das Übereinkommen nach Artikel 29 erstreckt worden ist, am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach der in dem betreffenden Artikel vorgesehenen Notifikation.

Article 31 [1] Tout Etat contractant pourra dénoncer la présente Convention par une notification formelle adressée par écrit au Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

[2] La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire, ou à toute autre date ultérieure spécifiée dans la notification.

Article 32 Le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas notifiera aux Etats Membres de la Conférence, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 28 :

a) les signatures, ratifications, acceptations et approbations visées à l'article 27 ;

b) la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 30 ;

c) les adhésions et les objections aux adhésions visées à l'article 28 ;

d) les extensions visées à l'article 29 ;

e) les déclarations visées à l'article 20 ;

f) les réserves ou les retraits de réserve prévus à l'article 26 ;

g) les dénonciations visées à l'article 31.

[1] Any Contracting State may denounce this Convention by a formal notification in writing addressed to the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

[2] The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the notification is received by the depositary or on such later date as is specified in the notification.

The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands shall notify the States Members of the Conference, and the States which have acceded in accordance with Article 28, of the following –

a) the signatures and ratifications, acceptances or approvals referred to in Article 27;

b) the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 30;

c) the accessions and the objections raised to accessions referred to in Article 28;

d) the extensions referred to in Article 29;

e) the declarations referred to in Article 20;

f) the reservation or withdrawals referred to in Article 26;

g) the denunciations referred to in Article 31.

[1] Jeder Vertragsstaat kann dieses Übereinkommen schriftlich durch eine förmliche Notifikation kündigen, die an das Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande, den Verwahrer des Übereinkommens, zu richten ist.

[2] Die Kündigung wird am ersten Tag des Monats, der auf einen Zeitabschnitt von sechs Monaten nach Eingang der Notifikation beim Verwahrer folgt, oder zu einem in der Notifikation genannten späteren Zeitpunkt wirksam.

Das Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande notifiziert den Mitgliedstaaten der Konferenz sowie den Staaten, die nach Artikel 28 beigetreten sind:

a) jede Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme und Genehmigung nach Artikel 27;

b) den Tag, an dem das Übereinkommen nach Artikel 30 in Kraft tritt;

c) jeden Beitritt und jeden gegen einen Beitritt erhobenen Einspruch nach Artikel 28;

d) jede Erstreckung nach Artikel 29;

e) jede Erklärung nach Artikel 20;

f) jeden Vorbehalt und jede Rücknahme eines Vorbehalts nach Artikel 26;

g) jede Kündigung nach Artikel 31.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le premier juillet 1985, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Quinzième session.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the first day of July, 1985, in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Fifteenth Session.

Zu Urkund dessen haben die hierzu gehörig befugten Unterzeichneten dieses Übereinkommen unterschrieben.

Geschehen in Den Haag am 1. Juli 1985 in englischer und französischer Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermassen verbindlich ist, in einer Urschrift, die im Archiv der Regierung des Königreichs der Niederlande hinterlegt und von der jedem Staat, der zur Zeit der Fünfzehnten Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht Mitglied der Konferenz war, auf diplomatischem Weg eine beglaubigte Abschrift übermittelt wird.

ANNEXE II

Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

du 20 décembre 2006
(version publiée à la *Feuille fédérale* 2007 41)

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu les art. 54, al. 1, et 166, al. 2, de la Constitution,

vu le message du Conseil fédéral du 2 décembre 2005[1],

arrête :

Art. 1

[1] La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance est approuvée.

[2] Le Conseil fédéral est autorisé à la ratifier.

Art. 2

La loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le **droit international privé** est modifiée comme suit :

Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendendeRecht und über ihre Anerkennung

vom 20. Dezember 2006
(wie im *Bundesblatt* 2007 41 veröffentlicht)

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Artikel 54 Absatz 1 und 166 Absatz 2 der Bundesverfassung,

nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 2. Dezember 2005[2]

beschliesst :

Art. 1

[1] Das Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung wird genehmigt.

[2] Der Bundesrat wird ermächtigt, das Übereinkommen zu ratifizieren.

Art. 2

Das Bundesgesetz vom 18. Dezember über das **Internationale Privatrecht** wird wie folgt geändert :

[1] FF 2006 561.
[2] BBl 2006 551.

Art. 21
II. Siège et établissement des sociétés *et des trusts* [3]

[1] Pour les sociétés *et pour les trusts au sens de l'art. 149a*, le siège vaut domicile.

[2] Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. A défaut de désignation, le siège d'une société se trouve au lieu où la société est administrée en fait.

[3] *Le siège d'un trust est réputé se trouver au lieu de son administration désigné dans les termes du trust par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. A défaut de désignation, le siège se trouve au lieu où le trust est administré en fait.*

[4] L'établissement d'une société *ou d'un trust* se trouve dans l'Etat dans lequel se trouve son siège ou dans un Etat dans lequel se trouve une de ses succursales.

Titre précédant l'art. 149a

Chapitre 9*a*: Trusts

Art. 149*a*
I. Définition

On entend par trusts les trusts constitués par acte juridique au sens de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, indépendamment du fait que la preuve de ces trusts est apportée ou non par écrit au sens de l'art. 3 de ladite convention.

Art. 21
II. Sitz und Niederlassung von Gesellschaften *und Trusts* [3]

[1] Bei Gesellschaften *und bei Trusts nach Artikel 149a* gilt der Sitz als Wohnsitz.

[2] Als Sitz einer Gesellschaft gilt der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort. Fehlt eine solche Bezeichnung, so gilt als Sitz der Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird.

[3] *Als Sitz eines Trusts gilt der in den Bestimmungen des Trusts schriftlich oder in anderer Form durch Text nachweisbar bezeichnete Ort seiner Verwaltung. Fehlt eine solche Bezeichnung, so gilt als Sitz der tatsächliche Ort seiner Verwaltung.*

[4] Die Niederlassung einer Gesellschaft *oder eines Trusts* befindet sich in dem Staat, in dem der Sitz liegt, oder in einem der Staaten, in dem sich eine Zweigniederlassung befindet.

Gliederungstitel vor Art. 149a

9*a* Kapitel: Trusts

Art. 149*a*
I. Begriff

Als Trusts gelten rechtsgeschäftlich errichtete Trusts im Sinne des Haager Übereinkommens vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, unabhängig davon, ob sie im Sinne von Artikel 3 des Übereinkommens schriftlich nachgewiesen sind.

---

[3] Dans cet article, les modifications ont été mises en italiques.

Art. 149*b*
II. Compétence

[1] Dans les affaires relevant du droit des trusts, l'élection de for selon les termes du trust est déterminante. L'élection de for ou l'autorisation d'élire le for prévue dans les termes du trust ne doit être observée que si elle a eu lieu par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive. L'art. 5, al. 2, s'applique par analogie.

[2] Le tribunal élu ne peut décliner sa compétence :

a) si l'une des parties, le trust ou un trustee est domicilié, a sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton où ce tribunal siège, ou

b) si une grande partie du patrimoine du trust se trouve en Suisse.

[3] A défaut d'une élection de for valable ou lorsque l'élection de for n'est pas exclusive, un des tribunaux suisses suivants est compétent :

a) le tribunal du domicile ou, à défaut de domicile, celui de la résidence habituelle de la partie défenderesse ;

b) le tribunal du siège du trust ;

c) pour les actions découlant de l'exploitation d'un établissement en Suisse, le tribunal du lieu de cet établissement.

[4] En cas de litige portant sur la responsabilité suite à l'émission publique de titres de participation et d'emprunts, une action peut en outre être intentée devant les tribunaux suisses du lieu d'émission. Cette compétence ne peut être exclue par une élection de for.

Art. 149*b*
II. Zuständigkeit

[1] In trustrechtlichen Angelegenheiten ist die Gerichtstandswahl gemäss den Bestimmungen des Trusts massgebend. Die Wahl oder eine Ermächtigung dazu in den Bestimmungen ist nur zu beachten, wenn sie schriftlich erfolgt ist oder in einer anderen Form, die ihren Nachweis durch Text ermöglicht. Ist nichts anderes bestimmt, so ist das bezeichnete Gericht ausschliesslich zuständig. Artikel 5 Absatz 2 gilt sinngemäss.

[2] Das bezeichnete Gericht darf seine Zuständigkeit nicht ablehnen, wenn :

a) eine Partei, der Trust oder ein Trustee Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung im Kanton dieses Gerichts hat, oder

b) ein Grossteil des Trustvermögens sich in der Schweiz befindet.

[3] Fehlt eine gültige Gerichtsstandswahl oder ist nach ihr das bezeichnete Gericht nicht ausschliesslich zuständig, so sind die schweizerischen Gerichte zuständig :

a) am Wohnsitz oder, wenn ein solcher fehlt, am gewöhnlichen Aufenthalt der beklagten Partei ;

b) am Sitz des Trusts, oder

c) für Klagen aufgrund der Tätigkeit einer Niederlassung in der Schweiz, am Ort dieser Niederlassung.

[4] Bei Streitigkeiten über die Verantwortlichkeit infolge öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen kann ausserdem bei den schweizerischen Gerichten am Ausgabeort geklagt werden. Diese Zuständigkeit kann durch eine Gerichtsstandswahl nicht ausgeschlossen werden.

Art. 149*c*
III. Droit applicable

[1] Le droit applicable aux trusts est régi par la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

[2] Le droit désigné par ladite convention est également déterminant dans les cas où, conformément à son art. 5, elle n'est pas applicable, et où, conformément à son art. 13, l'Etat n'est pas tenu de reconnaître un trust.

Art. 149*d*
IV. Dispositions spéciales concernant la publicité

[1] Lorsque les biens d'un trust sont inscrits au nom d'un trustee dans le registre foncier, le registre des bateaux ou le registre des aéronefs, le lien avec un trust peut faire l'objet d'une mention.

[2] Le lien avec un trust portant sur des droits de propriété intellectuelle enregistrés en Suisse est, sur demande, inscrit dans le registre pertinent.

[3] Le lien avec un trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrit n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.

Art. 149*e*
V. Décisions étrangères

[1] Les décisions étrangères dans des affaires relevant du droit des trusts sont reconnues en Suisse lorsque :

a) elles ont été rendues par un tribunal valablement désigné selon l'art. 149*b*, al. 1 ;

Art. 149*c*
III. Anwendbares Recht

[1] Für das auf Trusts anwendbare Recht gilt das Haager Übereinkommen vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung.

[2] Das vom Übereinkommen bezeichnete anwendbare Recht ist auch dort massgebend, wo nach Artikel 5 des Übereinkommens dieses nicht anzuwenden ist oder wo nach Artikel 13 des Übereinkommens keine Verpflichtung zur Anerkennung eines Trusts besteht.

Art. 149*d*
IV. Besondere Vorschriften betreffend Publizität

[1] Bei Trustvermögen, das auf den Namen von Trustees im Grundbuch, im Schiffsregister oder im Luftfahrzeugbuch eingetragen ist, kann auf das Trustverhältnis durch eine Anmerkung hingewiesen werden.

[2] Trustverhältnisse, die in der Schweiz registrierte Immaterialgüterrechte betreffen, werden auf Antrag im jeweiligen Register eingetragen.

[3] Ein nicht angemerktes oder eingetragenes Trustverhältnis ist gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam.

Art. 149*e*
V. Ausländische Entscheidungen

[1] Ausländische Entscheidungen in trustrechtlichen Angelegenheiten werden in der Schweiz anerkannt, wenn :

a) sie von einem nach Artikel 149*b* Absatz 1 gültig bezeichneten Gericht getroffen worden sind ;

b) elles ont été rendues dans l'Etat du domicile, de la résidence habituelle ou de l'établissement de la partie défenderesse;

c) elles ont été rendues dans l'Etat du siège du trust;

d) elles ont été rendues dans l'Etat dont le droit régit le trust, ou

e) elles sont reconnues dans l'Etat du siège du trust et la partie défenderesse n'était pas domiciliée en Suisse.

[2] L'art. 165, al. 2, est applicable par analogie aux décisions étrangères relatives aux prétentions liées à l'émission publique de titres de participation et d'emprunts au moyen de prospectus, circulaires ou autres publications analogues.

b) sie im Staat ergangen sind, in dem die beklagte Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung hatte;

c) sie im Staat ergangen sind, in dem der Trust seinen Sitz hatte;

d) sie im Staat ergangen sind, dessen Recht der Trust untersteht, oder

e) sie im Staat anerkannt werden, in dem der Trust seinen Sitz hat, und die beklagte Partei ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte.

[2] Für ausländische Entscheidungen über Ansprüche aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen aufgrund von Prospekten, Zirkularen und ähnlichen Bekanntmachungen gilt sinngemäss Artikel 165 Absatz 2.

Art. 3

La loi fédérale du 11 avril 1889 sur la **poursuite pour dettes et la faillite** est modifiée comme suit:

Titre précédant l'art. 284a

Titre neuvième[bis]: Dispositions particulières sur les relations de trust

Art. 284*a*

A. Poursuite pour dettes du patrimoine d'un trust

[1] Lorsque le patrimoine d'un trust au sens du chap. 9*a* de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP) répond d'une dette, la poursuite doit être dirigée contre un trustee en qualité de représentant du trust.

Art. 3

Das Bundesgesetz vom 11. April 1889 über **Schuldbetreibung und Konkurs** wird wie folgt geändert:

Gliederungstitel vor Art. 284a

Neunter Titel[bis]: Besondere Bestimmungen bei Trustverhältnissen

Art. 284*a*

A. Betreibung für Schulden eines Trustvermögens

[1] Haftet für die Schuld das Vermögens eines Trust im Sinne von Kapitel 9*a* des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), so ist die Betreibung gegen einen Trustee als Vertreter des Trusts zu richten.

[2] Le for de la poursuite est le siège du trust selon l'art. 21, al. 3, LDIP. Lorsque le lieu de l'administration désigné n'est pas en Suisse, le trust est poursuivi dans le lieu où il est administré en fait.

[3] La poursuite se continue par voie de faillite. La faillite est limitée au patrimoine du trust.

Art. 284*b*
B. Faillite d'un trustee

Dans la faillite d'un trustee, le patrimoine du trust est distrait de la masse en faillite après déduction des créances du trustee contre ce patrimoine.

Art. 4

[1] Le présent arrêté est sujet au référendum prévu par les art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, et 141*a*, al. 2, Cst. pour les traités internationaux qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

[2] Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur des modifications visées aux art. 2 et 3.

[2] Betreibungsort ist der Sitz des Trusts nach Artikel 21 Absatz 3 IPRG. Befindet sich der bezeichnete Ort der Verwaltung nicht in der Schweiz, so ist der Trust an dem Ort zu betreiben, an dem er tatsächlich verwaltet wird.

[3] Die Betreibung wird auf Konkurs fortgesetzt. Der Konkurs ist auf das Trustvermögen beschränkt.

Art. 284*b*
B. Konkurs eines Trustees

Im Konkurs eines Trustees wird nach Abzug seiner Ansprüche gegen das Trustvermögen dieses aus der Konkursmasse ausgeschieden.

Art. 4

[1] Dieser Beschluss untersteht dem fakultativen Staatsvertragsreferendum für Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert, nach den Artikeln 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 und 141*a* Absatz 2 der Bundesverfassung.

[2] Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten der in den Artikeln 2 und 3 erwähnten Bundesgesetze.

L'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS DITES "OFFSHORE" : UN ARSENAL PEU COHÉRENT DE MESURES DISPARATES

Xavier Oberson*

I. Introduction

Dans les relations internationales, la Suisse connaît, en principe, le système classique de l'imposition mondiale des résidents (assujettissement illimité) et de l'imposition limitée des non-résidents sur certains revenus trouvant leur source sur territoire suisse. Les contribuables assujettis de façon illimitée, à savoir les personnes physiques domiciliées ou les personnes morales disposant d'un siège en Suisse, sont toutefois exemptés sur les revenus ou les bénéfices attribuables à une entreprise ou un établissement stable sis à l'étranger. En l'absence de rattachement (personnel ou économique) en Suisse, les personnes morales dont le siège se trouve à l'étranger ne sont pas soumises aux impôts suisses.

Contrairement à de nombreux Etats, la Suisse ne connaît pas en droit interne de régime dit de "société étrangère contrôlée"[1]. Il s'agit de règles qui permettent, à des conditions strictement définies dans la loi, d'attribuer, auprès de contribuables (personnes physiques ou morales) assujettis dans un Etat, les bénéfices réalisés par des sociétés étrangères qu'ils contrôlent et qui bénéficient dans l'Etat de siège d'un régime fiscal de faveur[2]. La plupart du temps, ces règles s'attaquent essentiellement aux revenus passifs générés dans la société étrangère. Dans la règle, pour éviter une éventuelle double imposition, le droit interne accorde toutefois un crédit sur les montants d'impôts payés dans l'Etat de la société contrôlée.

En l'absence d'un régime de société étrangère contrôlée, il est *a priori* tentant pour une personne physique ou morale résidant en Suisse de localiser une entreprise dans un pays à fiscalité favorable pour essayer d'éviter la charge fiscale suisse. Dans la mesure où les conditions d'assujettissement à l'étranger sont bien

---

* Professeur à l'Université de Genève, avocat.

1 Voir à ce propos OCDE, *Législation relative aux sociétés étrangères contrôlées*, Paris 1996.

2 Introduites à la fin des années soixante par les Etats-Unis (la fameuse "Subpart F"), ces règles internes ont été ensuite mises en œuvre par de nombreux Etats, dont l'Allemagne, la France, la Grande-Bretagne et l'Italie. Outre leur complexité, elles posent de nombreux problèmes de compatibilité avec le droit fiscal international. Voir à ce propos Altenburger (2001/02), p. 489 et Noël (2000), p. 135. Ces règles sont également mises à mal dans le cadre du droit communautaire.

établies, la Suisse devra alors exempter les bénéfices attribuables à cette entreprise. De plus, même si cette société est contrôlée par une personne en Suisse, le droit suisse ne permet pas d'attribuer les bénéfices étrangers à la personne résidant en Suisse qui contrôle la structure.

Depuis quelques années, la pratique s'est toutefois nettement durcie. Peu à peu, les tribunaux suisses ont été amenés à fixer des règles anti-abus face à des structures offshore mises en place ou contrôlées par des entreprises ou des personnes physiques résidant en Suisse. Notons que le terme de société offshore ne désigne pas un type spécifique de société. Fondamentalement, on entend par ce terme une société de capitaux, sise dans un pays étranger, dont le taux d'imposition est particulièrement favorable. En pratique, ces sociétés sont généralement, mais pas nécessairement, domiciliées dans des paradis fiscaux[3].

Notre propos, après un bref panorama des différentes approches préconisées par la jurisprudence et la législation, est de tenter de mettre un peu de systématique dans cet arsenal qui tend à se développer dans diverses directions, pas nécessairement coordonnées, au gré des cas, parfois rocambolesques, qui sont examinés par la jurisprudence. Nous laisserons toutefois délibérément de côté les problèmes posés par la TVA, qui mériteraient un développement supplémentaire.

II. Six mesures anti-abus pour lutter contre les sociétés offshore

A. La théorie de la transparence fiscale

1. Le point de départ : les relations intercantonales

a) Introduction

La Suisse connaît un régime fiscal complexe en droit interne, de par la juxtaposition des souverainetés fiscales (Confédération, cantons et communes). La différence de taux entre les cantons, notamment, a conduit à une réelle concurrence fiscale. Dans les relations intercantonales, la Suisse a toujours utilisé le système de l'exemption. Partant, certaines entreprises ont opté pour une implantation, voire une délocalisation, dans un canton à fiscalité plus favorable. Très tôt, la jurisprudence a été ainsi amenée à trancher des situations abusives de mise en œuvre de structures dépourvues de substance dans des cantons à fiscalité réduite. Fondamentalement, le Tribunal fédéral a développé, dans ce contexte, deux mesures anti-abus : (i) la transparence fiscale et (ii) la localisation au siège de la direction effective d'une société.

---

[3] Voir à ce sujet OCDE, *Coopération fiscale, vers l'établissement de règles du jeu équitable*, Paris 2006 ; OCDE, *Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial*, Paris 1998 ; OCDE, *L'évasion et la fraude fiscales internationales*, Paris 1987.

b) L'évolution de la jurisprudence

L'idée de ne pas reconnaître la personnalité morale d'une société anonyme constituée aux fins d'évasion fiscale est évoquée dans un premier arrêt datant de 1906[4]. Dans cette affaire, un contribuable résidant d'Obwald a tenté en vain de faire détenir un immeuble à Nidwald par une société anonyme sise dans le même canton, aux fins d'obtenir la pleine déduction des intérêts passifs. Le Tribunal fédéral a considéré que l'approche de l'administration, fondée sur la réalité économique, n'était pas arbitraire.

Notre Haute Cour s'est prononcée sur le problème de transparence également dans un arrêt *Honegger-Schellenberg* de 1926[5]. Il s'agissait d'un entrepreneur domicilié dans le canton de Zurich, associé d'une société en commandite zurichoise portant son nom, et fondateur d'une fondation de famille établie dans le canton de Zoug. Le recourant prétendait que la fortune et le revenu attribuables à la fondation devaient être imposés au taux de Zoug, plus avantageux que celui de Zurich. Le Tribunal fédéral ne l'a pas suivi, dans la mesure où la création de la fondation dans le canton de Zoug était constitutive d'une évasion fiscale. Partant, la fortune et le revenu de la fondation sont restés imposables dans le canton de Zurich, domicile du recourant. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite[6].

De ces premiers arrêts, on peut dégager la règle selon laquelle, en matière de conflits intercantonaux, les cantons peuvent ne pas reconnaître l'existence d'une personne morale lorsqu'il est établi : (i) que ses bénéfices et ses fonds propres appartiennent en réalité à une autre personne et (ii) que la personne morale a été créée dans le but d'éluder la loi fiscale.

Le Tribunal fédéral n'avait pas encore examiné l'hypothèse où seule la première de ces conditions serait réalisée. Il se penche sur cette question dans un arrêt *Société pour l'industrie de l'aluminium* (AIAG) du 1er décembre 1933[7]. Cette affaire opposait les cantons du Valais et de Schaffhouse au sujet de la répartition intercantonale entre une société mère de fabrication et de participations située à Schaffhouse (AIAG) détenant l'intégralité des actions d'une filiale sise dans le canton du Valais (ITAG). AIAG détenait des usines en Valais, en Allemagne et en Autriche. Les usines les plus importantes se trouvaient en Valais (à Chippis et Sierre). Quant à la filiale (ITAG), elle effectuait une partie de l'exploitation sur des installations de la société mère. Le canton du Valais faisait valoir que la société mère et la fille ne formaient en réalité qu'un seul et même contribuable. De la sorte, le canton du Valais prétendait que la filiale valaisanne constituait un

4 ATF 32 I 630 ; voir aussi Matteotti (2003), p. 160.
5 ATF 52 I 375.
6 ATF 53 I 440 ; 55 I 379.
7 ATF 59 I 272.

établissement stable de sa mère, avec à la clé une répartition intercantonale plus favorable pour ce canton, tant en ce qui concerne la fortune que les bénéfices.

Le Tribunal fédéral a rappelé tout d'abord que le principe de l'indépendance des sociétés anonymes n'est pas remis en cause du simple fait que la première possède la totalité des actions de la seconde et la domine entièrement. En effet, une société anonyme peut très bien exister alors même que ses actions sont toutes réunies dans la même main. En revanche, il admet la possibilité de nier l'existence d'une personne morale, en imposant son bénéfice directement auprès de la personne physique ou morale qui en a été la fondatrice, si deux conditions sont réalisées : (i) nonobstant le transfert des revenus à la société, son fondateur continue, en fait et économiquement parlant, d'être le maître et le bénéficiaire des valeurs et revenus transférés et (ii) la personne morale a été créée dans le seul but de diminuer le montant de l'impôt. Cet arrêt confirme donc bien la nécessité des deux conditions cumulatives.

En l'espèce, selon notre Haute Cour, le fait, pour AIAG, de se décharger de l'exploitation sur ITAG, dont elle possède les actions, n'a généralement pas pour conséquence de diminuer la charge fiscale mais de l'augmenter, car le revenu et la fortune sont alors imposés deux fois, auprès de la fille et auprès de la mère. Certes, Schaffhouse octroyait peut-être un traitement pour société de participations, mais le privilège n'était accordé qu'aux sociétés qui n'avaient pas d'exploitation dans le canton. Partant, le canton du Valais a été débouté et la personnalité morale de AIAG confirmée.

Le Tribunal fédéral a été amené une nouvelle fois à examiner l'opportunité d'un *Durchgriff* dans un arrêt du 13 novembre 1969[8]. Il juge transparente une société immobilière, détenue par une société Y Holding, possédant comme seul actif une maison de vacances utilisée exclusivement par l'actionnaire de la holding et sa famille, ce qui conduit à un assujettissement de l'actionnaire au lieu de situation de l'immeuble. En d'autres termes, l'actionnaire est en réalité – économiquement parlant – propriétaire dans le canton où il est assujetti limité. Cela implique que les actions de la société immobilière ne peuvent plus être prises en compte dans l'imposition de Y Holding, que le recourant contrôle de toute manière.

Divers arrêts ultérieurs confirment la possibilité de faire abstraction de la dualité juridique, notamment lorsqu'une société est détenue par un seul actionnaire et est opposée aux tiers de façon contraire à la bonne foi pour en retirer des avantages abusifs[9]. La jurisprudence opère toutefois une distinction suivant le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral. Ainsi, en matière cantonale, sous l'angle de l'examen limité à l'arbitraire, notre Haute Cour admet que l'administration puisse faire abstraction de la forme juridique lorsque des raisons objectives et

---

8 Archives 40, 210 ss.

9 ATF 97 II 293 ; 92 II 164.

sérieuses le justifient, mais elle ne saurait invoquer tantôt l’unité économique, tantôt la dualité juridique[10]. En revanche, lorsque le Tribunal fédéral dispose d’un libre pouvoir d’examen, soit pour les impôts fédéraux, soit en matière de double imposition intercantonale, il limite le recours à l’unité économique aux cas où la forme juridique à laquelle le contribuable a eu recours est insolite, inadéquate ou anormale et n’a été choisie qu’aux fins d’éluder l’impôt[11]. Au demeurant, il précise que le contribuable lui-même ne saurait invoquer à son avantage le principe de l’unité économique[12].

On constate donc qu’à partir de cette période, la jurisprudence du Tribunal fédéral est solidement établie[13]. La théorie de l’évasion fiscale sert de fondement à l’admissibilité d’un *Durchgriff*. On remarque toutefois que la première condition, posée initialement par la jurisprudence, à savoir que la fortune et les rendements de l’entité querellée se trouvent, en fait, sous la dépendance d’une autre personne physique ou morale, a entre-temps disparu. Ce faisant, le Tribunal fédéral entrouvre déjà la porte à la solution, dogmatiquement très discutable, tendant à l’attribution auprès d’autres personnes (physiques ou morales) des actifs ou des produits d’une société anonyme considérée comme transparente. Comme on va le voir, le pas dans cette direction sera franchi dans un arrêt du 30 janvier 2006[14], qui ne concerne toutefois pas les relations intercantonales.

2. *L'application aux sociétés offshore*

L’approche développée dans les relations intercantonales a peu à peu été transposée dans le contexte international. Ainsi, dans un arrêt de 1947, le Tribunal fédéral a été confronté au cas d’une société du Liechtenstein contrôlée par un résident de Suisse. Il a considéré que la personne morale pouvait alors être traitée en transparence. L’actionnaire qui l’avait constituée devait par conséquent être imposé directement, dans la mesure où il était resté économiquement le maître de la fortune et n’avait doté cette fortune auprès de la personne juridique que dans le but d’obtenir un allègement de ses charges fiscales[15]. Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises. Elle est d’ailleurs applicable également aux sociétés de capitaux[16].

---

10 ATF 103 I a 23.
11 ATF 109 Ib 110, 113 ; 103 Ia 23.
12 ATF 109 Ib 113.
13 Voir encore récemment ATF non publié, du 17 octobre 2005 (2P. 177/2004).
14 ATF du 30 janvier 2006 (2A.145/2005 et 2P92/2005) = StR 2006, 52 ; voir à ce propos infra.
15 Archives 16, 216.
16 Archives 16, 216.

Dès lors, il est possible, lorsque les conditions d'une évasion fiscale sont réalisées, de considérer comme transparente une société offshore constituée par un résident de Suisse aux fins d'éluder les impôts suisses. Encore faut-il que la structure mise en place soit insolite. Cela implique que la société en cause soit dépourvue de substance appropriée et que son implantation ne réponde pas à des raisons économiques objectives.

La doctrine dominante admet l'utilisation de la théorie de l'évasion fiscale en tant que composante du principe de l'interdiction de l'abus de droit[17]. Selon cette conception, l'interdiction de l'abus de droit, qui fait partie des principes généraux du droit, prohibe l'utilisation d'une règle fiscale à des fins manifestement contraires à sa finalité.

Selon Matteotti, le *Durchgriff* représente un cas de correction de la loi, dès lors que l'application de celle-ci conduirait à des résultats choquants heurtant le sens de la justice (lacune improprement dite). Une telle correction, qui est avant tout affaire du législateur, ne peut ainsi se concevoir que si l'application de la loi conduisait à violer le principe de l'interdiction de l'arbitraire[18], dont une des composantes est le principe de l'interdiction de l'abus de droit. En effet, pour Matteotti, l'interdiction de l'arbitraire et de l'abus de droit sont l'expression d'une même idée : la garantie d'un minimum de justice, que cela soit dans les rapports entre privés, entre privés et autorité étatiques, ou entre autorités étatiques[19]. Partant, dans l'optique d'une interprétation *contra legem*, cela signifie qu'un comblement de lacune – fondé sur l'interdiction de l'arbitraire et de l'abus de droit – doit être effectué lorsque l'application d'une norme interprétée correctement conduit dans le cas d'espèce à un résultat ouvertement choquant, de telle sorte que s'en tenir à la norme remettrait en cause la confiance générale dans le système[20]. Un tel abus serait réalisé lorsque la non-prise en considération des éléments fiscaux étrangers auprès de l'actionnaire dominant heurterait gravement la justice fiscale et remettrait en cause la confiance de la collectivité dans le système fiscal[21]. Grossièrement parlant, selon cet auteur, trois catégories de transparence peuvent être délimitées : (i) violation systématique des règles légales et statutaires d'orga-

---

17 Oberson (2007), § 4 n. 18 ; Blumenstein / Locher (2002), p. 30 ss et les nombreuses références.

18 Certes, la doctrine dominante tend à déduire le principe de l'interdiction de l'abus de droit de celui de la bonne foi. Selon Matteotti, ce dernier principe s'applique aussi dans le cadre de l'application du droit, mais suppose un rapport de confiance spécial entre l'Etat et le citoyen. Ainsi le principe de la bonne foi protège les attentes fondées découlant d'un rapport individuel entre l'Etat et le citoyen, tandis que l'interdiction de l'abus de droit doit empêcher les violations grossières qui découleraient d'une application correcte de la loi, Matteotti (2003), p. 165.

19 Matteotti (2003), p. 159.

20 Matteotti (2003), p. 160.

21 Matteotti (2003), p. 221.

nisation et de conduite de l’activité de la société, (ii) mélange des patrimoines ou (iii) absence de ressources ou de substance nécessaires dans la société pour la conduite du but social.

A notre sens, la possibilité d’ignorer la personnalité morale d’une société valablement constituée selon le droit applicable constitue une mesure grave qui porte non seulement atteinte à la sécurité du droit, mais ne peut se fonder sur une base légale claire en droit fiscal suisse. Elle ne saurait par conséquent être admise à la légère. De ce point de vue, nous sommes d’accord avec l’approche très restrictive préconisée par Matteotti. Le *Durchgriff* ne peut être admis en droit fiscal que dans la mesure où l’utilisation du voile corporatif constitue un abus de droit. Savoir si le fondement juridique de l’abus de droit repose sur le principe de la bonne foi (doctrine dominante) ou de l’interdiction de l’arbitraire peut par contre demeurer ouvert en l’état, dans le cadre restreint de cette contribution.

Il nous semble en revanche que, dans ce contexte, l’utilisation de l’interdiction de l’abus de droit, en tant que mesure correctrice d’une lacune législative, ne peut être admise qu’à des conditions sévères. On ne saurait oublier les fondements historiques de la conception du Tribunal fédéral. Il n’y a abus que lorsque deux conditions cumulatives sont réalisées : (i) l’utilisation de la société constitue un cas d’évasion fiscale et (ii) le patrimoine et les rendements de celle-ci appartiennent en réalité à une autre personne (physique ou morale). Pour la détermination des conditions d’une évasion fiscale, on examinera en particulier : la substance (locaux, personnel, activité effective) de la société offshore ; l’adéquation entre les fonctions prétendument exercées et celles effectivement réalisées ; les compétences réelles du personnel local et de la direction ; la justification économique du siège choisi ; l’existence d’une place financière locale avec une surveillance adéquate.

B. La théorie de la gestion effective

1. La jurisprudence intercantonale

En matière de double imposition intercantonale, le TF a jugé que le lieu de l’administration effective se trouvait à l’endroit où la société avait le centre effectif et économique de son existence, à l’endroit où est assurée la gestion qui, normalement, se déploie au siège de la société[22], à l’endroit où sont accomplis les actes qui, dans leur ensemble, servent à la réalisation du but statuaire[23]. La jurisprudence admet, à certaines conditions, que le siège d’une société ne soit pas reconnu lorsque l’on doit admettre qu’il s’agit d’une simple “boîte aux lettres” (*Briefkastendomizil*)[24]. Il en va ainsi, par exemple, lorsque, à l’adresse de la société, celle-ci ne

[22] ATF 54 I 301 consid. 2 p. 308.
[23] ATF 50 I 100 consid. 2 p. 103.
[24] Voir notamment Locher / Locher, § 4 I B n. 17 ss.

dispose ni de bureau ni de personnel ou d'installations et que la comptabilité est tenue à l'extérieur[25], ou que la société n'est même pas joignable par téléphone[26]. Le siège d'une holding n'est également que de pure forme lorsque les actes usuels de la société sont effectués à un autre endroit[27].

2. *L'application aux sociétés offshore*

a) Les impôts directs sur le bénéfice et sur le capital

La doctrine admet que la jurisprudence développée dans les relations intercantonales doit également s'appliquer s'agissant de la détermination de l'administration effective, au sens de l'art. 50 LIFD, respectivement 20 LHID[28]. Toutefois, dans les relations internationales, il n'est pas nécessaire que le siège soit purement formel ; le siège de direction effective d'une société étrangère est en Suisse lorsque les décisions nécessaires pour la conduite courante de la société sont prises dans ce pays[29].

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher plus avant sur la détermination du centre de la "direction effective" d'une société de *trading* de pétrole, dont le siège se trouvait dans un paradis fiscal (BVI), mais qui était en fait gérée depuis les locaux de sa filiale, une société de service sise à Genève[30]. Certes, la délimitation du lieu de direction effective est avant tout une analyse de toutes les circonstances du cas d'espèce et s'effectue sur la base d'indices. Cela dit, le critère déterminant est le lieu où se déploient les activités courantes de la société (*day to day business*), soit l'endroit où sont effectués les actes qui, dans leur ensemble, servent à la réalisation du but statutaire[31]. L'accent est mis sur l'activité de direction, par opposition à l'activité administrative d'exécution. De même, pour le Tribunal fédéral, le lieu où sont prises les décisions stratégiques de l'entreprise ainsi que l'endroit de supervision des organes, même s'ils ne sont pas sans importance, jouent un rôle secondaire (même arrêt). Comme autres indices, secondaires, on peut également citer : le lieu où les opérations purement administratives (comptabilité, correspondance) s'effectuent, voire celui où les documents sont conservés. Ne sont en principe pas relevants le lieu où se tiennent les séances du conseil d'administration ou celui de résidence des actionnaires. Toutefois, si l'actionnaire est aussi administrateur délégué et prend les décisions de gestion, alors la direc-

---

25 ATF du 29 avril 1999 ; Locher / Locher, § 4 B n. 19.
26 ATF du 5 septembre 1985 ; Locher / Locher, § 4 B n. 18.
27 ATF du 21 octobre 1964 ; Locher / Locher, § 4 B n. 13.
28 Locher (2004), n. 6 ad art. 50 DBG.
29 Locher (2004), n. 6 ad art. 50 DBG ; Mäusli (1993), p. 82.
30 ATF du 4 décembre 2003, StR 2004, 524.
31 Voir aussi Athanas / Widmer, in : Zweifel / Athanas (2000), n. 10 ad art. 50.

tion effective devrait coïncider avec le lieu où il réside[32]. Enfin, lorsque cette activité de direction courante est exercée en plusieurs endroits, est déterminant celui où elle est déployée de manière prépondérante, à savoir où se situe son centre de gravité[33].

En l’espèce, constatant que l’activité courante de la société se déployait depuis la Suisse, plus précisément dans les locaux de la filiale de la société de service, le Tribunal fédéral a confirmé l’assujettissement illimité de la BVI en Suisse.

Cette jurisprudence, importante en pratique, offre à l’administration un moyen efficace pour lutter contre les sociétés offshore, pures boîtes aux lettres, qui sont en fait gérées depuis la Suisse. Ces sociétés sont en effet assujetties illimitées aux impôts suisses sur le bénéfice et le capital (au niveau cantonal).

b) L’impôt anticipé

De plus, si l’art. 50 LIFD, respectivement 20 LHID, se concentre sur le bénéfice imposable (voir les fonds propres pour l’impôt cantonal sur le capital), un problème supplémentaire peut surgir au niveau des distributions – ouvertes ou cachées – de bénéfices aux actionnaires. L’art. 9 LIA considère également comme des sociétés suisses les sociétés à l’étranger qui ont le siège de l’administration effective en Suisse et y exercent une activité. Les sociétés offshore gérées depuis la Suisse risquent donc d’être également soumises à l’impôt anticipé sur les distributions de dividendes ou les éventuelles prestations appréciables en argent accordées aux actionnaires ou à leurs proches. Contrairement à la LIFD, l’impôt anticipé pose toutefois une condition supplémentaire qui est celle de l’exercice d’une activité en Suisse (*Geschäftstätigkeit* dans le texte allemand). En principe, on exige une activité effective sur le marché suisse provoquant des revenus de source suisse.

Dans une affaire célèbre, le Tribunal fédéral a par exemple jugé qu’une société étrangère, gérée effectivement depuis la Suisse et qui accepte dans ce pays des fonds contre intérêts, peut être considérée comme domiciliée en Suisse, au sens de l’art. 9 LIA[34]. Pfund adopte notamment une vision restrictive de la notion d’activité en Suisse. Peu importe selon lui le type d’activité (commerciale ou entreprise de fabrication), celle-ci “muss aber berufsmässige Ausübung einer organisierten wirtschaftlichen Tätigkeit sein, mit dem Ziel von Produktion oder Austausch von Gütern oder Diensten”[35]. Cette conception restrictive nous paraît devoir être retenue. Elle correspond d’ailleurs à l’intention du législateur qui était de lutter contre l’évasion fiscale[36]. En pratique, l’AFC estime toutefois qu’il n’est

32 StE 1986 A.24.22.N. 2.
33 ATF du 4 décembre 2003 (2A.321/2003).
34 ATF 104 Ib 220 = RDAF 1981, 325 ; ATF 107 Ib 98 = RDAF 1983, 28.
35 N° 1.17 ad art. 9 al. 1 LIA.
36 En ce sens, Pfund (1971), n. 1.13 ad art. 9 al. 1 LIA.

pas exclu qu'une société holding pure dont le siège se trouve à l'étranger puisse avoir une activité en Suisse, même si son but social est limité à la détention de participations[37]. Cette opinion est notamment soutenue par Hochreutener qui admet qu'une société holding est active, dès lors que son activité correspond à son but social qui est de détenir, administrer et gérer des participations[38].

C. La présence d'un établissement stable en Suisse

Une autre manière d'appréhender les bénéfices réalisés par une société offshore qui déploie une activité en Suisse consiste à vérifier si celle-ci n'exploite pas un établissement stable en Suisse. Dans l'affirmative, le bénéficie qui est attribuable à cet établissement est alors soumis à l'impôt en Suisse. Constitue un établissement stable toute installation fixe dans laquelle s'exerce tout ou partie de l'activité d'une entreprise ou d'une personne exerçant une activité libérale (par exemple, succursale, usine, atelier, comptoir de ventes, représentation permanente, mines, ainsi que les chantiers de montage ouverts pendant plus de 12 mois) (art. 51 al. 2 LIFD). On pourrait ainsi imaginer qu'une société offshore, dont l'activité en Suisse se déploierait dans des locaux propres ou simplement mis à sa disposition, constituerait un établissement stable.

A notre connaissance, le problème n'est pas théorique. Dans un arrêt du 5 février 1982[39], le Tribunal fédéral a considéré qu'une société suisse, qui avait conclu un contrat de management avec une société aux Bermudes, pouvait faire l'objet d'une demande de sûretés pour assurer le paiement des impôts sur le bénéfice, du moins sur la base d'un examen *prima facie* du dossier.

De même, dans le célèbre arrêt *Tradax*[40], le Tribunal fédéral a confirmé l'inscription de succursales à Genève de la société Tradax International et Tradax export, sises à Panama. Constituées comme sociétés de services pour les autres sociétés du groupe, deux sociétés genevoises avaient en effet reçu des mandats en vertu desquels elles exerçaient des activités commerciales au nom et pour le compte des deux entités panaméennes. Dans ce but, elles utilisaient en général le papier à lettres de la société panaméenne représentée, avec mention du nom de la société suisse comme adresse et signature. Sous l'angle fiscal, bien que l'arrêt ne se prononce pas sur cette question, on devrait considérer que les succursales en question constituent des établissements stables, provoquant un assujettissement limité en Suisse.

---

37 Praxis nº 7 ad art. 9 al. 1 LIA.
38 Hochreutener (2005), p. 477.
39 ATF 108 Ib 44.
40 ATF 108 II 122.

Dans cette hypothèse, conformément à l’art. 52 al. 4 LIFD, une société serait imposable en Suisse sur le bénéfice qu’elle réalise en Suisse. La détermination du bénéfice imposable s’effectue selon la méthode objective (directe)[41]. Le Tribunal fédéral vient d’ailleurs de confirmer que l’application de la méthode directe (objective) est conforme à l’art. 52 al. 4 LIFD et au principe de non-discrimination garanti par les CDI, en l’occurrence l’art. 26 al. 3 CDI/France[42]. De même, au niveau cantonal, la fortune commerciale de l’établissement stable serait soumise à l’impôt sur le capital.

En revanche, l’impôt anticipé ne serait alors pas dû, faute d’une société anonyme en Suisse.

D. La théorie du mandataire (Panama)

Dans un arrêt important, mais heureusement isolé[43], le Tribunal fédéral s’est écarté de la théorie de l’évasion fiscale pour appréhender auprès de la société mère, sise en Suisse, le gain en capital réalisé par sa filiale panaméenne. Cet arrêt a déjà été commenté lors d’une précédente Journée de droit bancaire[44]. En substance, une holding suisse avait utilisé une filiale au Panama pour apparaître et acquérir, dans un premier temps, les titres d’une société anglaise concurrente, dans le cadre d’une OPA inamicale. Cette OPA ayant finalement échoué, la filiale panaméenne a ensuite vendu les titres déjà acquis, réalisant de la sorte une importante plus-value. Notre Haute Cour a estimé que la filiale panaméenne avait en réalité agi en tant que mandataire de sa mère en Suisse. Partant, la société mère était tenue de comptabiliser le gain réalisé offshore en tant que créance, sur la base de l’art. 400 CO, et réalisait du même coup un bénéfice imposable en Suisse.

Cet arrêt, critiqué en doctrine[45], ouvre la porte à une sorte de fiscalité des groupes transfrontières que le Tribunal fédéral a pourtant rejetée dans d’autres arrêts[46]. A notre sens, cette jurisprudence ne saurait s’expliquer que par les circonstances tout à fait particulières et exceptionnelles du cas d’espèce. Elle ne peut entrer en considération que si l’on arrive à construire juridiquement l’existence d’un rapport de mandat entre une société suisse et sa filiale, sise à l’étranger, ce qui sera rarement le cas.

---

41 Sur cette méthode, voir Oberson (2004), § 8 n. 293 ss.

42 ATF du 28 novembre 2005, StR 2006, p. 433.

43 Archives 65, 51 = StE 1995 B 72.11 nº 3.

44 Oberson (1995), p. 97 ss.

45 Voir Neuhaus (1996), p. 505 ss ; Höhn / Waldburger (2001), II, § 17 n. 18 et les nombreuses références citées.

46 Voir notamment ATF 110 Ib 127.

E. La problématique des prix de transfert (prestation appréciable en argent)

1. *Généralités*

Les transactions effectuées à l'égard d'une société offshore, contrôlée par un groupe où une personne résidant en Suisse, peuvent également être revues à la lumière des principes dégagés par la jurisprudence en matière de prestations appréciables en argent.

Pour mémoire, selon la jurisprudence constante, constituent des prestations appréciables en argent toutes les attributions faites par une société de capitaux à l'actionnaire ou à une personne qui lui est proche et dont le fondement réside exclusivement dans le rapport de participation[47]. Plus précisément, il y a prestation appréciable en argent lorsque quatre conditions sont réalisées: i) la société accorde un avantage sans contre-prestation équivalente; ii) la prestation est accordée à un actionnaire ou à un proche de celui-ci; iii) l'avantage n'aurait pas été accordé à un tiers dans les mêmes conditions, ce qui rend la prestation insolite; et iv) le caractère insolite de cette prestation est reconnaissable pour les organes de la société[48].

En présence d'une prestation appréciable en argent, les conséquences fiscales sont multiples. Au niveau de la société, le fisc réintégrera la prestation dans les bénéfices imposables de la société. En général, la reprise au niveau de la société s'opère sur la base de l'art. 58 al. 1 let. b LIFD. Toutefois, dans la mesure où la prestation appréciable en argent découle de l'insuffisance d'un produit, c'est l'art. 58 al. 1 let. c LIFD qui s'applique[49]. L'impôt anticipé sera également dû par cette dernière. Au niveau de l'actionnaire, dans la mesure où il réside en Suisse, il y aura imposition au titre de l'impôt sur le revenu comme si un dividende (occulte) avait été distribué[50]. L'actionnaire pourra toutefois, si les conditions sont réalisées, requérir, le cas échéant, le remboursement de l'impôt anticipé.

Sont considérées comme proches du titulaire de droits de participation les personnes avec lesquelles il existe des rapports économiques ou personnels qui sont le véritable motif de la prestation à imposer à la lumière des circonstances[51]. Il en va de même des personnes à qui l'actionnaire a permis de disposer de la société comme si elle leur appartenait en propre[52]. S'agissant de versements à des

---

47 Oberson (2007), § 10, n. 31 ss; Archives 68, 749 = RDAF 2000 II 54 et les références citées.

48 Archives 69, 204; RDAF 1993, 407; ATF 119 Ib 435; 115 Ib 279.

49 Glauser (2005), p. 116.

50 Art. 20 let. c LIFD.

51 Archives 65, 397 = RDAF 1997 II, 519; ATF 115 Ib 274.

52 Archives 68, 749 = RDAF 2000 II, p. 54; RDAF 1999 II, 463; Archives 65, 397 = RDAF 1997 II, 519; Archives 60, 561.

sociétés sises dans un paradis fiscal, la jurisprudence a même admis que l’on pouvait présumer qu’il s’agissait d’un proche, à moins qu’une explication convaincante ne soit donnée[53].

2. *Application aux sociétés offshore*

En conséquence, chaque fois qu’une société suisse effectue des transactions avec une société offshore, que l’on peut considérer comme proche, du moins selon la présomption posée par la jurisprudence précitée, le fisc est en droit de vérifier si la contre-prestation qu’elle reçoit correspond au prix de pleine concurrence. Dans la négative, le fisc qualifiera la différence entre la prestation offerte et la contrepartie reçue en échange de prestation appréciable en argent.

En particulier, il appartient au contribuable de prouver la justification d’une charge sous l’angle commercial. Le Tribunal fédéral a notamment jugé que chaque fois qu’apparaissent, en tant que créanciers, des établissements situés dans des Etats favorisant les domiciliations fictives, comme le Liechtenstein ou Panama, “la plus grande circonspection s’impose”. Dans cette hypothèse, afin d’éviter les abus, l’autorité de taxation doit demander des renseignements précis et plus complets portant non seulement sur les entités elles-mêmes, mais encore sur leurs ayants droit économiques[54].

En conséquence, si une société suisse paie une prestation obtenue de la part d’une société offshore à un prix surfait qu’elle n’aurait pas accordé à un tiers (achat de marchandises à des prix nettement supérieurs aux cours du marché, prêt accordé par la société offshore à un taux exagéré, rémunération excessive pour services rendus), le fisc est en droit de redresser le bénéfice de la société suisse sur la différence entre le prix payé et le prix du marché. De même, si la société suisse facture à la société offshore une prestation à un prix trop bas ou effectue une prestation ou des versements sans contre-prestation correspondante, la qualification de prestation appréciable en argent sera également admise[55]. S’agissant notamment des contrats de prêts, l’AFC publie régulièrement la liste des taux d’intérêts déterminants pour le calcul des prestations appréciables en argent[56].

Dans une vision plus moderne des choses, cette approche, largement pratiquée à l’étranger, tend à examiner les prix de transfert entre les sociétés apparentées, offshore ou non, sous l’angle de la comparaison avec un tiers non intéressé (*arm’s length principle*). Dans la mesure où la prestation querellée aurait, dans les mêmes circonstances, été accordée à un tiers indépendant aux mêmes conditions,

---

53 Archives 63, 661; RDAF 1987, 55.

54 Archives 63, 672.

55 Voir par exemple StR 2000, 738 (prêt qui représente en réalité une prestation dissimulée).

56 Voir AFC, Lettre circulaire du 26 janvier 2003.

il ne saurait y avoir de prestation appréciable en argent. Tandis que de nombreux Etats se sont dotés de normes légales en ce sens, la Suisse, quant à elle, arrive au même résultat sur la base de l'analyse des conditions d'une prestation appréciable en argent[57].

F. Une nouvelle arme : la théorie de la "consolidation" fiscale

1. Généralités

L'arsenal est donc assez copieux et la route semée d'embûches. Pourtant, ces différentes mesures n'ont semble-t-il pas été jugées suffisantes. Dans un arrêt du 30 janvier 2006[58] – dont les faits sont certes assez rocambolesques – le Tribunal fédéral a été encore un pas plus loin. Amené à se prononcer sur la question de la transparence fiscale d'une société offshore, sise au Panama, il arrive à la conclusion que les bénéfices de celle-ci doivent être attribués, non pas à la personne qui la contrôle en fait, mais auprès d'une société sœur sise en Suisse. En l'occurrence, notre Haute Cour a estimé que la société anonyme suisse et sa sœur panaméenne ne formaient en pratique qu'une seule et même société économique. Partant, il était justifié de consolider leur comptabilité et d'imputer le bénéfice réalisé par la société panaméenne à la société suisse.

2. Les faits (résumés)

Les faits sont complexes mais, pour l'essentiel, peuvent être résumés comme suit. B, né en France en 1925, domicilié à Madagascar entre 1946 et 1984, réside fiscalement en Suisse mais en fait à Monaco. Il est actionnaire principal de A SA, société sise à Genève. Il était aussi administrateur de cette société entre 1976 et 1980, puis de nouveau en 1996. De plus, il contrôle ou contrôlait plusieurs autres sociétés, dont une panaméenne, C Inc., une anglaise, F Ltd., et une réunionnaise, D. B. Toutes ces sociétés ont fait l'objet d'un contrôle diligenté par la division d'enquête spéciale de l'AFC (DEF).

Cet arrêt soulève de nombreux problèmes fiscaux que nous n'aborderons pas ici. Il suffit, pour notre propos, de mettre en exergue que le fisc a effectué toute une série de reprises fiscales auprès de A SA et de C Inc.

En particulier, l'utilisation de D, à la Réunion, active dans la distribution de produits commerciaux, permettait à A SA d'obtenir une marge plus faible que celle qu'elle aurait obtenue en vendant directement à des tiers. En pratique, D achetait la marchandise et en recevait livraison mais, souvent, les produits étaient

---

57 Voir Oberson (2004), § 11 n. 630 ss.

58 ATF du 30 janvier 2006 (2A.145/2005 et 2P92/2005) = StR 2006, 523.

facturés à C Inc. ou à A SA. A SA refacturait (revendait) à D la marchandise à un prix plus bas que le marché. En conséquence, la DEF a rajouté à A SA la marge qu'elle aurait normalement obtenue en vendant à des tiers. En outre, C Inc. a perçu des commissions de la part des sociétés G, à Singapour, et H à Hong Kong, qui n'ont pas été comptabilisées dans les comptes de C Inc. La DEF a réintégré ces commissions dans le compte pertes et profits de C Inc. Au surplus, après avoir identifié les diverses prestations appréciables en cause, l'administration fiscale a consolidé tous les bénéfices de C Inc. auprès de sa société sœur A SA. Enfin, s'agissant de A SA, outre la consolidation avec les bénéfices de C Inc., le fisc a également réintégré des commissions facturées par L Ltd., Londres, faute d'explications convaincantes et repris certaines factures débiteurs ou des charges non justifiées commercialement.

3. Analyse fiscale

Pour l'essentiel, l'arrêt se fonde encore sur les dispositions de l'arrêté du Conseil fédéral concernant l'impôt fédéral direct (AIFD), remplacé depuis le 1er janvier 1995 par la LIFD. Il n'empêche que les considérants, en tout cas s'agissant de la problématique de la consolidation fiscale, restent valables sous l'angle de la LIFD.

En l'espèce, pour admettre que C Inc. n'avait pas d'existence économique réelle, le Tribunal administratif genevois s'est fondé, notamment, sur les éléments suivants:

- C Inc. a été constituée depuis la Suisse par trois personnes physiques dont B.
- Depuis la création de A SA en 1977, la gestion effective de C Inc. s'est tenue dans les bureaux de A SA.
- Dans ces bureaux, les documents propres à A SA et C Inc. n'étaient pas séparés.
- Un rapport d'une société fiduciaire recommandait pourtant clairement la séparation.
- Le personnel était engagé par A SA mais s'occupait indifféremment des deux sociétés.
- La comptabilité de C Inc. était tenue avec le même système informatique que A SA et également en francs suisses.
- Les opérations comptabilisées chez C Inc. correspondaient également au but social de A SA.
- A SA et C Inc. avaient un compte bancaire auprès de la banque E avec des actes de nantissement croisés.
- Les factures du fournisseur étaient émises contre A SA, mais les crédits documentaires étaient établis et débités sur le compte de C Inc.
- Les factures adressées à D étaient établies par A SA, mais les paiements crédités sur le compte bancaire de C Inc.

Le Tribunal fédéral a estimé que ce "faisceau d'indices" démontrait avec suffisamment de vraisemblance que C Inc. n'avait "aucune indépendance". De plus, notre Haute Cour rappelle que "la plus grande circonspection s'impose" d'un point de vue fiscal, chaque fois qu'apparaissent des établissements situés dans des Etats dont les règles juridiques favorisent la domiciliation fiscale comme c'est le cas du Liechtenstein et du Panama. En conséquence, faute de raison économique justifiant une telle domiciliation, on doit admettre que C Inc. n'a pas d'existence propre et qu'il est insolite que cette société relève du droit panaméen. Cette localisation a de plus permis une importante économie d'impôt. Partant, les conditions d'une évasion fiscale sont remplies (cons. 8.1).

La partie recourante invoquait, notamment, deux contre-arguments. En premier lieu, elle faisait valoir que, le cas échéant, seule une assimilation auprès de B, actionnaire de C Inc., pouvait se justifier. Pour le Tribunal fédéral, ce raisonnement ne résiste pas à l'examen. En effet, d'une part, l'existence de C Inc. a permis à A SA de réaliser une économie d'impôt, car ce sont des montants qui auraient dus être comptabilisés auprès d'elle. D'autre part, même si les organes de A SA n'avaient aucune fonction auprès de C Inc., cela n'est pas pertinent, car B est l'actionnaire majoritaire des deux sociétés.

En second lieu, on devrait plutôt considérer alors que C Inc. est gérée effectivement depuis la Suisse. Aux yeux de notre Haute Cour en revanche, la jurisprudence relative à la gestion effective n'est d'aucun secours. Du reste, elle ne provoquerait pas un établissement stable (contrairement à ce que le recourant semblait croire…) mais un assujettissement illimité en Suisse. De plus, dans cet arrêt[59], la société suisse est une société de service alors que dans l'arrêt en question, A SA "est une société commerciale". Enfin, représenter une société n'implique pas une confusion et une perméabilité entre deux entités, telles qu'elles se trouvent dans la présente affaire.

4. Prise de position

Le Tribunal fédéral innove en ajoutant une nouvelle arme contre les sociétés offshore : la consolidation fiscale. Pour admettre celle-ci, il invoque la théorie de l'évasion fiscale. Pourtant, l'examen historique du développement de cette théorie[60] nous montre que l'évasion fiscale a – jusqu'ici – toujours été appliquée pour attribuer les bénéfices d'une entité, mise en place de façon insolite afin de bénéficier d'une économie d'impôt, auprès de la personne qui contrôlait effectivement cette entité. Il sied de rappeler que la jurisprudence initiale, mise en œuvre en matière intercantonale, posait deux conditions cumulatives à la transparence

59 ATF du 4 décembre 2003, StR 2004, p. 524 (voir à ce propos supra).

60 Voir supra.

fiscale : (i) les revenus et la fortune de l’entité querellée appartiennent en réalité à une autre personne et (ii) la personne morale a été crée dans le but d’éluder la loi fiscale. En l’espèce, B contrôlait C Inc. et c’était donc auprès de lui qu’il convenait d’attribuer les bénéfices de C Inc.

On mentionnera au passage que le Tribunal fédéral, à aucun moment, ne se prononce sur la portée des règles de droit international privé, notamment celles relatives à la reconnaissance d’une personne morale étrangère. Dans un arrêt célèbre[61] et fort controversé[62], le Tribunal fédéral a pourtant jugé que le droit suisse, en vertu de l’art. 154 LDIP, était fondé sur la théorie de l’incorporation. Ce n’est que dans les cas de violation de l’ordre public que l’on peut envisager de ne pas reconnaître la personnalité morale d’une société valablement incorporée selon le droit étranger. Dans ce contexte, admettre la réserve du siège fictif fondée sur la fraude à la loi reviendrait à introduire la théorie du siège effectif “par la petite porte, contrairement aux intentions du législateur”[63]. Cela étant, on doit reconnaître que les règles de droit international privé n’empêchent pas, à notre sens, l’application des règles fiscales et l’utilisation de la théorie de l’évasion fiscale, aux conditions strictes énumérées plus haut, pour attribuer à une personne en Suisse qui contrôle une société offshore mise en place de façon contraire au principe de l’interdiction d’un abus de droit[64]. En effet, le détenteur de la capacité juridique en droit civil n’est pas nécessairement sujet fiscal (*Steuersubjekt*)[65]. Cette dernière notion est en effet définie en vertu des dispositions fiscales.

Une autre solution consistait à déterminer le siège de direction effective de C Inc. L’arrêt *BVI* du 4 décembre 2003 offrait à l’administration fiscale des principes clairs de mise en œuvre de l’art. 50 LIFD. A notre avis, contrairement à ce qu’affirme le Tribunal fédéral, le fait que, dans ce dernier cas, la société suisse était une société de service est sans importance. La question déterminante est celle de savoir où se trouve la direction effective de la société offshore. Que celle-ci se trouve dans les bureaux d’une société de service ou d’une société commerciale sise en Suisse ne devrait rien changer à l’analyse. On peut même imaginer qu’une société offshore est gérée dans une maison privée sise en Suisse. Dès l’instant où la direction effective, suivant les critères de l’art. 50 LIFD (*day-to-day business management*), s’effectue en Suisse, elle est assujettie illimitée en Suisse.

Certes, le caractère délicat et surprenant du dossier (contrats contradictoires, confusions des sociétés, comptabilisations hasardeuses, collaboration difficile), ouvre la porte à des solutions extrêmes. Mais cela n’est pas encore suffisant pour

---

61 ATF 117 II 494, 500.

62 Comparer Perrin (1993), p. 141 ss ; Reymond (1993), p. 173 ss.

63 ATF 117 II 494, 500.

64 Voir aussi Glauser (2006), p. 496.

inventer des nouvelles règles, alors que l'arsenal législatif est amplement suffisant. On ajoutera que la solution de la consolidation risque de poser de sérieux problèmes de droit fiscal international. Imaginons que la société offshore est sœur de deux entités, dont l'une est en Suisse et l'autre dans un pays de l'OCDE. Si la Suisse entend consolider les bénéfices de l'offshore, pourquoi l'Etat tiers de l'OCDE ne devrait-il pas faire de même ? Quels sont les critères qui permettent d'attribuer l'intégralité des bénéfices de la société offshore en faveur de la Suisse au détriment de l'autre Etat de l'OCDE ? On le constate, la solution appliquée dans cette affaire ne repose sur aucune règle suffisamment précise pour délimiter correctement les bénéfices qui seront attribués à la Suisse. Elle contient en plus un risque de multiples impositions. En réalité, elle ouvre la porte à des conflits internationaux d'attribution des bénéfices qui sont à l'heure actuelle très difficiles à résoudre, même en présence d'une CDI[66].

En définitive, cet arrêt nous paraît hautement critiquable. On cherchera en vain une base légale permettant au Tribunal fédéral de s'écarter, en même temps, du principe de séparation (indépendance de la société) et du principe de déterminance (imposition du bénéfice de la société suisse sur la base de ses résultats)[67]. Cet arrêt introduit en droit suisse, par voie prétorienne, une sorte de régime sur les sociétés étrangères contrôlées (CFC). Les Etats qui connaissent ces règles l'ont fait, suivant la procédure ordinaire législative, au moyen de normes très détaillées et précises quant à leur champ d'application. L'arrêt en question ouvre ainsi une très grande incertitude juridique[68]. Or, il nous semble que le droit suisse connaît déjà suffisamment de principes anti-abus. Certes, il était manifeste que la société panaméenne n'était qu'une boîte aux lettres incapable de rendre les services qu'elle prétendait fournir. Mais alors, conformément à la jurisprudence classique, il était loisible à l'administration fiscale d'attribuer les bénéfices de celle-ci à son actionnaire de contrôle et non pas à la société sœur. De surcroît, suivant le lieu de direction effective de la société, le fisc aurait également pu, sur la base de l'art. 50 LIFD, assujettir la société panaméenne en Suisse.

III. Synthèse

Le principe de la légalité s'applique strictement en droit fiscal. Partant, l'imposition en Suisse de sociétés offshore, généralement des sociétés de capitaux sises dans un Etat à fiscalité favorable, doit reposer sur des critères d'assujettissement

65 Matteotti (2003), p. 73.
66 Voir à ce propos Oberson (2004), § 1 n. 16.
67 En ce sens également, Glauser (2006), p. 486 ss.
68 Oberson (2007), § 9 n. 8.

définis par la loi. Sur cette base, l’administration fiscale peut d’ores et déjà appréhender en Suisse une société sise à l’étranger dont le siège de direction effective se trouve en Suisse (assujettissement illimité), ou qui dispose d’un établissement stable (assujettissement limité) dans notre pays.

De surcroît, en se fondant sur les règles de détermination du bénéfice imposable (art. 58 LIFD, notamment), le fisc peut remettre en cause des transactions entre sociétés apparentées, dans la mesure où celles-ci ne correspondent pas au principe de pleine concurrence (*arm’s length principle*). Cette base légale permet ainsi à l’administration fiscale d’analyser de façon critique les transactions entre une société suisse et une société offshore qui lui est apparentée. Cette règle permet, à notre avis, de remettre en cause de façon très efficace, et juridiquement indiscutable, des transactions avec des structures offshore qui ne correspondent pas aux prix qui auraient été convenus entre tiers indépendants. De plus, le prélèvement de l’impôt anticipé sur de telles opérations, avec la possibilité d’obtenir des sûretés en cas de mise en péril de la créance fiscale, offre à l’administration une mesure qui tend à assurer la perception et le recouvrement de l’impôt.

A notre sens, ces trois mesures, qui reposent sur un cadre légal précis, sont à privilégier en pratique dans la remise en cause de l’utilisation de sociétés offshore. En revanche, nous sommes beaucoup plus réservé dans la mise en œuvre de règles anti-abus, qui ne reposent pas sur une base légale suffisante. Comme démontré plus haut, mais uniquement en cas d’abus de droit manifeste, on peut à la rigueur envisager de recourir à la théorie de la transparence fiscale. Encore faut-il, dans ce cas, pouvoir démontrer que les conditions d’une évasion fiscale sont réalisées et, surtout, attribuer alors les éléments déterminants (fortune et bénéfice) à la personne qui contrôle en fait l’entité querellée. Par contre, il n’y pas de place – en droit actuel – pour la théorie de la “consolidation fiscale” préconisée par l’arrêt du 30 janvier 2006. De même, la théorie du “mandataire”, utilisée dans l’arrêt *Panama*, ne correspond pas, à notre avis, à une règle générale susceptible d’être utilisée de manière adéquate à l’encontre des sociétés offshore. Seule la démonstration de l’existence d’un véritable contrat de mandat entre une société suisse et une entité offshore permettrait, le cas échéant, d’appliquer l’art. 400 CO aux gains obtenus par la société en question et, dans cette hypothèse, d’exiger la comptabilisation d’une créance correspondante auprès de la société suisse (mandante).

Bibliographie

Altenburger P.R., "Auswirkungen der italienischen CFC-Regelungen auf die Schweiz", Archives 70 (2001/02), p. 489;

Athanas P. / Bürgi D., "Inländerbegriff und unbeschränkte Steuerpflicht juristischer Personen", FStR 2003, p. 241;

Blumenstein E. / Locher P., *System des Steuerrechts*, 6e éd., Zurich 2002;

Brülisauer P., "Internationale Gewinnabgrenzung bei unbeschränkter Steuerpflicht in der Schweiz", FStR 2003, p. 3;

Dahinden S., *Die Abschirmwirkung ausländischer Gesellschaften im schweizerischen Gewinnsteuerrecht*, Zurich 2003;

Glauser P.-M., *Apports et impôt sur le bénéfice*, Genève / Zurich / Bâle 2005;

Glauser P.-M., "Transparence fiscale: vers un nouveau mode d'allocation internationale du profit dans les groupes de sociétés?" StR 2006, p. 486;

Höhn E. / Waldburger R., *Steuerrecht*, volumes I et II, 9e éd., Berne 2001;

Hochreutener P., "La procédure de taxation dans le domaine des droits de timbre et de l'impôt anticipé", in: OREF éd., *Les procédures en droit fiscal*, Berne 2005, p. 477;

Kraft J.-Ph., "Steuerliche Klippen bei Off-Shore Lösungen", in: *Jahrbuch des Handelsregisters 1999*, Zurich 2000, p. 76;

Locher P., *Kommentar zum DBG, I. Teil*, Berne 2001; *II. Teil*, Berne 2004;

Locher K. / Locher P., *Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil. Das interkantonale Doppelbesteuerungsrecht*, Bâle (feuillets amovibles);

Matteotti R., *Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht*, Berne 2003;

Mäusli P., *Die Ansässigkeit von Gesellschaften im internationalen Steuerrecht*, Berne 1992;

Maute W., "Ansässigkeiten von juristischen Personen, Sitz oder tatsächliche Verwaltung", StR 2005, p. 547;

Neuhaus M., "Besteuerung von Offshore-Gesellschaften", StR 1996, p. 505; 573;

Noël Y., "Interaction entre les réglementations sur les sociétés étrangères contrôlées et les conventions de double imposition", RDAF 2000 II, p. 135;

Oberson X., *Droit fiscal suisse*, 3e éd., Bâle / Genève / Munich 2007;

Oberson X., Précis de droit fiscal international, 2e éd., Berne 2004 ;

Oberson X., “Jurisprudence récente de droit bancaire en matière administrative et fiscale”, in : Thévenoz L. / Bovet C. (édit.), *Journée 1995 de droit bancaire et financier*, Berne 1995, p. 91 ;

OCDE, *Coopération fiscale, vers l’établissement de règles du jeu équitable*, Paris 2006 ;

OCDE, *Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial*, Paris 1998 ;

OCDE, *L’évasion et la fraude fiscales internationales*, Paris 1987 ;

OCDE, *Législation relative aux sociétés étrangères contrôlées*, Paris 1996 ;

Perrin J.-F., “Théorie de l’incorporation et cohérence de l’ordre juridique”, in : *Etudes de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Bâle 1993, p. 141 ;

Pfund R. W., *Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil*, Bâle 1971 ;

Reymond J.-A., “Sociétés étrangères en Suisse : *exit fraus legis*”, in : *Etudes de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Bâle 1993, p. 173 ;

Widmer S. / Moser A., “Schweizer Aussensteuerrecht”, *L’expert comptable* 2005, p. 497.

Zimmermann S., “Die steuerrechtliche Ansässigkeit von Kapitalgesellschaften”, Archives 56 (1987/88), p. 161 ;

Zweifel M. / Athanas P. (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG)*, 2e éd. Bâle / Genève / Munich 2002 ;

Zweifel M. / Athanas P. (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/2a et 2b, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)*, Bâle / Genève / Munich 2000 ;

Zweifel M. / Athanas P. / Bauer-Balmelli M. (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer*, Bâle / Genève / Munich 2005.

JURISPRUDENCE BANCAIRE ET FINANCIÈRE 2005-2006 EN SUISSE (DROIT PRIVÉ)

Mario Giovanoli*

La période sous revue nous réserve, dans le domaine du droit privé, une moisson d'une bonne quarantaine de décisions helvétiques en matière bancaire et financière, d'un intérêt, il est vrai, variable. Plus précisément, 44 décisions seront reprises ici, à savoir 39 sur les 40 arrêts et jugements qui font l'objet de sommaires bilingues publiés par les professeurs Zobl et Thevenoz dans la RSDA 2006[1]. On y ajoutera cinq décisions non encore recensées parmi ces sommaires[2].

La ventilation de ces décisions illustre une fois de plus l'importance capitale de la gestion de fortune et des placements sur la place financière suisse, les jugements y afférents représentant près d'un tiers du total (14 sur 44) ou même près de la moitié (20 sur 44) si l'on y ajoute les six décisions relatives aux aspects successoraux de ces placements. Les crédits et sûretés ont fait l'objet de 14 décisions, alors que 10 décisions ont trait aux virements et opérations de paiement, dont deux concernent d'ailleurs de faux ordres de paiement émanant de mandataires de gestion infidèles.

Parmi les décisions les plus marquantes, relatées en détail et commentées ci-après, on relèvera celles concernant :

– *(en matière de gestion de fortune et de placements)* les "rétrocessions" encaissées par des gérants de fortune indépendants, le devoir d'information du gérant indépendant, les opérations spéculatives effectuées sur ordre direct du client de la banque, la portée de la fiction de ratification en cas de transactions conclues par la banque sans instructions ou mandat de gestion du client ;

---

* Professeur à l'Université de Lausanne ; ancien Directeur juridique de la Banque des Règlements Internationaux, Bâle.

1 Zobl D. / Thévenoz L., "Das schweizerische Bankprivatrecht 2005-2006 / Le droit privé bancaire suisse 2005-2006", RSDA 2006, p. 292. Dans la suite de l'article, on se référera à ces sommaires par la lettre R suivie du n° de la décision (par exemple : **[R 4]**) ; mais les références complètes seront bien entendu données ci-après. N'a pas été retenue en revanche la décision **[R 39]** (TF, 06.07.2005 [Ire Cour civile, *Banque X. c. A.*] : 4C.110/2005 ; *Praxis* 2006 p. 325 ; Manoku M., www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF n° 350 du 11.10.2005), qui relève d'avantage à notre sens du droit du travail que du droit bancaire, s'agissant du licenciement abusif d'un cadre bancaire.

2 Ces cinq décisions font l'objet de résumés en annexe au présent article, auxquels on se référera ci-après par les sigles **[RR 41]** à **[RR 45]**.

– *(en matière de planification successorale)* le droit de renseignement des héritiers réservataires et non réservataires en cas de constitution d'un trust par le *de cujus*;
– *(en matière de crédits et de sûretés)* le devoir d'information de la banque dispensatrice de crédit, la distinction de la garantie indépendante d'avec la garantie accessoire, le cautionnement solidaire d'un compte courant, la bonne foi du gagiste;
– *(en matière de virements et d'opérations de paiement)* les ordres de paiement contrefaits, les paiements par virement postal, la rigueur documentaire en matière d'accréditif et les chèques encaissés sous réserve de bonne fin.

Des références plus succinctes seront données pour les autres décisions.

I. Gestion de fortune et placements

A. Gérants de fortune indépendants

- Rétrocessions

Parmi les décisions de l'an dernier, celles concernant la gestion de fortune par un gérant externe[3] tiennent incontestablement la vedette, et la plus commentée est celle qui établit que les rétrocessions payées par les banques reviennent au client, sauf convention contraire claire et explicite[4]. Dans cette affaire, une fondation réclamait au gérant de fortune indépendant de lui rendre compte des rétrocessions, *finder's fees* et autres avantages qu'il avait obtenus de la banque dépositaire et de les lui restituer. Par "rétrocession" ou ristourne, on entend l'arrangement par lequel une banque dépositaire accepte de verser à un gérant de fortune indépendant une part des droits de garde et frais de courtage facturés au client en fonction du volume d'affaire généré. On parle de *finder's fee* lorsqu'une commission unique est versée au gérant de fortune qui amène de nouveaux clients ou provoque l'apport de nouveaux dépôts à la banque.

Contrairement au Tribunal cantonal des Grisons, la Ire Cour civile du Tribunal fédéral a estimé, à l'unanimité, que l'art. 400 al. 1 CO oblige le manda-

---

3 Cf. les ouvrages qui viennent de paraître de Roth M., *Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter*, Zurich (Dike-Verlag), 2007; de Hsu P.C., "Retrozessionen, Provisionen und Finder's Fees", ZSR-Beiheft, Bâle (Helbing & Lichtenhahn), 2006; ainsi que de Bührer C., *Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz*, Berne (Haupt-Verlag), 2006.

4 TF, 22.03.2006 (Ire Cour civile, *Fondation U. c. A.*): ATF 132 III 460, 4C.432/2005; **[R 5]**; Bahar, www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF n° 446 du 22.06.2006; "Wem gehören Retrozessionen?", NZZ 20.06.2006; Bahar R., "Dans la gestion de fortune, les rétrocessions reviennent au client", Le Temps 10.07.2006; Nänni M. / von der Crone H.C., "Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung", SZW/RSDA 2006, p. 308; Kuhn R., "Retrozessionen an externe Vermögensverwalter – eine Standortbestimmung", AJP/PJA 2006, p. 1051.

taire à rendre compte à son client de tous les avantages directs et indirects dont il aurait bénéficié dans le cadre de l'exécution du mandat et à les lui transférer, y compris d'éventuels rabais, rétrocessions ou même pots-de-vin. Tel est le cas, en particulier, des rétrocessions et *finder's fees* reçus par un gérant de fortune de la part de la banque dépositaire, et ceci même si la banque destine ces avantages spécifiquement au gérant de fortune. S'agissant de la possibilité pour le mandant de renoncer à la restitution des rétrocessions, l'art. 400 al. 1 CO ne contient, de l'avis de notre cour suprême et d'une partie de la doctrine, mais contrairement à l'opinion traditionnelle, aucune prohibition générale. Dès lors, il est en principe loisible aux parties de déroger à la règle du CO, en stipulant que le mandant renonce à la restitution de certaines rétrocessions, même futures. Il faut cependant que le mandant ait été informé de manière complète et exacte sur l'ampleur et la fréquence escomptée de ces avantages, d'une part, et qu'il ait donné son accord exprès à cette renonciation, d'autre part. En effet, de l'avis du Tribunal fédéral, il ne s'agit pas d'une rémunération usuelle au sens de l'art. 394 al. 3 CO, car on ne saurait considérer comme usuel que le mandataire renonce à se faire rendre des comptes et accepte que le mandataire obtienne des avantages dont le mandant ne peut ni connaître, ni contrôler l'ampleur. Le seul fait que cette pratique soit répandue ne suffit pas à en faire un usage, d'autant moins que le Code de conduite de l'Association suisse des gérants de fortune prévoit que le traitement des rétrocessions doit être réglé expressément dans le contrat de gestion de fortune. Même si le mandant avait connaissance de l'existence de cette pratique, le mandataire ne pouvait pas, selon les règles de la bonne foi, inférer de son silence une renonciation implicite à la reddition de compte ; au contraire, il lui incombait d'informer le client des rétrocessions et autres avantages attendus dans le cas concret.

Si cet arrêt a le mérite d'être clair sur les principes, il n'en soulève pas moins des problèmes d'application et laisse subsister diverses plages d'incertitude. Tout d'abord, il ne précise pas le degré d'information (préalable) requis pour que le client puisse renoncer en connaissance de cause à la restitution des rétrocessions et avantages semblables. Le Tribunal fédéral exige que le client soit informé de façon complète et véridique (*vollständig und wahrheitsgetreu*), puisqu'un tel arrangement est de nature à induire un conflit d'intérêts[5]. Est-ce à dire que les termes précis de chaque accord entre le gérant externe et une banque dépositaire doivent être portés à la connaissance du client, avec les éventuelles modifications subséquentes ? Ou suffit-il au contraire de révéler l'existence et d'indiquer la nature de ces arrangements, en précisant l'ordre de grandeur des rétrocessions[6] ou encore

---

5 Le mandataire pourrait notamment être incité à multiplier les transactions effectuées pour le compte du client en vue de maximiser les rétrocessions : c'est la pratique dite du *churning* ou barattage.

6 Cf. Nänni M. / von der Crone H.C., (n. 4), pp. 313-315.

les risques qui en résultent ? On a proposé, comme moyen terme, de dévoiler les conditions essentielles de ces accords en offrant au client de lui donner des informations supplémentaires sur demande, en précisant les modalités d'exercice de son droit de demander des comptes[7]. Dans quelle mesure existe-t-il un devoir d'information subséquente sur le détail des rétrocessions encaissées[8] ? En tout état de cause, une base contractuelle claire dans le contrat de gestion demeure indispensable pour que la renonciation du client à bénéficier d'éventuelles rétrocessions produise ses effets.

La seconde question qui se pose est de déterminer les devoirs éventuels de la banque dépositaire ou, du moins, les mesures de précaution qu'elle peut prendre afin de minimiser le risque de voir sa responsabilité engagée dans ce contexte. Certes, l'obligation d'information du client au sujet des rétrocessions incombe en premier lieu au gérant externe, et non à la banque[9] ; en principe, la banque doit pouvoir présumer que le gérant externe remplit ses obligations envers le client. Il pourrait en être autrement en présence de circonstances particulières, par exemple en cas de multiplication anormale des transactions effectuées par le gérant faisant penser à la pratique du barattage (*churning*). En tout état de cause, la banque serait bien inspirée d'inclure dans son contrat avec le gérant externe une disposition par laquelle il s'oblige (1) à informer le client sur les rétrocessions et (2) à régler expressément le sort des rétrocessions dans son arrangement contractuel avec le client[10].

On notera que l'Association suisse des fonds de placement (SFA Swiss Funds Association), par une circulaire adressée à ses membres[11], a récemment pris position sur les incidences de cet arrêt sur les commissions de distribution versées par les fonds de placement. De l'avis de la SFA, l'arrêt précité rendu par le Tribunal

---

7 Cf. Bahar, www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF n° 446 du 22.06.2006.

8 On a suggéré en outre qu'en plus du devoir d'information préalable, qui conditionne la validité de la renonciation du client aux rétrocessions, le gérant devrait informer le client par la suite de tout cas spécifique de rétrocession donnant lieu à un conflit d'intérêts aigu, ceci en vertu du devoir de loyauté du mandataire ; Nänni M. / von der Crone H.C., (n. 4), pp. 313-315.

9 Au sujet du devoir d'information de la banque, cf. les deux décisions commentées ci-après, ainsi que l'article "Umbruch in der Welt der Vermögensverwalter – Keine Zukunft für 'retrozessionsgestützte' Geschäftsmodelle" paru dans la NZZ du 18.11.2006.

10 Cf. Kuhn R., (n. 4), pp. 1054-1056.

11 Circulaire 22/06 du 05.12.2006, "Arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2006 en matière de ristournes aux gérants de fortune indépendants / position de la Swiss Funds Association SFA" [traduction] ; on se référera de préférence à l'original allemand "Bundesgerichtsurteil i. S. Retrozessionen an unabhängige Vermögensverwalter vom 22. März 2006 / Position der Swiss Funds Association SFA". Cf. "Fondsverband interpretiert Urteil zu Retrozessionen", NZZ du 06.12.2006 ; Pfiffner F., "Thema Retrozessionen : Fondsverband im Abseits", NZZ am Sonntag du 10.12.2006.

fédéral en matière de gestion de fortune "… ne s'applique … pas du tout au secteur des fonds de placement ni aux indemnités de distribution versées". La SFA fait valoir que les commissions de distribution sont la contrepartie de toute une série de prestations des distributeurs[12], que ces commissions sont payées même si l'acquisition de parts par le client ne se fait pas à l'initiative de la banque (conseil en placement, mandat de gestion), mais par ordre direct du client, que l'existence de ces commissions est mentionnée dans les prospectus (ainsi que dans la directive SFA concernant la transparence dans les commissions de gestion) et que le distributeur ne reçoit pas une double rétribution pour les services de distribution. Alors même que plusieurs de ces arguments ne sont pas sans mérite, il demeure – comme la circulaire de la SFA le mentionne en passant – que les rétrocessions et autres avantages obtenus par le mandataire n'échappent aux obligations de transparence et de reddition de compte réaffirmées par le Tribunal fédéral que "pour autant que cela n'aboutisse pas à un conflit d'intérêts". Or, il est évident que la perception de commissions de distribution pourrait être de nature à induire un gérant de fortune ou conseiller en placement à privilégier certains placements, par exemple en parts de fonds de placement. Il semblerait donc que la position de la SFA doive être nuancée à cet égard.

- Devoir d'information de la banque et du gérant

Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur le devoir d'information et la responsabilité aussi bien du gérant indépendant que de la banque dépositaire[13]. Il s'agissait d'un mandat de gestion en devises conféré à un gérant indépendant par un investisseur averti, qui connaissait les mécanismes du marché financier, y compris les opérations sur produits dérivés, et n'ignorait pas ses potentiels de gains et risques de perte. En définitive, le client a subi une perte supérieure aux fonds propres investis, son avoir passant d'un peu plus d'un demi-million à un solde négatif de quarante mille francs. Ses actions en dommages-intérêts aussi bien contre le gérant indépendant que contre la banque dépositaire ont été rejetées au niveau cantonal et fédéral.

S'agissant du gérant, la cour cantonale a bien admis la violation du droit du client à une information correcte et non ambiguë sur la situation de ses avoirs ainsi que sur l'existence d'un dommage. En revanche, elle a exclu un lien de causalité entre la violation contractuelle commise par le gérant et le dommage subi par le client, en constatant que, même s'il avait eu plus de renseignements, le client

---

12 On remarquera cependant que certaines des prestations indiquées incombent de toute façon à la banque ou au négociant de titres, par exemple les obligations de diligence en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ou les obligations d'information du commerçant de titres.

13 TF, 04.11.2005 (Ire Cour civile, *A. c. X. SA et Banque Y.*) : 4C.366/2004 ; **[R 12]** ; DE GOTTRAU N., www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF nº 394 du 06.12.2005 ; Relevant 2006 1-3.

n'aurait pas demandé la cessation des opérations sur les devises en cause. Le Tribunal fédéral n'a pas revu ces constatations, estimant qu'elles relèvent du fait.

En ce qui concerne la position de la banque dépositaire, les juges de Mon Repos ont rappelé leur jurisprudence constante selon laquelle la banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, s'engage uniquement à exécuter des ordres en bourse qui lui sont adressés sporadiquement, n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du client. Dans le cadre de ce rapport contractuel, qualifié de dépôt et de mandat, le devoir de fidélité n'impose pas non plus à la banque chargée d'exécuter des ordres déterminés de conseiller spontanément le client sur les développements probables des investissements choisis par lui et sur les mesures à prendre pour limiter ses risques. Ces principes s'appliquent encore plus strictement lorsque la gestion est confiée à un gérant indépendant. Cependant, un tel devoir d'information peut exister exceptionnellement (outre le cas où le client a spécifiquement demandé à être renseigné) lorsque la banque a reconnu ou aurait dû reconnaître que le client n'a pas identifié un risque lié au placement ou lorsqu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cadre de relations d'affaires durables entre le client et la banque. A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé qu'un rapport particulier de confiance ne saurait être déduit du fait qu'un des directeurs de la société de gestion était également directeur de la banque dépositaire, étant donné qu'il n'avait pas géré les avoirs du client en sa qualité de directeur de la banque, mais bien en sa qualité de directeur de la société de gestion qui était liée au client par un mandat de gestion de fortune.

- Devoir d'information de la banque

Dans une affaire semblable, s'agissant de la responsabilité de la banque dépositaire, le Tribunal d'appel tessinois a appliqué les mêmes principes, en apportant toutefois quelques précisions intéressantes[14]. Certes, les juges ont reconnu que le seul fait que le gérant exécute des opérations spéculatives ou que le patrimoine du client soit en baisse ne suffisait pas pour imposer à la banque une plus grande vigilance. En l'espèce, la banque a été reconnue responsable parce que l'un de ses employés, après avoir interpellé précédemment le gérant externe au sujet des pertes subies par le client, avait averti ses supérieurs qu'il pouvait y avoir un problème et qu'il serait opportun de prendre contact avec le client (domicilié à l'étranger et qui ne s'était plus manifesté auprès de la banque depuis l'ouverture du dépôt), ce qu'elle n'avait pas fait. Cependant, la responsabilité de la banque a été réduite du fait qu'elle répondait ainsi du rôle joué par le gérant indépendant, ce pour quoi elle n'était pas rémunérée.

---

[14] Tribunale d'Appello TI, 05.10.2005 (*L. c. Banca X.*) : www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 13.03.2006 ; **[R 13]**.

- Extension du mandat du gérant

Au sujet de l'étendue du mandat conféré à un gérant de fortune indépendant, il a été jugé[15] qu'il est possible pour les mandants d'autoriser tacitement une extension du mandat aux opérations à terme sur devises, bien que ce type d'opérations n'ait pas été prévu initialement. Cependant, si le gérant n'a pas satisfait à son devoir de conseil et de mise en garde résultant de l'art. 398 al. 2 CO, dont l'étendue dépend des connaissances du client et du type d'investissement, il ne peut pas considérer de bonne foi que les mandants aient consenti de façon tacite à l'extension du mandat aux opérations à terme sur le marché des devises. En l'espèce, l'affaire a été renvoyée à l'instance cantonale pour compléter les faits sur ce point.

- Bonne foi de la banque dépositaire

Enfin, de nouveau dans une affaire tessinoise[16], il s'agissait d'une banque qui avait payé deux garanties à première demande émises sur ordre d'une société de gestion dont les comptes ont fait l'objet, par la suite, d'un séquestre pénal aux fins d'une confiscation. Tentant de récupérer ses fonds, la banque a formé une demande de levée partielle du séquestre, qui a été refusée par le procureur au motif que la banque aurait dû savoir que les fonds sur ledit compte (un compte *pool* ou *omnibus*) appartenaient en réalité aux clients. Selon le Tribunal, pour établir si la banque est de bonne foi selon l'art. 59 al. 1 CP, il faut examiner si elle a déployé la diligence nécessaire lors des vérifications qui lui incombent. La diligence de la banque est mesurée à la lumière des règles applicables en matière financière, notamment par les règles administratives émises par la CFB et les règles adoptées par les organismes d'autorégulation, qui ont une fonction interprétative dans l'application des dispositions pénales. En l'espèce, la banque, qui avait manqué aux obligations de diligence lui incombant (notamment en omettant de vérifier l'identité des bénéficiaires économiques des avoirs), ne pouvait pas se prévaloir de sa bonne foi[17].

B. Transactions diverses dans le cadre de la gestion de fortune

- Opérations spéculatives. Ordres directs du client en l'absence d'un mandat de gestion

Un certain nombre de décisions ont été rendues au sujet de divers types particuliers ou de catégories d'opérations dans le cadre de la gestion de fortune, surtout en vue de préciser dans quelles conditions ces opérations sont admissibles. La plus intéressante vise des opérations spéculatives en devises, passées sur la base

---

15 TF, 05.07.2005 (Ire Cour civile, *Epoux A. c. X.*) : 4C.51/2005 ; **[R 14]**.

16 Tribunale d'Appello TI, 22.09.2005 : NRCP 2005 316 ; **[R 37]**.

17 Voir aussi, sur les rapports entre la diligence requise par la CDB et la diligence de droit privé, la décision **[R 31]** relative à la bonne foi du gagiste, relatée ci-après sous section III C (1).

d'ordres directs du client dans le cadre d'une stratégie d'investissement spéculant sur les taux de change entre le yen japonais et d'autres monnaies[18]. Il s'agissait de s'endetter auprès de la banque dans une monnaie à faible taux d'intérêt avant d'investir le produit du prêt dans un portefeuille d'obligations en monnaies de rendement plus élevé. Alors qu'initialement la banque n'avait prêté des fonds à cet effet qu'avec une marge de sécurité de 30% par rapport au portefeuille nanti, cette marge a été abaissée successivement à 20, puis à 10%. Le client, âgé de 80 ans, alors même qu'il ne disposait pas de connaissances bancaires approfondies, était conscient du risque, savait ce que signifiait un appel de marge et maîtrisait sa stratégie d'investissement. A la suite d'une évolution défavorable des taux de change, le client a subi des pertes considérables entraînant la liquidation de son portefeuille.

Le Tribunal fédéral a d'abord rappelé qu'en principe, la banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, se borne à exécuter des instructions du client, n'est tenue ni à une sauvegarde des intérêts du mandant, ni à un devoir général d'information. D'une manière générale, la banque ne doit renseigner le client que s'il le demande ; s'il apparaît qu'il n'a aucune idée des risques qu'il court, la banque doit toutefois l'y rendre attentif. Le devoir de fidélité n'impose pas non plus à la banque de conseiller spontanément le client sur les développements probables des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques. Plus spécifiquement, le client reprochait à la banque que la fixation d'une marge aussi faible que 10% avait pour corollaire un accroissement exceptionnel du risque des investissements que la banque n'aurait pas dû laisser assumer par un client si âgé et qui n'était pas un professionnel averti. Cet argument n'a pas convaincu les juges, qui ont considéré que le client ne peut pas se prévaloir de l'insuffisance de la marge fixée lors d'opérations spéculatives, la marge ayant essentiellement pour but de limiter les risques de la banque en cas d'insolvabilité du client. Dès lors, la banque n'assume pas de responsabilité vis-à-vis du client lorsqu'elle se contente d'une marge insuffisante.

- Transactions sur devises. Procuration. Diligence de la banque

Dans une autre affaire[19], le client avait donné à son fils une procuration générale, dont il avait communiqué la teneur à sa banque. Les opérations à terme sur devises entreprises par le fils ont donné lieu à des pertes considérables. Le client a estimé que la banque aurait dû reconnaître l'usage abusif ainsi fait de la procuration générale et qu'elle a ainsi violé son devoir de diligence. Selon les juges, l'étendue des pouvoirs résultant d'une procuration communiquée à un tiers doit être appré-

---

18 TF, 26.01.2005 (Ire Cour civile, *A. c. B.*) : 4C.298/2004 ; NRCP 2005, p. 283 ; **[R 10]** ; Marchand S., "Jurisprudence civile bancaire et financière 2004-2005 – commentaire et inventaire", in Thévenoz L. / Bovet C. (édit.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2006, pp. 86-91-93.

19 TF, 23.02.2006 (Ire Cour civile, *A. c. Bank X.*) : 4C.72/2005 ; **[R 2]**.

ciée d'après la teneur de cette communication (art. 33 al. 3 CO), la bonne foi du tiers étant présumée (art. 3 al. 1 CC). Cependant, le tiers ne peut pas s'en prévaloir s'il avait connaissance d'instructions internes du mandant restreignant les pouvoirs du mandataire, ou s'il aurait dû le savoir en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui (art. 3 al. 1 CC). En l'occurrence, le client a été débouté, la banque n'ayant disposé, de l'avis des juges, d'aucun indice de dépassement ou d'usage abusif des pouvoirs.

- Placements collectifs. Responsabilité du distributeur. Commission

Une alternative à un portefeuille géré est la souscription de parts de fonds de placement. Une affaire qui a donné lieu à une décision du Tribunal fédéral portait sur un contrat de distribution (soumis au droit suisse) entre une SICAV luxembourgeoise et un distributeur en Suisse[20], à savoir un contrat *sui generis* qui se rapproche du contrat d'agence et comporte des éléments du contrat de commission. Une duplication d'ordres imputable à une erreur d'une banque intermédiaire avait donné lieu à des pertes. Selon les juges, le distributeur qui s'est contractuellement engagé à répondre des erreurs ou retards pouvant survenir lors de la transmission d'instructions relatives à l'émission de nouvelles actions répond des instructions envoyées à double par la banque qui paie pour son compte le montant de la souscription. Conformément à l'économie du contrat et à l'art. 418h CO, le distributeur n'a pas droit à la commission contractuelle pour les actions de la SICAV qui ont été souscrites, mais non réglées.

- Mandat de gestion. Devoir d'information et diligence de la banque mandataire qui prend ferme un emprunt obligataire

Dans l'affaire des emprunts de la Commune de Loèche-les-Bains, une banque avait pris ferme des obligations de caisse émises par cette commune, et les avait attribuées aux portefeuilles de divers clients gérés par elle. Après la défaillance de la commune émettrice, ces clients ont mis en cause la responsabilité de la banque. Le Tribunal fédéral[21], après avoir rappelé la jurisprudence sur le devoir d'information et de diligence du gérant de fortune, a précisé que ces obligations s'appliquent par analogie à la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*). Dans ce cadre, la banque n'est pas tenue d'assumer pour le client le risque de la décision d'investissement ; le principe de la responsabilité propre du client prévaut. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que la banque a l'obligation, en vertu du devoir de fidélité, de donner des informations exhaustives au client, notamment lorsqu'il existe entre la banque et le client une relation de confiance durable allant

---

20 TF, 18.08.2005 (Ire Cour civile, *X. SA. c. Y. Z.*) : 4C.229/2005 ; Cour de justice GE, 13.05.2005 (ACJC/600/05) ; **[R 3]**.

21 TF, 21.02.2006 (Ire Cour civile, *A., B., C., D., E., F., G., H. AG c. Bank X.*) : 4C.20/2005 ; **[R 6]**.

au-delà de la conclusion de la transaction spécifique en cause. Dans le cas particulier, la banque, titulaire d'un mandat de gestion, avait attribué au portefeuille du client des titres qu'elle avait pris ferme à l'émission et avait consciencieusement examiné la solvabilité de l'emprunteur : dans la mesure où l'attribution des titres au portefeuille du client était conforme à la stratégie d'investissement convenue avec le client, la banque n'encourt aucune responsabilité du fait de la défaillance subséquente de l'émetteur.

- Produits structurés. Devoir d'information du négociant de titres

Dans une affaire jugée par le Tribunal de commerce de Zurich[22], le client avait acheté, par l'intermédiaire (et en partie à l'aide d'un crédit lombard) de sa banque, des produits structurés fondés sur un dérivé de crédit lié à une émission écuadorienne. La valeur de ces produits, appelés *Step-down Coupon Amortising Callable Credit-linked Notes*, est par la suite tombée à zéro. Les achats avaient été effectués sans que le client ait reçu aucune information sur les risques de ces instruments ; en outre, le conseiller en placements de la banque avait assuré qu'il s'agissait d'obligations bénéficiant d'une garantie étatique et n'avait pas appelé l'attention sur les risques spécifiques de ce type d'investissement. Les juges zurichois ont rappelé que l'art. 11 al. 1 lettre a LBVM institue un devoir d'information à la charge du négociant en valeurs mobilières ; à ce titre, la banque doit notamment renseigner le client sur les risques inhérents à certains types de produits, en tenant compte de son expérience et de l'état de ses connaissances dans les domaines concernés (art. 11 al. 2 LBVM). Le devoir d'information résultant de la législation boursière prévaut sur le devoir d'information de droit privé résultant des relations contractuelles des parties (art. 398 CO) dans la mesure où il implique des règles de conduite plus sévères. L'information sur les risques doit en principe être donnée avant la conclusion de la transaction. Il appartient au client d'établir que la banque n'a pas suffi à son devoir d'information. L'expérience du client doit être comprise comme une expérience concrète des transactions du type envisagé, notamment dans le domaine des produits dérivés tels que les options, *financial futures* ou opérations à terme sur devises. S'agissant de produits particulièrement complexes (tels que les produits structurés), ces instruments sont difficiles à comprendre même pour des personnes ayant une certaine expérience en matière financière ; dès lors, ces instruments doivent leur être expliqués. En l'espèce, la banque a été reconnue responsable en principe, l'indemnité étant toutefois réduite en raison d'une faute concomitante du lésé (art. 44 CO), le client n'ayant pas réagi lorsque la valeur de son investissement était tombée à 35% de la valeur initiale et ayant même procédé à des placements supplémentaires dans le même instrument.

---

[22] Handelsgericht ZH, 14.03.2005 : ZR 105 (2006) Nr. 3 ; **[R 7]**.

- Ordre limité à l'achat d'obligations. Violation des instructions

A la suite d'un ordre limité d'achat d'obligations, la banque avait acheté les titres à un prix supérieur à la limite indiquée, ce qui a amené le client à réclamer un dédommagement, invoquant une violation de ses instructions[23]. Le Tribunal fédéral a rappelé que l'achat de titres par une banque pour le compte du client est un contrat de commission, auquel s'appliquent les règles du mandat dans la mesure où les règles particulières à la commission n'y dérogent pas (art. 425 al. 2 CO). Le mandataire est tenu de suivre les instructions du mandant et viole le contrat s'il s'en écarte. Il y a lieu de distinguer une exécution non conforme aux instructions du mandat de la fourniture d'une prestation différente (*aliud*) ; dans ce dernier cas, les normes sur la gestion d'affaires sont applicables (art. 419 ss CO). En l'espèce, la banque s'était écartée des instructions du client et avait acheté les titres à un cours supérieur à la limite indiquée par les instructions ; il s'agissait donc bien d'une violation des instructions (et par conséquent des obligations contractuelles) et non d'une gestion d'affaires. Dès lors, le mandant a droit à obtenir un dédommagement correspondant à l'intérêt positif du contrat.

- Options. Appel de marges

En matière d'options, les conditions générales de banque relatives aux produits dérivés prévoient généralement que le souscripteur (vendeur) d'une option s'engage envers la banque à fournir des sûretés (marge), la banque pouvant exiger des sûretés additionnelles (appel de marge) lors d'une modification du cours de la valeur de base. Si le vendeur de l'option ne répond pas à l'appel de marge, la banque a le droit de liquider l'option. Dans une affaire grisonne soumise au Tribunal fédéral[24], la banque s'était déclarée prête à prendre en considération d'autres sûretés offertes par le souscripteur avant de procéder à la liquidation de l'option, mais avait omis, contrairement aux assurances données au client, d'examiner les sûretés offertes et avait liquidé l'option. Les juges ont estimé que la banque avait agi de manière contradictoire et contraire à la bonne foi (art. 2 al. 2 CC, *venire contra factum proprium*). Dans ces conditions, la banque ne pouvait faire valoir aucune prétention à la suite de la liquidation de l'option et a été déboutée.

C. Fiction de ratification

- Conseil en placement. Opérations sur titres exécutées sans ordre. Réclamations du client. Fiction de ratification

Toujours en matière d'options, les pertes subies par un médecin-dentiste ont donné l'occasion au Tribunal fédéral de se pencher sur la portée de la fiction de

---

23 TF, 24.06.2005 (Ire Cour civile, *Bank X. c. Y.*) : 4C.471/2004 ; **[R 9]**.

24 TF, 16.03.2005 (Ire Cour civile, *Bank X. c. A.*) : 4C.410/2004 ; **[R 11]**.

ratification d'opérations sur titres lorsque le client ne réagit pas à la réception de relevés de compte mentionnant ces transactions[25]. On sait que les conditions générales des banques stipulent qu'à défaut de réclamation du client dans le délai d'un mois, les transactions figurant sur le relevé sont tenues pour approuvées. En l'espèce, dans le cadre d'une relation de compte bancaire et de dépôt de titres, la banque avait donné des conseils en placement et exécuté de nombreux ordres du client. Par la suite, la banque a également conclu des transactions sur options sur une période de plusieurs mois sans l'accord du client. Les réclamations téléphoniques du client auprès de son conseiller en placement à la banque sont demeurées sans suite, mais le client n'a pas réagi après réception de trois relevés trimestriels mentionnant les transactions en cause. Ces transactions se sont finalement soldées par des pertes considérables, dont il a réclamé sans succès le remboursement à la banque. Alors que le Tribunal d'appel de Bâle-Ville lui a donné raison, le Tribunal fédéral a adopté le point de vue opposé.

Selon les juges de Mon Repos, il appartient au client de protester lorsqu'une banque effectue à plusieurs reprises pour lui des opérations sans instructions. Le client doit manifester son opposition de manière adéquate (*tunlich*) ; ce qui est adéquat doit être apprécié selon les circonstances du cas particulier. En l'espèce, dès lors qu'il était clair que ses réclamations orales restaient sans effet, le client aurait dû s'adresser par écrit à la banque, ou du moins prendre contact par téléphone avec les supérieurs de son conseiller. Une telle obligation résulte d'une part du devoir de fidélité du mandant vis-à-vis du mandataire, et d'autre part des conditions générales. On peut même s'interroger sur la bonne foi du client qui attend, pour s'adresser par écrit à la direction de la banque, que les pertes résultant des transactions en cause soient devenues définitives. Dans ces conditions, les transactions mentionnées sur les relevés de compte sont tenues pour approuvées conformément aux conditions générales. En d'autres termes, la fiction de ratification est opérante. Le client ne pourra exiger ni des dommages-intérêts, ni l'extourne des transactions effectuées.

Cette décision laisse subsister diverses questions, au moins sur deux points. Premièrement, on a pu douter que les transactions en cause aient été effectuées par la banque en exécution d'un mandat, puisque le rôle de la banque se limitait au conseil en placement. Dans cette optique, les opérations entreprises de sa propre autorité par le conseiller n'entraient pas dans le cadre de la relation contractuelle entre la banque et le client ; il s'agirait plutôt d'un cas de gestion d'affaires entreprise contre la volonté reconnaissable du client. Dès lors, la banque

---

[25] TF, 28.09.2005 (Ire Cour civile, *X-Bank c. A.*) : 4C.194/2005 ; **[R 4]** ; Sibbern E. / von der Crone H.C., "Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden", SZW/RSDA 1/2006, p. 70 ; Laporte C., "Transactions effectuées par une banque sans l'accord de son client : arrêt du Tribunal fédéral", www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF nº 390 du 07.11.2005.

pouvait-elle de bonne foi se fonder sur une fiction de ratification dans un tel cas ?[26] Si tel n'était pas le cas, contrairement à la décision du Tribunal fédéral, le dommage se réaliserait aux dépens de la banque, et non du client. Il se pose alors une deuxième question : le client n'avait-il pas l'obligation de tout faire pour minorer le dommage qui menaçait la banque, et donc d'avertir la banque de manière adéquate, c'est-à-dire sans délai, que ses réclamations orales auprès du conseiller restaient sans effet ?[27]

- Gestion de fortune. Fiction de ratification. Clause insolite ?

Une affaire présentant certaines analogies avec celle qui précède, mais portant sur l'achat d'actions dans le cadre d'un mandat de gestion de fortune, avait également trait à la fiction de ratification résultant des conditions générales[28]. En l'espèce, la banque avait vendu au client des actions qui n'entraient pas dans la stratégie de placement convenue avec lui. Les conditions générales de la banque prévoyaient qu'à défaut d'objection écrite du client communiquée dans le délai d'un mois après réception d'un relevé périodique, les transactions mentionnées dans le relevé seraient tenues pour approuvées. Le Tribunal fédéral a confirmé que les clauses de ce type sont usuelles dans la pratique ; dès lors, il ne s'agit pas d'une règle "inhabituelle" ou "insolite", sur laquelle l'attention de la partie plus faible doit être attirée spécialement dans le cadre de l'incorporation de conditions générales dans le contrat. Cependant, si un client omet de contester une transaction donnée, parce qu'il n'a pas reconnu que cette transaction violait le mandat de gestion donné à la banque, il peut faire valoir que sa ratification tacite reposait sur une erreur, respectivement sur un vice de la volonté, qu'il doit invoquer dans le délai d'un an dès la connaissance du vice (art. 31 CO). En l'espèce, à partir du moment où le client avait reconnu sans aucun doute possible que l'achat des actions en cause, totalement dépréciées en un court laps de temps, était contraire à l'instruction de n'acheter que des titres cotés en bourse, il aurait eu la possibilité d'invoquer son erreur entachant la ratification tacite de cette opération. Ne l'ayant pas fait dans le délai d'un an, la ratification ne pouvait plus être mise en cause. Au surplus, le client avait demandé à la banque d'émettre une garantie sous forme d'émission d'une *letter of credit,* qui avait été appelée par le bénéficiaire, d'où une perte importante subie par le client, qui avait dû rembourser le montant correspondant à

---

26 Pour la négative, Sibbern E. / von der Crone H.C., (n. 25), pp. 72 et 76.

27 Selon Sibbern E. / von der Crone H.C., (n. 25), pp. 77-78, il s'agirait d'une obligation accessoire résultant du mandat : on est proche de l'idée d'une obligation de fidélité du mandant retenue par le Tribunal fédéral. On remarquera que ces auteurs se placent hors du mandat pour dénier *in casu* tout effet à la fiction de ratification, alors qu'ils se placent dans le cadre du rapport contractuel de mandat pour fonder l'obligation du mandant de faire tout son possible pour minorer le dommage menaçant dans cette optique le (non-)mandataire.

28 TF, 08.04.2005 (Ire Cour civile, *A. c. Bank X.*) : 4C.342/2003 ; **[R 8]**.

la banque. Dans la mesure où la portée et les risques de cette garantie étaient clairement reconnaissables pour le donneur d'ordre, la banque n'avait pas de devoir d'information particulier à cet égard, d'autant plus que l'émission d'une garantie est sans rapport avec la gestion de fortune.

II. Aspects successoraux

A. Droit de renseignement des héritiers

La gestion de fortune pour la clientèle privée implique souvent la planification successorale. Dans ce contexte s'est développée toute une jurisprudence relative à divers véhicules successoraux, tels que des trusts, des sociétés offshore ou des fondations, constitués par ou à la demande des clients. Après leur décès, leurs héritiers cherchent à obtenir des renseignements sur l'existence et les modalités de ces véhicules ainsi que sur les avoirs qui leur ont été transférés par le *de cujus*. Il s'agit donc d'avoirs dont le défunt n'était plus le titulaire au moment du décès, mais seulement l'ayant droit économique. Parmi les affaires récentes de ce genre, les deux plus intéressantes émanent de la Cour de justice de Genève et ont donné lieu à des décisions en sens contraire.

- Droit de renseignement des héritiers réservataires. Trust

Dans la première[29], le droit de l'héritier réservataire d'obtenir de la banque des renseignements sur les avoirs transférés par le défunt à un trust ou une entité analogue a été admis dans le cadre de l'établissement d'un inventaire civil. Les juges ont considéré que la communication aux héritiers réservataires de l'identité du titulaire d'une relation bancaire dans laquelle le *de cujus* intervenait en qualité d'ayant droit économique pouvait être exigée dans la mesure où la banque avait connaissance de la relation fiduciaire entre le *de cujus* et l'entité en question. Ils ont précisé à cet égard que, contrairement au cas d'une demande de séquestre émanant d'un créancier, il n'était pas indispensable que l'héritier réservataire indique le nom de l'entité tierce dont le *de cujus* serait l'ayant droit économique.

- Droit de renseignement des héritiers non réservataires. Trust

Dans le second cas[30], en revanche, s'agissant également d'un trust constitué à l'étranger par le *de cujus*, la requête d'un héritier en reddition de compte a été

---

29 Cour de justice GE, décision du 17.11.2005 (C/28930/2003, DAS/217/05) : www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 13.03.2006, obs. Troller ; **[R 20]**.

30 Cour de justice GE, décision du 16.02.2006 (ACJC/146/2006) : www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 30.05.2006, obs. Lombardini ; **[RR 41]** ; Thévenoz L., "La banque doit-elle informer le bénéficiaire ?", www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF n° 443 du 19.06.2006.

refusée en l'absence de la qualité d'héritier réservataire. Ces décisions se placent ainsi dans le sillage d'une jurisprudence désormais bien établie, qui considère que l'héritier réservataire doit avoir les informations nécessaires pour vérifier que sa réserve n'a pas été éventuellement lésée par le transfert d'avoirs à un véhicule successoral tel qu'un trust, une société offshore, une fondation ou un établissement du même genre, alors qu'il n'y pas de raison de faire bénéficier l'héritier non réservataire d'une telle prérogative. En plus de ce droit propre de l'héritier réservataire d'obtenir des renseignements fondé sur le droit successoral, tout héritier, même non réservataire, peut en principe faire valoir un droit aux renseignements fondé sur les relations contractuelles dans lesquelles il a succédé au *de cujus*, chaque héritier pouvant notamment demander individuellement au mandataire de rendre compte de l'exécution d'un mandat donné par le *de cujus*. C'est ainsi que, dans la seconde espèce, l'héritier légal a fait valoir que la défunte aurait chargé la banque de l'assister dans la création du trust en question. A défaut de "preuve liquide" de l'existence d'un tel mandat, les juges n'ont pas donné suite à cette demande en procédure sommaire. On pourrait être tenté d'en conclure *a contrario* que l'héritier aurait obtenu les renseignements demandés s'il avait pu établir l'existence d'un tel mandat, mais peut-être est-ce donner trop d'importance à une décision rendue dans des circonstances très particulières. Même s'il faut se garder d'en tirer des conclusions prématurées, il convient cependant de garder cette possibilité à l'esprit chaque fois qu'une banque assiste un client dans sa planification successorale.

- Héritière légale. Renseignements sur la gestion d'une société offshore

Dans une autre affaire[31], le client avait donné mandat à sa banque de constituer et de gérer une société offshore. Au décès du client, une héritière légale avait demandé des renseignements par la voie de mesures provisionnelles, invoquant un droit de nature successorale. La demande a été déboutée en procédure sommaire, la compétence du juge suisse étant restée indécise, les conditions d'urgence et de nécessité n'étant pas remplies. Il ne semble pas que la demanderesse ait invoqué en l'espèce un droit aux renseignements de nature contractuelle fondé sur sa succession au mandat, mais peut-être n'était-il pas possible de faire valoir un tel argument en procédure sommaire.

- Héritiers non réservataires. Fondation du Liechtenstein

On mentionnera encore le cas d'une fondation du Liechtenstein, sur laquelle un héritier non réservataire demandait des comptes à la banque du *de cujus*[32]. Le

---

31 TF, 18.08.2005 (Ire Cour civile, *A. c. B.*) : 5C.126/2005 ; **[R 21]**.

32 Tribunale d'Appello TI, 01.12.2004 (*T. c. Banca X.*) : NRCP 2005 325 ; **[R 22]** ; confirmé par TF 28.06.2005, 5P.40/2005.

Tribunal d'appel tessinois a rappelé que le droit d'un héritier institué de l'ayant droit économique à obtenir de la banque des informations sur une société de domicile titulaire d'un compte doit être apprécié selon les circonstances concrètes du cas et selon le principe de la proportionnalité. Dans cette évaluation, il y a lieu de prendre en compte la volonté du *de cujus* au maintien du secret bancaire, l'intérêt des héritiers à ces informations ainsi que les rapports entre les héritiers et le *de cujus*. Les héritiers institués doivent être renseignés sur les biens qui rentrent dans la masse successorale, ce qui exclut tous les biens au nom de véhicules successoraux étrangers, tels qu'une fondation, une *Anstalt* du Liechtenstein ou un trust. Il n'en serait autrement que s'il s'agissait de pures simulations (*Scheingeschäfte*), ce qui n'avait pas été établi ni même rendu vraisemblable en l'espèce.

- Restriction du droit aux renseignements par contrat

Enfin, une décision de Bâle-Ville[33] précise que le droit aux renseignements des héritiers ne saurait être restreint par une clause insérée, notamment par incorporation de conditions générales, dans un contrat de gestion de fortune conclu par le *de cujus* avec la banque.

B. Instructions post mortem

- Forme des instructions post mortem

Toujours en matière successorale, mais dans un contexte tout à fait différent, on mentionnera un arrêt du TF relatif à la forme d'instructions *post mortem* d'une cliente très âgée et handicapée de la vue, rédigées avec l'assistance de son banquier[34]. La majeure partie de ces instructions était dactylographiée, la partie manuscrite se réduisant aux mots "En totalité à l'église protestante pour fond (*sic*) Cathédrale", en plus de la date, du lieu et de la signature. Les juges ont considéré qu'il s'agissait de dispositions à cause de mort, assujetties aux exigences de forme du testament olographe et qu'une interprétation à la lumière du texte dactylographié entourant le texte manuscrit n'était pas possible. En l'occurrence, les mots écrits de la main de la testatrice n'avaient pas de sens en eux-mêmes et ne renfermaient pas tous les éléments essentiels, à savoir l'indication qu'il s'agissait de dernières volontés et l'objet des libéralités. Pour cette raison, l'Etat du Valais et la Commune de Nendaz ont bénéficié de la succession de plus de 5 millions de francs, à défaut d'héritiers, en lieu et place de l'Eglise nationale protestante de Genève. On peut se demander si le banquier, qui a manifestement mal conseillé sa cliente et ne lui a pas permis de concrétiser de manière juridiquement valable

---

33 Appellationsgericht BS, 26.03.2004 (*F. A. c. Bank X.*) : BJM 2/2006, 100 ; **[R 18]**.

34 TF, 01.09.2005 (IIe Cour civile, *Etat du Valais et Commune de Nendaz c. Eglise nationale protestante de Genève*) : ATF 131 III 601; 5C.29/2005 ; **[R 19]**.

ses intentions de libéralité à cause de mort, n'encourt pas une responsabilité, au moins sur le plan moral ; sur le plan juridique cependant, à défaut de lien contractuel avec le lésé ou d'acte illicite, une telle responsabilité paraît difficile à mettre en œuvre.

III. Crédits et sûretés

A. Crédits

- Devoir d'information de la banque dispensatrice de crédit

En matière de crédits, la décision la plus intéressante est un arrêt du Tribunal fédéral relatif au devoir d'information de la banque dispensatrice de crédit[35]. En l'espèce, la banque avait accordé un crédit hypothécaire de CHF 300 000 à une personne physique de condition relativement modeste (trois enfants à charge, revenu mensuel de CHF 2300) pour renflouer une société appartenant à de proches parents et se trouvant dans une situation financière délicate. En fait, les sommes empruntées étaient destinées à rembourser des crédits précédemment octroyés à cette société par la même banque. Pour échapper à son obligation de remboursement du crédit hypothécaire, l'emprunteuse a fait valoir que la banque avait failli à ses devoirs d'information, eu égard notamment au conflit d'intérêts dans lequel se trouvait la banque. Le Tribunal fédéral a admis l'action en libération de dette.

Les juges de Mon Repos ont d'abord rappelé que, dans le cadre de pourparlers contractuels, la règle de base est celle de la responsabilité personnelle. "La banque n'est en règle générale pas tenue de faire des investigations sur le besoin de crédit du client, sur ses intentions quant à l'utilisation des fonds ou sur la justification matérielle et l'opportunité de sa demande", le banquier n'est pas le tuteur de son client. Toutefois, à titre exceptionnel, la banque est tenue à un devoir de loyauté précontractuel l'obligeant à informer le client de manière étendue, notamment lorsqu'elle peut prévoir un danger non reconnaissable par le client ou en cas de conflit d'intérêts. En particulier, la banque ne doit pas encourager le crédit à une entreprise en situation difficile dans le but de favoriser le remboursement de ses propres créances contre cette entreprise[36]. Dans le cas d'un crédit relatif à une affaire sans connotation bancaire, la banque n'a pas de devoir général de conseil, sous réserve des affaires conclues avec la banque elle-même, à son instigation ou par son intermédiaire. Un devoir de mise en garde n'existe que dans des conditions très spécifiques, notamment lors de la connaissance par la banque d'informations

---

35 TF, 04.08.2005 (Ire Cour civile, *A. c. Banque X.*) : 4C.82/2005 ; de Gottrau, www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF nº 345 du 20.09.2005 ; Marchand S., (n. 18), p. 88 ; **[R 16]**.

36 Voir aussi, sur le devoir d'information dans le cadre d'un prêt à connotation non bancaire, la décision **[R 25]**, relatée sous section III B (2) ci-après.

particulières relatives à un risque spécial lié au financement d'un projet. En l'espèce, la banque se trouvait manifestement dans une situation de conflit d'intérêts, puisqu'elle avait suggéré aux actionnaires de la société en difficulté, à laquelle elle avait précédemment octroyé d'importants crédits, de s'adresser aux membres de leur famille pour trouver des garanties. Dès lors, une obligation de mise en garde particulière incombait à la banque, non seulement en raison de cette situation de conflit d'intérêts, mais aussi parce qu'elle connaissait la situation financière critique de la société. Le devoir de loyauté de la banque lui imposait d'informer de manière claire la future emprunteuse sur le caractère hautement risqué de l'opération. Peu importe à cet égard que l'emprunteuse ait été conseillée tant par ses parents que par le notaire, il n'en résulte pas pour autant que la banque est libérée de ses propres obligations. On relèvera encore que le TF a examiné la violation du devoir de diligence de la banque sur la base de l'art. 398 CO (sans d'ailleurs spécifier pourquoi il appliquait les règles du mandat), et non sur la base de la *culpa in contrahendo*; en effet, les contrats ayant été conclus à l'issue des négociations affectées par le conflit d'intérêts, la responsabilité contractuelle absorbe la responsabilité pré-contractuelle.

- Cartes de crédit. Crédit à la consommation

On mentionnera encore un arrêt valaisan[37] précisant que les cartes de crédit courantes ne tombent pas sous le coup de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC).

- Crédit en compte courant

Enfin, s'agissant d'un crédit en compte courant, le Tribunal fédéral[38] a décidé que les extraits de compte périodiques, en dépit de la fiction de reconnaissance par le client stipulée dans les conditions générales, ne valaient pas reconnaissance de dette donnant lieu à la mainlevée provisoire conformément à l'art. 82 al. 1 LP. Sans doute en serait-il autrement si le client avait dûment signé une déclaration par laquelle il reconnaissait le solde[39].

B. Sûretés personnelles

1. Garanties indépendantes et porte-fort

Les décisions rendues en matière de garanties indépendantes constituent pour l'essentiel un rappel de jurisprudence quant aux critères de distinction entre ga-

---

37 Tribunal cantonal VS (Ire Cour civile), 24.06.2004 (*X. SA c. Y.*) : RVJ 2005 190 ; **[R 17]**.

38 TF, 28.03.2006 (IIe Cour civile, *Verein Wohngruppe Baselland c. Migros Bank AG*) : 5P.260/2005 ; **[R 36]**.

39 Au sujet du compte courant, voir aussi la décision **[R 24]**, sous section III B (2) ci-après.

ranties indépendantes et garanties accessoires assimilables au cautionnement, d'une part, et à l'appel abusif de la garantie, d'autre part.

- Distinction d'avec la garantie accessoire

Tout d'abord, on mentionnera un arrêt du Tribunal fédéral[40] concernant une garantie "solidaire, inconditionnelle et irrévocable" émise par un Etat en liaison avec des crédits de montants élevés accordés par un consortium de banques à deux sociétés de cet Etat. Appelé à honorer ses engagements, le garant a notamment fait valoir qu'en qualité d'Etat, il ne pouvait conclure d'engagements indépendants correspondant à des garanties bancaires et que les engagements émis ne pouvaient déployer aucun effet en raison de la nullité des engagements de base. Après avoir précisé que les garanties ne sont pas l'apanage des banques et peuvent également être émises par des collectivités publiques ou des Etats, le Tribunal fédéral a rappelé les critères permettant de distinguer les garanties indépendantes des garanties accessoires assimilables à un cautionnement, dont la validité dépend de celle de l'obligation sous-jacente, à savoir :

– la référence au contrat de base ne permet pas à elle seule de conclure au caractère accessoire de l'engagement ;
– l'expression selon laquelle le garant s'est engagé "irrévocablement" n'est pas à elle seule déterminante ;
– le fait que le garant se soit engagé à payer "à première demande" constitue un indice en faveur d'une garantie indépendante ;
– la renonciation du garant à "opposer une quelconque exception ou objection", si la jurisprudence n'en fait pas un critère absolu en faveur de l'existence d'une garantie indépendante, se voit attribuer une portée décisive par la doctrine ;
– enfin, le fait que la garantie ait été émise par une banque ou encore qu'elle se rapporte à un contrat international constitue un indice en faveur d'un engagement autonome.

En l'espèce, le texte des garanties et leur émission dans le cadre de contrats internationaux a fait retenir une garantie indépendante, avec pour conséquence que le garant ne pouvait pas invoquer la nullité alléguée des contrats de base pour empêcher la mise en œuvre de la garantie. Le Tribunal n'a pas constaté d'éléments concrets permettant de retenir que l'appel aux garanties était abusif ; à cet égard, le fait qu'il pourrait ne pas être justifié sous l'angle des rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ou qu'un litige existerait entre eux quant à l'exécution du rapport de base ne serait pas suffisant. Enfin, le montant dû par le garant ne

---

40 TF, 31.05.2005 (Ire Cour civile, *X. c. Banques 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9*) : ATF 131 III 511 ; 4C.380/2004 ; SJ 2005 I 589 ; RSJ 2006 183 ; **[R 28]** ; de Gottrau N., www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF nº 349 du 11.10.2005 ; Marchand S., (n. 18), pp. 84-89. Cet arrêt fait suite à ATF 124 III 38, RSDA 1999 199 ; **[R 12]**.

saurait être réduit en raison d'une éventuelle faute concomitante du bénéficiaire (art. 44 al. 1 CO), car il ne s'agit pas ici de dommages-intérêts, mais de la mise en œuvre d'une garantie.

Au demeurant, l'Etat garant, qui avait été représenté par son consul et ambassadeur en mission spéciale (depuis lors démis de ses fonctions), a aussi fait valoir un abus du pouvoir de représentation de son ancien consul, qui était en réalité l'ayant droit économique des deux sociétés qui avaient obtenu les crédits. Selon le Tribunal fédéral, les conditions auxquelles les actes du représentant lient le représenté (effets externes de la représentation) relèvent du droit suisse du fait que le consul a déployé son activité prépondérante en Suisse (art. 126 al. 2 LDIP), alors même qu'il n'est pas certain qu'un consulat puisse être assimilé à un établissement. Les juges de Mon Repos ont également rappelé qu'en cas d'abus des pouvoirs de représentation, des doutes d'une intensité relativement faible suffisent à détruire la bonne foi du tiers au sens des art. 33 al. 3 CO et 3 al. 2 CC : les exigences relatives à l'attention requise du tiers en sont augmentées ; une négligence même légère peut faire perdre le droit d'invoquer la bonne foi. Cependant, en l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de reconsidérer sa jurisprudence sur ce point, car il a admis que la banque agissant comme agent du syndicat avait agi avec toute l'attention requise par les circonstances.

- Appel abusif

Dans une autre affaire[41], il s'agissait d'un appel prétendument abusif d'une garantie bancaire à première demande payable sur présentation de factures se rapportant à la location d'avions et confirmation écrite du défaut de paiement. Le bénéficiaire ayant appelé la garantie et produit deux factures se rapportant à cette location et une troisième facture relative à un manque à gagner résultant d'heures de vol non effectuées, le donneur d'ordre avait requis des mesures provisionnelles tendant à interdire à la banque garante d'honorer les appels. Dans ce contexte, les juges ont rappelé que le garant doit honorer son engagement aussitôt après un appel du bénéficiaire, sans égard à un éventuel litige relatif au rapport de base ; il ne peut opposer d'autres exceptions que celles tirées du contrat de garantie et ne peut exiger d'autres justifications que celles prévues par ce contrat. Cependant, le caractère abstrait (indépendance) de la garantie cesse lorsque son bénéficiaire s'en prévaut au mépris manifeste des règles de la bonne foi (art. 2 al. 2 CC), mais le refus de paiement doit rester exceptionnel. Dans la mesure où l'abus de droit est évident pour la banque, elle a non seulement le droit de refuser de payer, mais elle en a aussi l'obligation à l'égard du donneur d'ordre. En particulier, le créancier qui a été totalement ou en grande partie désintéressé commet un abus de droit

[41] TF, 21.06.2005 (Ire Cour civile, *A. et B. c. Banque C. et D. Ltd*) : 4P.44/2005 ; de Gottrau N., www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF nº 340 du 19.07.2005 ; **[R 26]**.

manifeste en faisant appel à la garantie pour tenter d'obtenir le versement de la créance dont il sait qu'elle a été éteinte ou fortement réduite par le paiement du débiteur. Pour cette raison, le Tribunal fédéral a admis partiellement le recours de droit public ; à son avis, le tribunal cantonal avait fait preuve d'arbitraire en refusant d'admettre qu'il avait été établi avec suffisamment de vraisemblance que le solde encore dû de la créance garantie était inférieur au montant des deux factures litigieuses. Dès lors, la mesure provisionnelle devait être modifiée de sorte à interdire tout paiement supérieur au montant impayé de la dette garantie, tel qu'il résulte des déclarations du bénéficiaire.

- Appel abusif

On retiendra encore d'un arrêt cantonal[42] relatif à un appel prétendument abusif d'une garantie à première demande que l'appel du bénéficiaire en raison de l'inexécution du donneur d'ordre, alors que lui-même ne s'était pas exécuté, serait considéré comme abusif. Mais cette configuration n'a pas été rendue vraisemblable en l'espèce, de telle sorte que les mesures provisionnelles tendant à bloquer la mise en œuvre de la garantie ont été refusées.

- Porte-fort. Exigibilité

Enfin, le Tribunal fédéral[43] a qualifié de porte-fort au sens de l'art. 111 CO une lettre par laquelle un employeur avait promis à une salariée des prestations de pré-retraite à verser par la société mère du groupe (SAirGroup). Pour que la garantie soit exigible, il suffit que la prestation du tiers n'ait pas été effectuée au moment convenu, sans que le bénéficiaire ne soit tenu de mettre le tiers en demeure. La prestation du tiers étant pécuniaire, son inexécution entraîne l'obligation pour le porte-fort de payer des dommages-intérêts de même nature et de même montant, auxquels s'ajoutent le cas échéant l'intérêt moratoire et d'autres frais.

2. Cautionnement

- Cautionnement solidaire d'un compte courant

S'agissant d'un cautionnement solidaire de durée indéterminée portant sur un compte courant, le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur les conditions de libération de la caution selon l'art. 511 CO[44]. Dans le cas particulier, le demandeur s'était porté caution pour un crédit en compte courant en faveur d'une personne avec qui il formait une société en nom collectif exploitant un garage. Après

---

42 Tribunale d'Appello TI, 16.06.2005 (*SBB GmbH c. DPG Srl*) : www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 22.11.2005, obs. Trezzini ; **[R 27]**.

43 TF, 05.08.2005 (Ire Cour civile, *Gate Gourmet Sàrl c. B.*) : ATF 131 III 606 ; 4C.448/2004 ; **[R 23]**.

44 TF, 02.12.2005 (Ire Cour civile, *A. c. Banque X.*) : 4C.220/2005 ; Meregalli Do Duc S., www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF nº 411 du 09.02.2006 ; **[R 24]**.

liquidation de la société, la caution avait envoyé une lettre à la banque, demandant la "radiation" du cautionnement pour ce motif. La banque a refusé, puis elle a dénoncé le crédit quatre mois plus tard et fait valoir le cautionnement. La caution se prétend libérée, sa déclaration ayant rempli à son avis les conditions de l'art. 511 CO. Le Tribunal fédéral l'a débouté.

Il est vrai que dans le cautionnement de durée indéterminée, l'art. 511 al. 2 CO permet à la caution qui s'est engagée depuis plus d'un an d'exiger du créancier qu'il provoque l'exigibilité de la dette principale et poursuive rapidement et sans discontinuer l'exécution de ses droits, à défaut de quoi la caution est libérée. Cette sommation n'est soumise à aucune exigence de forme et ne doit pas nécessairement mentionner le délai de quatre semaines. En revanche, elle doit indiquer de manière suffisamment claire la volonté de la caution de contraindre le créancier à entreprendre le recouvrement de sa créance. A cet effet, une référence à l'art. 511 est suffisante alors qu'une simple demande de libération de la caution (comme dans le cas d'espèce) ne l'est pas. Au demeurant, le Tribunal fédéral a rappelé la jurisprudence antérieure selon laquelle la caution peut garantir valablement l'obligation résultant d'une relation de compte courant, alors même que ce compte pourra être grevé de prétentions ultérieures : cependant, il ne s'est pas prononcé sur l'application éventuelle de l'art. 511 CO dans ce contexte, car la garantie assumée par la caution portait en l'espèce sur le solde reconnu du compte courant[45].

- Cautionnement. Condition suspensive

Dans une autre affaire de cautionnement[46], le Tribunal fédéral a eu l'occasion de réaffirmer le caractère accessoire de ce type de sûreté, dont la validité est conditionnée par la validité du contrat principal. Il s'agissait notamment d'établir si le créancier pouvait valablement renoncer à une condition suspensive, dont dépendait la conclusion du contrat principal et, partant, la validité de la créance garantie par la caution. Les juges ont estimé que le créancier pouvait renoncer à la réalisation d'une condition suspensive dans la mesure où cette condition avait été stipulée dans l'intérêt exclusif du créancier (il s'agissait en l'occurrence d'une expertise sur la valeur de l'immeuble financé et grevé d'une cédule hypothécaire), et que, dans ces conditions, cette renonciation n'avait aucune influence sur la validité du contrat principal, ni sur celle du cautionnement. En outre, il a été précisé, dans la mesure où la forme authentique est exigée pour certains cautionnements, que les exigences de forme s'étendent à tous les éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat, mais non à la date de l'acte authentique ni au lieu où il a été établi. Au surplus, la caution reprochait à la banque d'avoir agi contrairement à la bonne foi, en omettant de mettre le débiteur en garde contre les risques de l'investissement immobilier financé par le prêt garanti par la cau-

---

45 Au sujet du compte courant, voir aussi la décision **[R 36]**, sous section III A ci-dessus.

46 TF, 17.01.2006 (Ire Cour civile, *A. c. Bank B.*) : 4C.314/2005 ; **[R 25]**.

tion. A cet égard, les juges ont rappelé que dans le cas d'un prêt bancaire accordé pour financer un projet à connotation non bancaire[47], la banque n'est pas tenue, en principe, d'examiner d'office la viabilité de tels projets sous l'angle juridique et économique, ni d'avertir l'emprunteur des risques liés au financement d'un investissement de ce genre.

C. Sûretés réelles

1. Gage

- Bonne foi du gagiste, Convention de diligence des banques

Dans le domaine des sûretés réelles, l'arrêt le plus intéressant[48] concerne le degré de diligence exigé du créancier gagiste afin qu'il puisse se prévaloir de sa bonne foi dans l'acquisition du droit de gage. Il s'agissait d'une action de l'Union de l'Inde en restitution de deux pièces d'or sortant de l'ordinaire, qui avaient été remises en nantissement au Crédit Agricole Indosuez à Genève pour des crédits accordés à deux sociétés offshore contrôlées par un descendant du dernier Nizam (maharadja) de Hyderabad. L'une des pièces, frappée en 1613 à Agra, pesait 12 kg pour un diamètre de près de 20 cm, l'autre, frappée en 1639 à Lahore, pesait plus d'un kilo pour un diamètre d'environ 10 cm. Le jugement déboutant l'Union indienne a été confirmé en appel par la Cour de justice du canton de Genève, puis par le Tribunal fédéral statuant sur un recours en réforme, parallèlement à un recours de droit public.

La demanderesse faisait notamment valoir une violation du droit fédéral, en ce sens que la banque n'aurait pas pu acquérir de bonne foi un droit de gage sur ces pièces d'or exportées illicitement. Le Tribunal fédéral a rappelé qu'aux termes de l'art. 884 al. 2 CO, celui qui reçoit de bonne foi une chose en nantissement acquiert un droit de gage sur la chose, même si l'auteur du nantissement n'avait pas qualité pour en disposer. La bonne foi est présumée, mais le propriétaire peut renverser cette présomption en apportant la preuve que le créancier gagiste savait que le constituant n'avait pas le pouvoir de disposer de la chose. En outre, alors même que le créancier est de bonne foi, le propriétaire peut faire valoir que celui-ci est déchu de la protection légale attachée à la bonne foi parce qu'il n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. C'est sur ce terrain que se placent les développements de notre haute cour, qui est arrivée aux conclusions suivantes :

---

47 Par opposition, par exemple, à des investissements en valeurs mobilières. Voir aussi, sur le devoir d'information de la banque dispensatrice de crédit, la décision **[R 16]**, relatée sous section III A ci-dessus.

48 TF, 08.04.2005 (Ire Cour civile, *Union de l'Inde c. Crédit Agricole Indosuez –Suisse – SA*) : ATF 131 III 418 ; 5C.60/2004 ; **[R 31]** ; SJ 2006 I 153 ; Bretton Chevallier C., www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF no 430 du 24.04.2006 ; Marchand S., (n. 18), pp. 92-95.

Concernant la remise en gage de papiers-valeurs, métaux précieux, monnaies anciennes, etc., il est admis qu'une banque peut tenir pour honorable même un cocontractant inconnu et qu'elle n'est en principe pas tenue d'effectuer des recherches sur la provenance des biens de valeur qui lui sont remis en gage et sur le pouvoir d'en disposer, mais peut se fonder sur la présomption légale liée à la possession, sauf circonstances particulières justifiant des doutes ou de la méfiance. Cependant, la diligence requise d'une banque est élevée. Une banque respecte son obligation de diligence si, lors de l'ouverture d'un compte et l'acceptation de sûretés, elle se conforme aux exigences de la Convention de diligence des banques (CDB) et de l'ordonnance de la CFB en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (OBA-CFB). Lorsque des circonstances particulières justifient des doutes ou de la méfiance sur le pouvoir de disposer du constituant du gage, l'étendue des recherches incombant à la banque se détermine d'après les circonstances de l'espèce. En tout état de cause, on ne peut retenir que le créancier gagiste a manqué à l'attention requise par les circonstances que si les démarches qu'on lui reproche de n'avoir pas entreprises lui auraient permis de découvrir l'absence du pouvoir de disposer du constituant du gage.

Ce qui nous intéresse ici, c'est que la diligence requise sous l'aspect du droit privé, en ce qui concerne le droit de disposer du constituant du gage, a été mesurée par référence à la diligence requise en matière d'identification du cocontractant et de détermination de l'ayant droit économique au regard de la Convention de diligence des banques suisses et de l'ordonnance de la CFB en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, qui visent essentiellement des objectifs de droit public. On a reproché[49] au Tribunal fédéral d'avoir ouvert, par cette confusion des genres, "une brèche par laquelle les plaideurs ne manqueront pas de s'engouffrer", en rappelant que le constituant de gage peut être différent aussi bien du cocontractant que de l'ayant droit économique, et de conclure : "Voilà donc une décision qui aura probablement pour effet d'augmenter – inutilement – l'incertitude sur la portée des différents devoirs de la banque". On peut douter que le reproche soit fondé et déduire (négativement) de l'arrêt que, dans le cas où la banque n'aurait pas vérifié l'identité du cocontractant et déterminé l'ayant droit économique conformément à la CDB, elle ne saurait être de bonne foi en ce qui concerne le droit de disposer du constituant du gage ; en revanche, dans le cas contraire, la banque pourra toujours invoquer la protection de la bonne foi, sauf si des circonstances particulières auraient dû susciter des doutes ou de la méfiance à cet égard[50].

---

49 Bretton Chevallier C., www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF n° 430 du 24.04.2006.

50 Voir aussi, sur les rapports entre la diligence requise par la CDB et la bonne foi d'une banque dans le cadre d'un séquestre de droit pénal, la décision **[R 37]** relatée ci-dessus sous section I A *in fine*.

2. *Cédules hypothécaires et fiducie-sûreté*

On passera rapidement sur les trois décisions relatives à des cédules hypothécaires données en garantie.

- Cédule hypothécaire détenue fiduciairement à titre de sûreté

Dans la première[51], il a été précisé que lorsqu'une cédule est détenue fiduciairement par un tiers à titre de sûreté et que le créancier veut se la faire délivrer, seules importent les dispositions contractuelles stipulant qui est en droit de se faire délivrer la cédule et dans quelles conditions.

- Constitution d'une cédule hypothécaire. Extinction du rapport de base ?

Dans la deuxième[52], il s'agissait d'établir si la constitution d'une cédule hypothécaire avait éteint l'obligation de base par novation, comme le prévoit la règle supplétive de l'art. 855 al. 1 CC, ou si l'on était en présence d'un nantissement ou d'un transfert à titre fiduciaire de la cédule au créancier, auquel cas il n'y aurait pas novation, la volonté des parties étant déterminante dans les cas ambigus.

- Cession à titre de sûreté d'une cédule hypothécaire

Dans la troisième[53], enfin, il a été rappelé que la cession à titre de sûreté d'une cédule hypothécaire oblige le créancier à ne pas en poursuivre le paiement au-delà de ce qu'exige la garantie ; la convention implique un *pactum de non petendo* portant sur la partie de la créance cédulaire dont la poursuite n'est pas nécessaire pour garantir le remboursement des créances en compte. Dès lors, le débiteur dispose d'une exception qu'il peut faire valoir notamment dans une procédure de mainlevée, le créancier ne pouvant faire une réquisition de poursuite pour l'intégralité de la créance cédulaire.

3. *Leasing immobilier*

- Forme du contrat

On sait que le leasing financier ou crédit-bail, s'il est souvent analysé comme un contrat *sui generis* dérivé du bail avec des éléments d'autres contrats, remplit néanmoins une fonction de sûreté (réelle) pour garantir le retour du capital investi par la société de leasing, qui a acquis le bien donné en leasing selon les spécifications du futur preneur. Dans une affaire thurgovienne, qui a abouti au Tribunal fédéral[54], le preneur avait soutenu que le contrat de leasing immobilier

---

51 TF, 24.06.2005 (Ire Cour civile, *X. c. Y.*) : 4C.460/2004 ; **[R 29]**.

52 TF, 28.11.2005 (Ire Cour civile, *A. A. c. Banca C.*) : ATF 132 III 166 ; 4C.150/2005 ; **[R 30]**.

53 Cour de justice GE, 11.03.2004 ; RSJ 101/2005 430 ; **[R 32]**.

54 TF, 30.06.2006 (Ire Cour civile, *X. AG c. Bank D.*) : 4C.109/2006 ; **[RR 44]**.

devait être considéré dans son ensemble comme une vente d'immeuble soumise à la forme authentique. A son avis, tel devait à tout le moins être le cas pour les clauses prévoyant à la fin de la durée fixe du contrat une option pour le preneur entre (1) la continuation du contrat de leasing, (2) la restitution de l'immeuble pris en leasing et (3) l'achat de l'immeuble à la valeur résiduelle non amortie. Il était convenu qu'en cas de restitution, solution choisie en l'occurrence par le preneur, la société de leasing revendrait l'immeuble si possible à la valeur résiduelle. Au cas où le prix de vente obtenu d'un tiers serait inférieur à cette valeur, le preneur aurait l'obligation de verser la différence à la société de leasing ; dans le cas contraire, cette dernière rétrocéderait 75% du surplus au preneur. En l'espèce, le prix de vente était loin de couvrir la valeur résiduelle et le preneur a cherché à échapper à son obligation de couvrir la différence en alléguant la nullité du contrat à raison de l'inobservation des exigences de forme. Le Tribunal fédéral, de même que les instances inférieures, a jugé que le contrat ménageait trois options au preneur et n'impliquait pour lui aucune obligation économique de se porter acquéreur de l'immeuble ; partant, le contrat ne saurait être considéré comme une vente immobilière assujettie à la forme authentique. Il en va de même de la clause ménageant l'option de restitution choisie par le preneur, en dépit de son obligation de verser à la société de leasing la moins-value éventuelle par rapport à la valeur résiduelle non amortie (obligation qui pourrait être qualifiée de garantie ou porte-fort, question indécise). Seul le droit d'emption sur l'immeuble était soumis à la forme authentique, exigence respectée en l'espèce. Au surplus, le Tribunal fédéral a rejeté le grief de défaut de diligence de la société de leasing, qui avait vendu l'immeuble à un prix inférieur à la valeur résiduelle à un acheteur présenté par le preneur lui-même.

IV. Virements et opérations de paiement

A. Ordres de paiement contrefaits et paiements erronés

- Ordres de paiement contrefaits

Dans un arrêt du 24 avril 2006[55], le Tribunal fédéral s'est penché sur des ordres de paiement contrefaits émanant d'un gérant de fortune indépendant. En l'espèce, le gérant, qui entretenait des relations privilégiées avec la banque dépositaire, ne disposait que d'une procuration limitée à l'activité de gestion, excluant tout transfert ou prélèvement. Le gérant infidèle avait néanmoins transmis à la banque

[55] TF, 24.04.2006 (Ire Cour civile, *Banque X. SA c. HY. et FY.* ; ATF 132 III 449 ; 4C.413/2005 ; **[R 15]** ; de Gottrau N., "Gestion de fortune. Responsabilité de la banque pour exécution d'ordres frauduleux d'un gérant externe", www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF n° 460 du 13.09.2006 ; NZZ du 30.05.2006.

des ordres de transfert, en présentant d'abord la copie d'une lettre adressée à lui-même et portant la signature contrefaite du client, puis par téléphone, en faisant suivre des confirmations télécopiées munies de signatures contrefaites du client. La banque avait exécuté ces transferts pour un montant total de 250 000 dollars, sans exiger des ordres munis de la signature manuscrite du client. En réalité, aucun des ordres de transfert n'émanait du client, le gérant ayant confectionné des faux à partir d'une signature authentique du client en utilisant ciseaux, colle et photocopieuse.

Le Tribunal fédéral a rappelé sa jurisprudence en la matière, selon laquelle c'est la banque qui supporte le risque d'une prestation exécutée par le débit du compte en faveur d'une personne non autorisée, car c'est elle qui subit le dommage, étant tenue de restituer la somme débitée au client. Une clause transférant au client le dommage résultant d'un faux non décelé est sans portée en cas de dol ou de faute grave de la banque et peut être tenue pour nulle par le juge en cas de faute légère de la banque, assimilée à une industrie concédée (art. 100 CO par analogie). S'il est vrai que la banque n'est tenue de vérifier l'authenticité des ordres reçus que selon les modalités convenues avec le client ou prescrites par la loi, elle doit néanmoins procéder à des vérifications supplémentaires en cas d'indices sérieux d'une falsification ou d'opération inhabituelle ou non prévue par le contrat. En l'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que l'existence d'une relation privilégiée entre la banque et le gérant de fortune externe et les facilités accordées à ce dernier ne sauraient diminuer la diligence et les précautions auxquelles la banque est tenue envers son client. Dans la mesure où une banque accorde des facilités à un gérant externe, elle doit assumer le risque spécifique qui en résulte. La banque avait failli à son obligation de diligence envers son client en exécutant des ordres de transfert importants et rapprochés sans attendre des confirmations écrites du client, puis en se contentant de simples télécopies, sans discerner que les signatures sur quatre ordres avaient été reproduites à partir d'un spécimen unique. La confiance immodérée envers le gérant avait amené la banque à renoncer aux précautions normales correspondant à la diligence généralement due à la clientèle, de telle sorte que la banque ne pouvait pas non plus, en équité, se prévaloir de la clause de transfert de risque.

- Ordres de paiement contrefaits

Le Tribunal fédéral a tranché une deuxième affaire similaire portant sur un ordre de paiement contrefait à débiter d'un compte bancaire numéroté[56]. C'est un tiers titulaire d'une procuration sur ce compte aux fins de recevoir la correspondance bancaire (mais à l'exclusion de tout retrait) qui avait présenté à la banque la photocopie d'un fax qu'il prétendait avoir reçu du client et qui n'était qu'un faux

[56] TF, 02.05.2006 (Ire Cour civile, *Banca X. c. A.*) : 4C.315/2005 ; **[RR 42]**.

réalisé par la technique du collage, muni de la signature photocopiée du client. Sur la base de cet ordre de paiement en faveur du tiers, après avoir constaté la conformité de la signature photocopiée avec le spécimen en sa possession, la banque avait déboursé au mandataire infidèle la somme de 66 000 francs, à savoir la quasi-totalité du solde du compte. Débouté en première instance, le client qui réclamait le remboursement de ce montant par la banque a obtenu gain de cause en appel, décision confirmée par le Tribunal fédéral. Au sujet de la qualification de la convention de compte bancaire, la banque contestait qu'il s'agisse d'un mandat, préférant retenir celle de contrat de dépôt. Les juges de Mon Repos n'ont pas estimé nécessaire de trancher la question, la banque s'étant en tout état de cause engagée par l'ouverture du compte à verser au client tout ou partie des avoirs disponibles ; dès lors, un ordre de paiement par prélèvement du compte s'insère dans ce rapport contractuel même si l'ordre a été donné irrégulièrement ou s'il s'agit d'un faux. Par conséquent, en réclamant la restitution de l'avoir qu'il considère lui être dû, le client ne fait que demander l'exécution du contrat. Certes, les conditions générales prévoyaient le transfert sur la tête du client des risques d'un paiement erroné, sauf faute grave de la banque. Contrairement à la cour cantonale, le Tribunal fédéral a estimé qu'en cas d'existence d'un mandat de gestion externe, la possibilité d'impartir un ordre de paiement par télécopie n'était pas exclue de manière absolue par la pratique bancaire, s'agissant en principe de l'anticipation d'un ordre écrit qui devait être transmis incessamment. Mais en l'occurrence, la banque avait commis une faute grave, car le client n'avait jamais donné précédemment d'ordres de paiement par fax et cet ordre visait à vider pratiquement le compte ; au vu du caractère extraordinaire de l'ordre, la banque aurait donc dû prêter une attention particulière au document qui lui était présenté comme justificatif. Divers facteurs auraient dû éveiller ses soupçons, notamment parce que le fax ne lui avait pas été envoyé directement (alors même que l'ordre était adressé à la banque), qu'il s'agissait de la photocopie et non de l'original du fax, que les numéros de l'expéditeur et du destinataire n'y figuraient pas, et enfin que le motif du retrait n'était indiqué que très vaguement. En outre, la banque, bien que ne disposant pas d'un numéro de téléphone du client, avait la possibilité de prendre contact avec le client, dont elle connaissait l'adresse, ainsi que celle de sa sœur, titulaire d'une procuration générale. La banque ne pouvait pas non plus se prévaloir de la confiance qu'elle avait dans le mandataire externe pour se dispenser d'exercer toute la diligence voulue par les circonstances. Enfin, même s'il ne s'était agi que d'une faute légère, l'exonération (respectivement le transfert du risque au client) aurait dû être annulée en vertu de l'art. 100 al. 2 CO sur la base du pouvoir d'appréciation du juge. Par ailleurs, une faute concomitante du client lésé, de nature à mitiger la responsabilité de la banque, devait être exclue en l'espèce, le client n'ayant en aucune manière donné l'impression, par son comportement, que le mandataire disposait de pouvoirs légitimes, puisque la procuration donnée ne

couvrait pas les prélèvements du compte. On peut se demander s'il ne serait pas plus simple d'admettre, tout au moins en ce qui concerne les clients privés, qu'une banque acceptant un ordre de paiement par téléfax au lieu d'exiger un ordre muni d'une signature originale ou encore une télécommunication authentifiée, doit en principe assumer les risques résultant de cette pratique, à moins que le client n'ait expressément accepté que la banque agisse sur une telle base.

- Récupération des montants payés sur la base d'un ordre contrefait

Les banques qui ont été amenées à effectuer des transferts de fonds sur la base d'ordres contrefaits chercheront évidemment à récupérer les fonds auprès des destinataires. Une autre affaire[57], jugée par le Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours de droit public contre une décision refusant une requête de séquestre, illustre les difficultés que la banque peut rencontrer dans ce contexte. Il apparaît en effet que la banque qui a exécuté un virement par débit du compte d'un client sur la base d'un ordre contrefait ne peut pas obtenir le séquestre des avoirs bancaires du destinataire du virement domicilié à l'étranger. Le Tribunal fédéral estime que les actes délictueux ne portent pas préjudice à la banque, mais au titulaire du compte débité, tant que la banque ne lui a pas restitué le montant débité. Ce n'est que dans l'hypothèse où la banque serait condamnée à restituer la somme détournée qu'elle pourrait invoquer une créance à hauteur de sa condamnation. Le Tribunal fédéral s'est même demandé si une éventuelle créance récursoire de la banque contre l'auteur de l'acte illicite ne naîtrait pas plus tard encore, soit lors du paiement. Dès lors, il n'est pas arbitraire de refuser un séquestre sur la base d'une créance qui n'est pas encore née ou qui n'est pas établie.

- Compte crédité par erreur

Dans un autre cas[58], où il ne s'agissait pas d'un ordre de transfert contrefait, mais d'un virement crédité par la banque sur un autre compte que celui auquel il était destiné, la banque a eu plus de chance. En l'espèce, le compte crédité par erreur avait fait l'objet d'une saisie et le créancier saisissant avait été autorisé par l'office des poursuites à faire valoir directement les prétentions saisies en son nom, à son compte et à ses risques et périls (art. 131 al. 2 LP). La Ire Cour civile du TF a estimé que la banque avait crédité le compte sans volonté de le faire et disposait dès lors d'une créance fondée sur l'enrichissement illégitime du client (art. 62 CO). La banque pouvait se rembourser en compensant sa créance avec les avoirs figurant au crédit du compte du client, l'exception de compensation de la banque étant opposable au créancier saisissant du client.

---

57 TF, 07.06.2005 (IIe Cour civile, *Banque A. AG c. B. et C.*) : 5P.87/2005 ; SJ 2006 I 122 ; **[R 38]**.

58 TF, 03.05.2005 (Ire Cour civile, *M. c. Bank X.*) : 4C.279/2003 ; **[R 1]**.

B. Modalités et effet libératoire du paiement

- Paiements par virement postal

Deux arrêts, émanant respectivement du Tribunal fédéral[59] et de la Cour de justice de Genève[60] confirment l'érosion du caractère portable de la dette d'argent[61] lorsque le paiement est fait par virement postal, du moins en ce qui concerne le respect d'un délai de paiement. Dans le premier cas, il s'agissait du paiement d'un arriéré de loyer au guichet postal le dernier jour du délai comminatoire fixé par le bailleur conformément à l'art. 257*d* CO ; dans le second, de la vraisemblance de l'extinction d'une dette en vue d'éviter que la mainlevée d'opposition ne soit prononcée (art. 82 al. 2 LP). Dans les deux cas, les juges ont estimé que le paiement avait été effectué et le délai respecté dès le moment du versement au guichet postal, alors même que le crédit sur le compte bancaire du créancier était évidemment intervenu plus tard. On notera que d'après cette jurisprudence, dès l'instant où le paiement du loyer par la poste est prévu par le contrat (notamment par renvoi aux règles et usages locaux en matière locative), il suffit que le locataire ait connaissance du compte bancaire du bailleur et du compte postal de la banque pour qu'il respecte le délai de paiement en payant au guichet postal[62] ; il n'en serait autrement que si le bailleur avait fait clairement savoir dans sa commination qu'il entendait se voir créditer sur son compte le montant arriéré dans le délai imparti. Enfin, dans l'affaire soumise à la cour genevoise, les fonds avaient été crédités tardivement sur le compte bancaire du créancier en raison d'une erreur de transmission de PostFinance à la banque du créancier. On est cependant surpris de lire qu'il "lui [= à la créancière] aurait été loisible dans ces conditions de rechercher, avec l'aide de PostFinance et de la Banque X. SA, la solution au problème posé, comme elle l'a d'ailleurs fait tardivement avec un succès certain" : il semblerait que l'on puisse raisonnablement exiger d'un débiteur prétendant avoir mis en route un paiement qui n'a pas abouti d'entreprendre les recherches requises, d'autant plus que la poste chargée du paiement est la mandataire du donneur d'ordre et non du destinataire du paiement.

- Assignation

Dans une affaire jugée par le Tribunal d'appel du Tessin[63], il s'agissait d'un arrangement par lequel une banque recevait régulièrement des paiements pour le compte d'un de ses clients, vendeur d'appareils électroniques. Avant de livrer

---

59 TF, 14.09.2005 (Ire Cour civile, *Commune X. c. Y. SA*) : 4C.172/2005 ; **[R 33]**.

60 Cour de justice GE, 23.09.2004 ; RSJ 101/2005 479 ; **[R 34]**.

61 Cf. ATF 124 III 145 ; JT 2000 I 220 ; SJ 1998 535.

62 L'envoi de bulletins de versement par le bailleur n'avait pas été établi dans l'affaire jugée par le TF le 14.09.2005.

63 Tribunale d'Appello TI, 24.03.2005 : NRCP 2005 331; **[R 35]**.

des commandes importantes, le vendeur s'informait par téléphone auprès de sa banque si elle avait reçu de la part de l'acheteur un ordre de virement correspondant en sa faveur, et demandait à la banque de lui transmettre une télécopie. A un moment donné, à défaut de couverture suffisante sur le compte de l'acheteur, la banque n'a pas exécuté deux ordres de virement pour un montant total de près de 200 000 dollars EU qui avaient fait l'objet de communications préalables au vendeur. Le bénéficiaire de ces ordres soutenait que l'envoi de ces avis par la banque valait acceptation sans réserve de l'assignation en sa faveur, et que la banque était tenue directement envers lui à titre d'assignée, sans possibilité de faire valoir des exceptions autres que celles dérivant de leur rapport bilatéral banque-client. Les juges tessinois n'ont pas suivi ce point de vue, considérant que l'envoi par télécopieur au bénéficiaire d'une copie d'un ordre de virement avait seulement valeur d'information et ne valait pas acceptation sans réserve de l'assignation ; dès lors, cet envoi n'avait pas créé un engagement de la banque envers le bénéficiaire.

- Effet libératoire de la remise de billets à ordre ?

Pour conclure cette section consacrée aux modalités de paiement, on signalera une décision relative à l'exécution de bonne foi de sa dette par le débiteur cédé entre les mains du précédent créancier[64]. De cette affaire très complexe, nous ne retiendrons qu'un seul aspect, à savoir une convention prévoyant le règlement d'une créance "pour solde de tout compte" par la remise de billets à ordre. Il a été jugé que, sauf intention contraire des parties, l'émission de billets à ordre (à l'inverse de la lettre de change, dont la remise a une fonction libératoire de paiement) n'a pas d'effet novatoire, mais constitue une reconnaissance de dette[65]. Il n'y a donc extinction de la dette reconnue que dans la mesure où les billets à ordre sont payés aux échéances spécifiées.

C. Crédit documentaire

- Accréditif irrévocable. Rigueur documentaire

On relève un arrêt portant sur un accréditif irrévocable[66], dans lequel le Tribunal fédéral a appliqué de manière stricte le principe de la rigueur documentaire, dans le cadre des Règles et Usances Uniformes en matière de crédit documentaire. Malgré une hésitation initiale qui l'avait amenée à interroger la banque émettrice, la banque confirmatrice avait payé en dépit de la non-conformité des documents, considérant que les divergences étaient insignifiantes. Le Tribunal fédéral

---

64 TF, 04.05.2005 (Ire Cour civile, *A. c. B.*) : ATF 131 III 586 ; 4C.420/2004 ; SJ 2005 I 573 ; **[R 40]**.

65 Cf. ATF 127 III 559 ; RSDA 2002, p. 248 ; **[R 17]**.

66 TF, 03.07.2006 (Ire Cour civile, *Bank X. c. Bank Y.*) ; 4C.149/2005 : ATF 132 III 620 ; **[RR 45]** ; Ivosevic Woollcombe D., "Crédit documentaire – Le Tribunal fédéral sanctionne le comportement contradictoire de la banque émettrice", www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF nº 484 du 12.12.2006.

a estimé que la banque confirmatrice avait violé son obligation de diligence et payé à tort. Il restait à examiner si la banque émettrice n'avait pas depuis lors disposé des marchandises, ce qui lui interdisait de se prévaloir de l'irrégularité des documents. Sur ce point, l'affaire a été renvoyée, les faits n'étant pas clairement établis.

D. Chèques

- Chèque encaissé sous réserve de bonne fin

Pour terminer, on évoquera une affaire portant sur des chèques volés, sans provision ou ayant fait l'objet d'une fraude, qui a donné au Tribunal fédéral l'occasion de se prononcer sur la validité de la clause "sous réserve de bonne fin"[67]. Le client, une société pratiquant le commerce de tous produits, notamment électroniques, avait chargé la banque d'encaisser des chèques qui lui avaient été adressés par sa clientèle africaine pour un montant total de l'ordre de 750 000 dollars. Les conditions générales de la banque, contresignées par le client, précisaient notamment ce qui suit :

> "La banque peut débiter le compte du client des effets de change, chèques et autres papiers, crédités ou escomptés, s'ils n'ont pas été payés."

Cette clause, usuelle dans la pratique bancaire, est connue sous le nom de "clause de réserve de bonne fin". Au moment de la remise des chèques, la banque a en effet crédité le compte du client de leur contre-valeur "sous réserve de bonne fin". Par la suite, les chèques ont tous été retournés impayés par les banques tirées, s'agissant de chèques volés, sans provision ou ayant fait l'objet d'une fraude. Dès lors, la banque a débité le compte du client des montants précédemment crédités sous réserve de bonne fin, procédant à ce qu'on appelle une extourne en langage comptable. Mais dans l'intervalle, le client avait retiré une somme globale correspondant au montant des chèques impayés, ce qui a amené la banque à réclamer à son client le remboursement du solde débiteur du compte. Le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois, qui avait donné raison à la banque et rejeté une demande reconventionnelle du client en réparation du dommage prétendument causé par l'extourne.

Le Tribunal fédéral a d'abord examiné si la clause de réserve de bonne fin figurant dans les conditions générales avait été valablement incorporée dans le contrat avec le client et s'il ne s'agissait pas d'une clause insolite qui n'aurait pas été valablement acceptée. La cour a considéré que la clause de bonne fin était

---

[67] TF, 04.05.2006 (Ire Cour civile, *X. SA c. Banque Y.*) : 4C.427/2005 ; **[RR 43]** ; LAPORTE C., "Le TF se prononce sur la validité de la clause 'sauf bonne fin'", www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF nº 444 du 19.06.2006.

usuelle dans la pratique bancaire, que le client était actif dans le milieu des affaires commerciales internationales, de sorte qu'il ne pouvait être considéré comme une personne inexpérimentée dans le domaine bancaire. De plus, les administrateurs du client étaient conscients de la portée de cette clause, puisqu'ils s'étaient renseignés à plusieurs reprises pour savoir si les montants pouvaient être débités au cas où les chèques demeureraient impayés. Dès lors, la clause de bonne fin ne pouvait pas être qualifiée d'insolite et le client était lié par cette clause des conditions générales, sans que la banque n'ait été tenue d'appeler spécialement son attention sur cette disposition.

Dans son deuxième moyen, le client faisait valoir que la clause de bonne fin avait pour effet d'opérer un transfert des risques sur la tête du client, et que cette clause aurait dû être tenue pour nulle en application de l'art. 100 al. 2 CO. A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé que, selon la disposition invoquée, le juge peut en effet tenir pour nulle, en vertu de son pouvoir d'appréciation, une clause qui libère d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité (ce qui est admis pour les banques). Cette disposition, qui régit les conventions exclusives de responsabilité, s'applique par analogie aux clauses dites de transfert modifiant la répartition des risques indépendamment de tout manquement à une obligation contractuelle. Il fallait donc examiner si la banque avait supporté un risque qu'elle aurait tenté de reporter sur la tête du client par le biais de la clause de réserve de bonne fin. Le Tribunal fédéral a à juste titre rejeté une telle analyse. L'encaissement de chèques confiés par un client relève en effet du mandat. La banque mandataire doit exécuter les instructions du client, à savoir présenter les chèques à l'encaissement, sans pour autant endosser le risque que les chèques émis par les acheteurs soient volés, faux ou sans provision : ce risque doit être assumé par le client qui, en tant que vendeur, s'était fait payer par chèque par ses acheteurs. Dès lors, si la banque ne doit pas supporter le risque lié au non-recouvrement des chèques, la clause de bonne fin ne saurait être qualifiée de clause de transfert de risques. Il n'y avait donc pas lieu d'appliquer l'art. 100 al. 2 CO.

De son côté, le client a demandé à titre reconventionnel la réparation du dommage causé par l'extourne, chiffré par lui à plus de 350 000 francs. Il prétendait qu'à la suite de la suspension de l'envoi de produits, consécutive au non-paiement des chèques, il s'était trouvé contraint de brader un stock important de marchandises impayées sujettes à prompte dévaluation. La cour cantonale a bien considéré que la banque avait violé son devoir de diligence en créditant les chèques sous réserve de bonne fin alors même qu'elle avait déposé une plainte pénale contre les administrateurs du client après le retour du premier chèque impayé, et en tardant à avertir le client du retour des chèques impayés (on remarquera que ces deux griefs se contredisent). Cependant, le Tribunal cantonal vaudois a rejeté la prétention en dommages-intérêts au motif que le client n'avait pas prouvé avoir subi un

dommage ni un tort moral en relation de causalité adéquate avec la violation du contrat commise par la banque. A cet égard aussi, les juges de Mon Repos ont suivi la cour cantonale, s'estimant liés par son appréciation des preuves. Cependant, sous cet aspect, l'arrêt du Tribunal fédéral prête à équivoque, car il expose longuement dans ce contexte que "la banque qui a crédité un compte à tort et procède à une extourne peut être tenue de réparer le dommage causé à son client en raison de la bonification erronée"[68]. On pourrait imaginer que la demande reconventionnelle aurait abouti, si l'existence du dommage avait été établie. A notre sens, l'analogie ainsi faite entre l'extourne d'un chèque encaissé sous réserve de bonne fin et l'extourne d'une écriture de crédit faite par erreur (par exemple un virement destiné à un autre bénéficiaire) procède d'une méconnaissance du sens et de la fonction de la réserve de bonne fin dans la pratique bancaire. En se chargeant de l'encaissement d'un chèque pour le compte de son client, la banque n'entend aucunement assumer les risques liés à l'encaissement du chèque, ce que le Tribunal fédéral a d'ailleurs bien vu en rejetant l'analyse de la clause de bonne fin en tant que clause de transfert de risques. Du reste, la banque chargée de l'encaissement du chèque serait parfaitement en droit de le présenter d'abord à la banque tirée et de ne créditer le compte du client qu'une fois qu'elle aurait effectivement encaissé la valeur du chèque. La procédure du crédit immédiat sous réserve de bonne fin, au moment de la remise du chèque, est une facilité consentie aux clients, afin qu'ils puissent disposer plus rapidement des fonds correspondants, facilité fondée sur la donnée de l'expérience que la très grande majorité des chèques sont encaissés sans problème. C'est un crédit consenti aux clients en attendant la bonne fin de l'encaissement. On ne voit pas pourquoi la banque devrait être pénalisée de ce fait. Il ne s'agit en aucun cas d'un crédit erroné, mais bien d'une avance intentionnelle, mais conditionnelle et révocable. L'extourne consécutive au retour des chèques impayés ne saurait dès lors être assimilée à une erreur ou à une faute contractuelle de la banque[69].

---

68 A cet égard, le TF se réfère à Guggenheim D., *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4e éd., Genève 2000, p. 508, qui renvoie à des considérants non publiés d'une décision du 18.04.1995 de la Ire Cour civile du TF (*A. SA c. C.*) : SJ 1995, p. 727 et RSDA 70/1998, p. 203 ; **[R 25]**. Dans le passage indiqué de Guggenheim et dans la décision mentionnée, il est question d'une bonification faite par erreur (virement destiné à un autre bénéficiaire), et non d'un chèque crédité sous réserve de bonne fin.

69 Une autre question est de savoir si la banque avait tardé à extourner le montant des chèques impayés et manqué de ce fait à son devoir de diligence. Il s'agissait de 16 chèques remis à l'encaissement entre le 28 juin et le 15 juillet, dont les montants ont été crédités le 5 et le 22 juillet, et extournés les 22, 23 et 30 juillet ainsi que le 5 août 2002.

ANNEXE

Supplément à la chronique de jurisprudence de la RSDA 2006[70]

RR 41 Véhicules successoraux. Trust constitué à l'étranger par le *de cujus*. Requête en reddition de compte émanant d'un héritier, refusé en l'absence de la qualité d'héritier réservataire. Mandat prétendument donné à la banque de constituer le trust. Droit de tout héritier de demander individuellement au mandataire de rendre compte de l'exécution du mandat. Droit refusé en procédure sommaire à défaut de "preuve liquide" de l'existence d'un tel mandat.

- *Cour de justice GE, décision du 16.02.2006 (ACJC/146/2006) : www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 30.05.2006, obs.* Lombardini ; Thévenoz L., *"La banque doit-elle informer le bénéficiaire ?", www.unige.ch/cdbf, actualité n° 443 du 19 juin 2006.*

RR 42 Compte bancaire numéroté. Procuration donnée à un tiers aux fins de recevoir la correspondance bancaire. Ordre de paiement contrefait présenté par le tiers (photocopie d'un fax prétendument envoyé au tiers par le client). Déboursement par la banque. Qualification du contrat de compte bancaire. Conditions générales prévoyant le transfert de risques sur la tête du client sauf faute grave de la banque. Responsabilité de la banque en raison d'une faute grave (oui). Même solution s'il ne s'était agi que d'une faute légère, l'exonération devant être annulée en vertu de l'art. 100 al. 2 CO.

- *TF, 02.05.2006 (Ire Cour civile, Banca X. c. A.) : 4C.315/2005.*

RR 43 Chèques encaissés sous réserve de bonne fin. Montants crédités au compte du client. Chèques volés, sans provision ou ayant fait l'objet d'une fraude. Débit (extourne) des montants crédités sous réserve de bonne fin. Clause de réserve de bonne fin figurant dans les conditions générales ; clause insolite (non). Transfert de risques sur la tête du client susceptible d'être annulé en vertu de l'art. 100 al. 2 CO (non). Réparation du dommage prétendument causé par l'extourne (non).

- *TF, 04.05.2006 (Ire Cour civile, X. S.A. c. Banque Y.) : 4C.427/2005 ;* Laporte C., *"Le TF se prononce sur la validité de la clause 'sauf bonne fin'", www.unige.ch/cdbf, actualité n° 444 du 19 juin 2006.*

RR 44 Leasing immobilier. Exigences de forme. Contrat assimilable à une vente immobilière soumise à la forme authentique dans son ensemble ? (non). Clauses

---

[70] Zobl D. / Thévenoz L., "Das schweizerische Bankprivatrecht 2005-2006 / Le droit privé bancaire suisse 2005-2006", RSDA 2006, p. 292.

contractuelles non soumises à la forme authentique prévoyant l'option entre (1) continuation du contrat de leasing, (2) restitution de l'immeuble pris en leasing et (3) achat de l'immeuble. Droit d'emption seul soumis à la forme authentique. Défaut de diligence de la société de leasing qui vend l'immeuble à un prix inférieur à la valeur résiduelle garantie par le preneur ? (non)

- *TF, 30.06.2006 (Ire Cour civile, X. AG. c. Bank D.) : 4C.109/2006.*

RR 45 Crédit documentaire. Accréditif irrévocable. Application des Règles et Usances Uniformes RUU 500. Paiement par la banque confirmatrice en dépit de documents non conformes. Rigueur documentaire. Divergences insignifiantes (non). Paiement fait à tort. Actes de disposition de la banque émettrice sur la marchandise lui interdisant de se prévaloir de la non-conformité des documents ? (renvoi).

- *TF, 03.07.2006 (Ire Cour civile, Bank X. c. Bank Y.) : 4C.149/2005.*

PROCÉDURE DEVANT LA CFB ("ENFORCEMENT"): DRAME EN CINQ ACTES ET ÉPILOGUE

Urs Zulauf *

Sommaire ou les cinq actes de la procédure CFB

La procédure devant la Commission fédérale des banques (CFB) peut être présentée en suivant le déroulement d'un drame classique:

- Dans le premier acte, au sens d'une exposition, l'*enquête préliminaire* introduira les protagonistes et le thème de la procédure (cf. chapitre I).
- L'ouverture d'une *procédure formelle* conduira progressivement, dans le deuxième acte, à une complication des événements (cf. chapitre II).
- Durant l'*enquête*, les protagonistes pourraient connaître un revirement de fortune (péripétie). Le drame atteindra à ce moment un premier point culminant (climax) (cf. chapitre III).
- La *décision de la CFB* permettra une brève pause dans le drame (cf. chapitre IV),
- mais, avec l'*exécution de la décision*, elle aboutira inévitablement soit à une catastrophe soit à un dénouement (cf. chapitre V).
- Enfin, l'*épilogue* permettra à l'observateur de prendre un peu de distance par rapport à ces événements dramatiques (cf. chapitre VI).

I. Enquête préliminaire suite à des indices d'irrégularités

Avant d'aborder le déroulement de l'enquête préliminaire (cf. sous-titre D), il faudra nous attarder brièvement sur la différence entre l'activité de surveillance et celle d'exécution (*enforcement*) de la CFB (cf. sous-titre A), sur le contenu de la procédure selon les différentes lois de surveillance prudentielle (cf. sous-titre B) ainsi que sur l'organisation de la CFB dans sa fonction d'*enforcement* (cf. sous-titre C).

---

* Directeur adjoint du Secrétariat de la Commission fédérale des banques, chef du service juridique. Je remercie Diana Ivosevic, Léonard Bôle, David Wyss et Oliver Zibung pour la récolte de la documentation, leurs commentaires ainsi que pour la traduction de cette contribution. J'exprime mes opinions personnelles qui ne lient pas la Commission fédérale des banques. Etat des liens internet au 23 décembre 2006.

A. Processus clés de "surveillance" et d'"enforcement"

La loi sur les banques (LB) attribue à la CFB la tâche de "surveiller les banques, les fonds de placement, les bourses et les négociants en valeurs mobilières, la publication des participations importantes et les offres publiques d'acquisition de sa propre autorité" (art. 23 al. 1 LB) conformément à la LB, la loi sur les bourses (LBVM) et la loi sur les fonds de placement (LFP)[1].

Dans la pratique, cette activité de surveillance a pris ces dernières années diverses formes.

La CFB a délibérément développé ses procédures internes, en distinguant notamment l'activité de *surveillance* (*supervision* en anglais) de l'activité d'*exécution* (*enforcement* en anglais)[2].

A mon avis, elle a fait cela à raison. Certes, les deux activités se touchent et se recoupent à divers égards. Néanmoins, leurs contenus diffèrent sur plusieurs points essentiels, ce qui fait que leurs déroulements respectifs affichent chacun une dynamique différente.

- La surveillance d'un établissement est un processus continu. Elle est clairement orientée vers l'avenir. L'analyse, le consensus et l'échange d'informations caractérisent cette procédure. L'activité de surveillance ne revêt généralement aucune forme particulière. La correspondance écrite est cependant fréquente.
- L'activité d'*enforcement* est en revanche clairement limitée dans le temps. Elle a un début et une fin clairs. Les événements passés y jouent souvent un rôle essentiel, même si, à la différence de la procédure pénale, l'*enforcement* prudentiel est entièrement orienté vers la prévention. La divergence des vues et le débat caractérisent l'*enforcement*, ce qui n'exclut pas le consensus. Les modalités procédurales prévues par la loi doivent être observées.

B. La procédure dans le cadre de l'activité de surveillance de la CFB

En 2005, la CFB a ouvert 34 "procédures administratives contraignantes" et a prononcé 34 "décisions contraignantes"[3]. Cette notion, inconnue du droit admi-

---

1 Dans les développements qui suivent, ces trois lois seront regroupées sous la dénomination de "lois de surveillance prudentielle". Cette dénomination n'inclut toutefois pas la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) qui sera mentionnée comme telle. En effet, en vertu de l'art. 16 de cette loi, la CFB est également chargée de fixer les modalités d'application de la loi par les autorités de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

2 Toutefois, l'emploi traditionnel de l'expression "exécution" (*Vollstreckung*) ne reflète qu'en partie l'idée d'*enforcement*: souvent, il s'agit de l'exécution des décisions finales. Or, l'*enforcement* d'une autorité de surveillance englobe toutes les activités qui lui sont conférées de par la loi, visant à appréhender les violations de la loi et autres irrégularités, à les éliminer et, le cas échéant, à les sanctionner.

3 Le nombre égal des procédures ouvertes et des décisions prises est fortuit. Toutes les procédures ouvertes en 2005 n'ont pas été terminées au cours de la même année.

nistratif général, sera expliquée ultérieurement. De même, les développements qui suivent vont brièvement exposer dans quels domaines de surveillance intervient l'activité de l'*enforcement*. Nous laissons de côté les décisions prises dans le cadre de l'*entraide administrative internationale* (art. 38 LBVM). Certes, ce qui sera dit pour les procédures examinées dans cette contribution vaut, en principe, également pour les procédures d'entraide administrative internationale. Néanmoins, le contenu de celles-ci, qui sont dirigées contre les clients des banques, diffère fondamentalement de procédures dirigées contre les établissements surveillés. Nos réflexions se concentreront sur ces dernières. Seront également exclues les procédures relatives aux *offres publiques d'achat* et à la *publication des participations* importantes dans des sociétés cotées. En effet, dans ces cas, la CFB agira avant tout lorsqu'une partie n'accepte pas une recommandation émise par la Commission des OPA ou par l'Instance pour la publicité des participations[4].

- En 2005, 12 procédures et 9 décisions de la CFB ont concerné des *banques et des négociants en valeurs mobilières autorisés*. Ces procédures ont eu notamment pour objet la violation des devoirs d'organisation et de diligence prévus par les lois sur les banques ou sur les bourses, mais aussi par la loi sur le blanchiment d'argent. La question de savoir si les organes de l'établissement, voire l'établissement lui-même, "présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable" se pose sous plusieurs angles[5]. Depuis 2004, la CFB agit également en tant qu'autorité de faillite pour les banques et les négociants en valeurs mobilières[6].
- La CFB surveille de façon continue uniquement les établissements qui ont obtenu une autorisation conformément aux lois de surveillance prudentielle. La loi l'oblige également à examiner si une personne exerce en Suisse sans autorisation une activité soumise à surveillance, c'est-à-dire en violation du droit en vigueur[7]. Ces dernières années, le nombre de procédures à l'encontre d'*établissements non autorisés*, ("procédures d'assujettissement") a fortement augmenté, et ce dans tous les domaines faisant l'objet de la surveillance. Rien qu'en 2005, la CFB a ouvert 19 procédures et a prononcé 22 décisions. C'est dans le cadre de ce type de procédure que la CFB a prononcé la plupart des décisions de faillite depuis 2004, en se fondant sur les nouvelles dispositions en matière de faillite bancaire[8].

---

4 Rares ont été les cas dans lesquels la CFB s'est saisie d'office d'une affaire, comme le prévoit le droit boursier (art. 22 al. 4 let. a et art. 35 al. 3 let. a OBVM-CFB ; RS 954.193).

5 Art. 3 al. 2 let. c LB, 10 al. 2 let. d LBVM.

6 Art. 25 ss LB.

7 Cf. notamment le Bulletin de la CFB n° 46, p. 63 ou encore n° 45, p. 150. Ces dernières années, le Rapport annuel de la CFB a traité à plusieurs reprises de ce sujet.

8 Cf. à titre d'exemple la décision du Tribunal fédéral du 13 avril 2005 dans l'affaire *PWM AG* (2A. 575/2004), publiée dans le Bulletin de la CFB n° 47, p. 68.

– Un des domaines soumis à la surveillance de la CFB est le *négoce de valeurs mobilières*. Certes, la CFB n'est pas autorisée à prononcer des décisions à l'égard de personnes qui ne sont pas soumises à sa surveillance, notamment contre des investisseurs actifs sur le marché des valeurs mobilières[9]. Toutefois, elle veille au respect des "règles de marché"[10] par les négociants en valeurs mobilières soumis à sa surveillance, par leurs organes ou même – une particularité du droit boursier – par leurs collaborateurs responsables[11]. Il s'agit des règles sur les conflits d'intérêts[12], les "cours coupés"[13] ou des dispositions relatives aux devoirs de diligence, de loyauté ou d'information découlant de l'article 11 LBVM[14]. Par rapport aux procédures mentionnées au premier point, ces procédures se distinguent donc uniquement par leur objet (examen des faits reprochés). Mais elles sont aussi dirigées contre les organes des négociants en valeurs mobilières, ou bien contre les négociants eux-mêmes. Dans la plupart des cas, ces derniers sont des banques autorisées conformément à la LB[15]. En 2005, la CFB a ouvert trois procédures de ce genre et a prononcé une seule décision.
– Ces dernières années, les procédures dans le domaine de la surveillance des *fonds de placement* ont été rares[16]. Ainsi, en 2005, la CFB a prononcé une seule "décision contraignante" à l'encontre de la direction d'un fond de placement[17]. Ce chiffre s'explique par la priorité qui a été donnée à l'élaboration de la nouvelle loi sur les placements collectifs (LPCC). Reste à voir si les procédures qui seront engagées selon la nouvelle LPCC seront plus fréquentes. Sous l'empire de la nouvelle loi, ces procédures porteront sur le respect des conditions

---

9 Rapport de la CFB sur les sanctions d'avril 2003, p. 24 ss, disponible sur www.ebk.admin.ch/f/archiv/2003/20030502/m03050202-f.

10 En pratique, la CFB utilise le terme "surveillance des marchés" (*Marktaufsicht*). L'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent comprend par le même terme la "chasse" aux intermédiaires financiers non autorisés exerçant une activité soumise à autorisation. La FINMA sera certainement obligée de mettre de l'ordre dans cette confusion terminologique.

11 Art. 35 al. 3 let. lb LBVM, voir comme exemple le Bulletin de la CFB n° 47, p. 182.

12 Cf. le cas *Biber*, TF 2.02.2000, 2A.230/1999, Bulletin de la CFB n° 40, p. 37.

13 Cf. à titre d'exemple le Bulletin de la CFB n° 47, p. 157.

14 Cf. à titre d'exemple le Bulletin de la CFB n° 47, p. 182.

15 Parmi les 411 banques et négociants en valeurs mobilières soumis à la surveillance, 73 n'ont que le statut de négociants en valeurs mobilières, alors que 25 établissements sont exclusivement des banques. Les 313 institutions restantes sont assujetties à la fois en tant que banque (en vertu de la LB) et en tant que négociants en valeurs mobilières (source : site internet de la CFB, état : novembre 2006).

16 Avec l'entrée en vigueur de la LPCC fixée pour le 1er janvier 2007, le fond de placement ne devient qu'une des diverses formes du placement collectif. Cf. art. 7 ss LPCC (projet de loi soumis au référendum, FF 2006 5533).

17 Cf. Bulletin de la CFB n° 49, p. 188.

d'autorisation[18] et des règles de conduite[19]. Elles pourront être dirigées contre les titulaires des autorisations, leurs organes, ou encore contre des placements collectifs déterminés.

La CFB n'exerce certes pas de surveillance continue sur les *réviseurs*[20] en vertu de la LB et de la LBVM. Néanmoins, pour exercer leur activité dans les domaines couverts par les lois de surveillance prudentielle, ceux-ci et leurs réviseurs responsables doivent être "reconnus" par la CFB (art. 20 LB). La LB exige que l'institution chargée de la révision procède "avec toute la diligence requise d'un réviseur sérieux et qualifié". En cas de doute, la CFB ouvre une procédure contre cette institution et, si nécessaire, prend des mesures[21]. En 2005, elle l'a fait une seule fois. Depuis lors, aucune autre procédure n'a été ouverte. Formellement, la procédure est dirigée exclusivement contre l'institution de révision, mais peut avoir des effets directs sur certains réviseurs responsables.

C. Organisation de l'"enforcement" de la CFB

Les différences mises en évidence ci-dessus ne sont pas sans incidence sur l'organisation de l'activité d'*enforcement* au sein de la CFB et de son Secrétariat. Les différentes procédures s'achèvent toutes par une décision de la Commission. En revanche, au sein du Secrétariat, trois unités (services) sont actuellement chargées de tâches d'*enforcement*.

- Le service Autorisations/Fonds de placement est en charge des procédures contre les fonds de placement autorisés, bientôt "placements collectifs" autorisés, ou plutôt contre les titulaires des autorisations.
- Les procédures contre les négociants en valeurs mobilières, leurs organes et leurs collaborateurs responsables, ayant pour objet la violation des "règles de marché"[22], sont menées par le service Bourses et Marchés.
- Le Service juridique est en charge de la conduite de toutes les autres procédures. Celles-ci comprennent les procédures à l'encontre des banques autorisées, des négociants en valeurs mobilières autorisés (à l'exclusion des cas de violation des "règles de marché"), celles dirigées contre les établissements non autorisés pour violation du devoir d'obtenir une autorisation sous l'angle de

---

18 Cf. art. 14 LPCC.

19 Cf. art. 20 ss LPCC.

20 Les nouvelles circulaires de la CFB sur l'audit (Circ.-CFB 05/1, 05/2 et 05/3, cf. site internet de la CFB) ainsi que le projet de loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2829 (ci-après P-LAUFIN), utilisent le terme "sociétés d'audit" (*Prüfgesellschaften*). La nouvelle loi sur la surveillance de la révision (cf. projet de loi soumis au référendum, FF 2005 6867) garde le terme "entreprises de révision".

21 Cf. les trois cas publiés dans le Bulletin de la CFB n° 47, p. 87 ss.

22 "Surveillance des marchés" ; sur la terminologie, voir plus haut n. 10.

l'ensemble des lois de surveillance prudentielle, de même que les procédures dirigées contre les organes de révision. Le Service juridique est en outre responsable du développement de la stratégie d'*enforcement* de la CFB et de la coordination interne.

Le temps nous dira si la mise en place de la FINMA aboutira à une organisation similaire, ou si elle conférera un plus grand nombre, voire toutes les fonctions d'*enforcement* à une seule unité de type transsectoriel (*Enforcement Division*). Comme souvent, les deux variantes comportent chacune des avantages et des inconvénients. Ainsi, la séparation au niveau du personnel (à l'heure actuelle déjà partiellement réalisée) entre les tâches de surveillance et celles d'*enforcement* écarte le danger que les relations qui s'inscrivent dans la durée entre le surveillant et l'établissement surveillé soient mises à mal en raison d'une procédure contraignante. Une centralisation faciliterait également une mise en œuvre cohérente de la stratégie d'*enforcement* et améliorerait la coordination dans la gestion des différentes procédures. Toutefois, les surveillants en charge d'un secteur particulier sont quotidiennement au contact des faits, ce qui plaide en faveur de la décentralisation.

D. Déroulement de l'enquête préliminaire

En tant que phase préparatoire à la procédure, l'enquête préliminaire crée de multiples points de contact entre la surveillance et l'*enforcement*. Au sein de la CFB, en ce qui concerne le domaine des banques autorisées, elle sera effectuée en partie par le service en charge de la surveillance (Service Banques et Négociants en valeurs mobilières), en partie par le service juridique chargé de l'*enforcement*. Une enquête préliminaire peut être déclenchée sur la base d'informations provenant de sources diverses. Dans le cas des établissements autorisés, les indices mis en évidence par les rapports de révision des sociétés d'audit sont importants. Les informations provenant des autorités étrangères ou suisses, ou encore des médias sont également susceptibles d'initier l'enquête préliminaire. Dans le domaine des "règles de marché", les instances d'enquête de la bourse fournissent d'importantes informations[23]. Enfin, il n'est pas rare que l'enquête préliminaire soit ouverte à l'encontre d'établissements non autorisés à la suite de publicités ou de demandes de renseignements adressées par les investisseurs.

L'enquête préliminaire se réalise par le biais de différents moyens d'investigation, la plupart du temps sans formalités particulières. Toujours est-il que la CFB exige souvent des personnes concernées des renseignements et des prises de position par écrit. A ce stade, des entretiens informels ont également lieu. L'enquête préliminaire se termine par un choix. Si les soupçons persistent ou si l'affaire n'est

[23] Art. 6 al. 2 LBVM.

pas terminée de façon informelle et que l'on s'attend à une décision de la part de la CFB, une procédure administrative contraignante sera ouverte. Dans les cas aggravés, ce choix sera fait sans procéder à des clarifications approfondies. Ce qui nous amène au deuxième acte de notre drame.

II. Ouverture d'une procédure formelle

Avec l'ouverture formelle d'une "procédure contraignante", le caractère de la procédure devant la CFB change.

A. "Procédure administrative contraignante"

Celui qui consulte un traité de droit administratif aura de la peine à y trouver les expressions "procédure contraignante" ou "procédure administrative contraignante". Toutes deux signifient qu'à la fin d'une telle procédure peut intervenir une décision "contraignante", qui touche les destinataires et les autres parties dans leur situation juridique et réelle. La création de cette expression n'a pas été motivée par le souhait d'enrichir la doctrine du droit administratif. Les raisons étaient plutôt d'ordre pragmatique. La CFB a voulu dresser une frontière claire entre le processus de surveillance et celui d'*enforcement*. Concrètement, cela signifie que:

- (Au plus tard) avec l'ouverture de la "procédure administrative contraignante", la responsabilité de l'instruction du dossier sera transmise à l'unité organisationnelle chargée de l'*enforcement*.
- Les pièces du dossier seront séparées des documents rassemblés au cours de la surveillance et tenues de manière autonome afin que les parties puissent les consulter à tout moment. Elles seront numérotées, de façon à garantir que le dossier est et reste complet et qu'elles puissent être citées comme moyens de preuve dans une éventuelle décision.
- L'ouverture de la procédure est constatée dans un document d'ouverture qui fait partie du dossier. Depuis quelques années, l'ouverture de la procédure est communiquée aux personnes concernées[24, 25]. Elles doivent savoir que la CFB

[24] En raison du risque de collusion, les personnes concernées ne sont pas informées de l'ouverture de la procédure s'il existe un soupçon d'actes pénalement répréhensibles. Ceci est particulièrement pertinent dans le cadre de la surveillance des marchés (cf. n. 22). Ici, il appartient au juge pénal en charge du dossier suite à une plainte de la CFB de décider si la procédure sera portée à la connaissance des intéressés. Si, en revanche, la CFB ouvre une procédure contre un négociant en valeurs mobilières pour violation des règles de comportement en bourse, elle le fera savoir aux personnes concernées.

[25] L'art. 30 P-LAUFIN devrait également consacrer légalement cette pratique.

mène une procédure. Elles doivent également être mises au courant de la fin de celle-ci. Elles l'apprennent soit par le biais d'une décision, lorsqu'elle est rendue, soit par une lettre les informant de la clôture du dossier.
– L'ouverture de la procédure nécessite l'approbation d'un membre de la direction, ce qui sera formalisé dans un document écrit, joint par la suite au dossier. Il en va de même pour la suspension d'une procédure déjà ouverte.

De par sa dynamique, cette procédure se distingue clairement d'une procédure octroyant un avantage, par exemple celle qui a pour objet l'examen d'une demande d'autorisation. Une procédure contraignante est engagée sur l'initiative de la CFB, qui agit d'office. Les investigations ressemblent partiellement à celles d'une procédure pénale. Cependant, la procédure contraignante est administrée par la CFB exclusivement sur la base de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) de 1968[26]. A la différence de ce que la loi sur les cartels, telle que modifiée en 2004, prévoit pour la Commission de la concurrence[27], les lois de surveillance prudentielle ne prévoient aucun moyen de contrainte[28].

B. Mesures possibles

Contrairement à de nombreuses autorités de surveillance étrangères (notamment en ce qui concerne la surveillance des marchés financiers), la CFB n'a pas le pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires[29]. Elle dispose néanmoins d'une panoplie de mesures dont l'impact sur la situation juridique et réelle des personnes concernées peut être considérable.
– En cas de risque d'insolvabilité[30], la CFB peut ordonner des mesures drastiques à l'encontre d'une banque (ou d'un négociant en valeurs mobilières[31]). Ces mesures peuvent aller d'instructions données aux organes de la banque jusqu'à sa fermeture immédiate ou encore jusqu'à la prorogation des échéances[32].

---

26 RS 172.021.

27 Art. 42 al. 2 de la loi sur les cartels (RS 251) donne le pouvoir à la Comco de procéder à des perquisitions. Une proposition de la CFB émise dans son Rapport sur les sanctions (n. 9) n'a pas été suivie dans le cadre de P-LAUFIN. Il avait été proposé de renoncer, dans le cadre d'un nouveau type de procédure de sanctions administratives, au devoir de collaboration, et d'introduire en contrepartie des mesures de contrainte plus strictes.

28 Une importante exception donne à la CFB le pouvoir de nommer un chargé d'enquête (art. 23quater LB), ce qui sera traité ultérieurement.

29 Les propositions émises dans le Rapport de la CFB sur les sanctions (n. 9) n'ont pas reçu un accueil favorable et ont été rejetées par la commission d'experts Zimmerli dans le cadre de l'élaboration de la loi sur la surveillance des marchés (LAUFIN) ; cf. son 2e rapport d'août 2004, disponible sur www.finweb.admin.ch.

30 Cf. la définition de l'art. 25 al. 1 LB.

31 Art. 36a LBVM.

32 Art. 26 LB.

- La CFB peut retirer l'autorisation d'un établissement financier soumis à sa surveillance[33]. Celui-ci perd, par conséquent, le droit d'exercer l'activité correspondante. S'agissant des banques et des négociants en valeurs mobilières, le retrait de l'autorisation est impérativement suivi d'une liquidation[34].
- La CFB peut aussi prononcer la liquidation des établissements exerçant sans autorisation une activité soumise à autorisation lorsque ceux-ci (comme c'est souvent le cas) ne remplissent plus les conditions d'obtention de l'autorisation[35]. En 2005, la CFB l'a fait dans neuf cas.
- Depuis juillet 2005, la CFB est autorisée à prononcer la faillite des banques ou des négociants en valeurs mobilières surendettés, ce qu'elle a fait 13 fois en 2005, mais uniquement pour des sociétés non autorisées.
- La CFB peut exiger d'un établissement surveillé qu'il procède à des adaptations organisationnelles, ou encore lui imposer des charges : elle peut, par exemple, l'obliger à constituer des fonds propres supplémentaires[36].
- Si la CFB arrive à la conclusion qu'un organe d'un établissement ne présente plus la garantie d'une activité irréprochable, elle peut demander audit établissement de le révoquer. Logiquement, pendant un certain temps, elle ne permettra pas que la personne révoquée puisse exercer une fonction semblable en tant qu'organe d'un autre établissement surveillé[37]. Au cours de l'année 2005, elle en a décidé ainsi dans un seul cas.
- La CFB peut prononcer une "interdiction professionnelle" à l'encontre des "collaborateurs responsables d'un négociant en valeurs mobilières"[38]. La future FINMA aura le pouvoir, et ce dans tous les domaines soumis à sa surveillance, d'interdire à l'auteur de "toute violation grave des règles prudentielles" "d'exercer une fonction dirigeante"[39]. En termes de résultat, un ordre adressé à un organe de révision au sens de la LB interdisant à un auditeur précis d'intervenir en tant que "réviseur responsable" a un effet similaire[40].
- La CFB a le pouvoir de suspendre l'exercice des droits de vote des actionnaires qualifiés d'une banque si ces derniers n'ont pas annoncé des transactions

---

33 Cf. art. 37 al. 2 P-LAUFIN, FF 2006 2839.

34 Art. 25 al. 2 LB, 36 al. 2 LBVM.

35 Cf. enfin TF 24.03.2005 dans l'affaire *Klaro GmbH*, cons. 3.1.2 et les renvois qui y sont faits (2A.399/2004 et 2A.466/2004, avec chapeau publié dans le Bulletin de la CFB n° 47, p. 37).

36 Cf. les art. 23bis al. 1 et 23ter al. 1 LB, 35 al. 1 et 3 LBVM, 133 al. 2 LPCC et 31 P-LAUFIN.

37 En 2004, le Tribunal fédéral a trouvé que, dans un cas concret, une "période d'inéligibilité" de 7 ans prononcée par la CFB n'était pas disproportionnée (TF 27.05.2004, 2A.261/2004, Bulletin de la CFB n° 46, p. 31).

38 Jusqu'à présent, dans la plupart des cas, les "interdictions professionnelles" ont été prononcées pour des périodes allant de 3 à 9 mois et, dans un cas, pour 36 mois.

39 Art. 33 P-LAUFIN.

40 Art. 35 al. 3 let. c OB ; cf. art. 26 al. 2 P-LAUFIN.

importantes ou ont exercé une influence "au détriment d'une gestion prudente et saine de la banque"[41].
- Finalement, la CFB peut aussi tout simplement constater une violation des règles prudentielles et infliger une sorte de "blâme". En 2005, elle en a décidé ainsi dans cinq cas[42].

C. Critères pour l'ouverture d'une procédure

Les mesures que peut prendre la CFB sont donc en soi lourdes de conséquences pour les personnes concernées. S'y ajoutent les frais de la procédure, très élevés, en particulier lorsqu'on fait appel à des chargés d'enquête, qui peuvent dépasser un million de francs dans les cas extrêmes. D'où l'importance d'établir des critères précis et équitables pour l'ouverture d'une procédure. Il paraît sensé de prendre en considération les critères suivants :
- Danger : les intérêts des créanciers et des investisseurs sont-ils menacés ? Quelle est l'intensité de ce risque et quelle est son imminence ?
- Gravité de la violation : s'agit-il d'une violation grave des règles prudentielles ? Existe-il des indices d'une irrégularité systématique ou bien sommes-nous en présence d'un cas accidentel ?
- Responsabilité : des personnes de niveau hiérarchique supérieur sont-elles impliquées ?
- Moment de la violation : les irrégularités examinées portent-elles sur des faits anciens ? Ont-elles été commises récemment ou durent-elles encore ?
- Cadre réglementaire : a-t-il changé depuis que la violation s'est produite, peut-être est-il devenu plus restrictif ?
- Comportement des personnes concernées : l'établissement a-t-il de son chef (et de bonne foi) pris des mesures en vue d'éliminer l'irrégularité ?
- Attentes du public : le marché, les autorités suisses ou étrangères et le public s'attendent-ils à ce que la CFB examine l'affaire ?
- Procédures parallèles : d'autres autorités s'occupent-elles de l'affaire et sont-elles en position de la clarifier en temps utile ?
- Sujet : l'affaire porte-t-elle sur un sujet qui intéresse en ce moment par principe la CFB ?
- Contexte du marché : la violation de la loi en cause transgresse-t-elle une *best practice* du marché ou correspond-elle à l'inverse à une *bad practice* largement répandue ?

---

41 Art. 3 al. 2 let. c^{bis} et al.5, 23ter al. 1bis LB. Jusqu'à présent, la CFB n'a jamais ordonné ce type de mesure.

42 Art. 32 P-LAUFIN.

- Alternatives: l'affaire se prête-t-elle à un *enforcement* ou bien existe-t-il des moyens d'intervention plus efficaces?
- Ressources: les ressources existantes et les priorités permettent-elles de clarifier l'affaire dans la langue appropriée et dans le laps de temps usuel, c'est-à-dire entre 9 et 12 mois maximum?

Dans la pratique actuelle, tous ces critères ne sont pas systématiquement examinés, mais la tendance va dans cette direction. Les questions énoncées plus haut démontrent qu'il y a de l'espace pour une appréciation en opportunité. Néanmoins, les principes généraux du droit administratif doivent être observés ainsi que les prescriptions qui découlent du principe de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire.

D. Délimitation de l'objet de la procédure

Il existe deux possibilités, lesquelles, le cas échéant, peuvent être combinées, pour clarifier des états de fait très complexes avec précision, dans le respect des droits des parties et dans le laps de temps qui vient d'être mentionné.

La première consiste à réduire la complexité en limitant délibérément l'objet de la procédure. Cela signifie qu'on ne tiendra pas compte des aspects qui se sont produits dans un passé lointain ou qui ne sont pas absolument centraux. De même, du point de vue de la surveillance préventive, il serait logique de rechercher uniquement la responsabilité de la direction à son plus haut niveau. Les propositions de preuves faites par les parties qui ne se rapportent pas à l'objet de la procédure ainsi restreint doivent être rejetées au sens d'une appréciation anticipée des preuves.

Une deuxième façon de traiter les dossiers complexes consiste à mobiliser des ressources plus importantes, c'est-à-dire à augmenter les effectifs au sein d'une équipe qui travaille sur un même dossier. Cependant, cela présuppose que la priorité est donnée à l'affaire en question. Inévitablement, d'autres dossiers ou tâches en souffriront. Un tel renforcement des ressources s'avère avant tout nécessaire lorsque les manquements (allégués) constatés dans une série d'établissements doivent être examinés et corrigés en parallèle, ou lorsque la procédure doit être immédiatement et promptement menée[43]. Cela s'impose par exemple en cas de violation des règles de marché[44]. Le fait de regrouper les ressources de manière aussi importante permet notamment de stimuler la motivation des collaborateurs impliqués.

---

43 Le cas *Abacha* en 2000 est un exemple de cette procédure, cf. le communiqué de presse de la CFB du 4 septembre 2000 sur www.ebk.admin.ch.

44 Sur le *power enforcement* dans le domaine de la "surveillance des marchés" de la CFB (sur cette notion, cf. n. 22 plus haut), cf. le Rapport annuel de la CFB 2003, p. 100 s. et 2004, p. 86.

E. Signification de l'ouverture d'une procédure

Compte tenu des conséquences possibles qu'une procédure administrative contraignante de la CFB peut avoir sur les personnes concernées, sa seule ouverture constitue déjà en tant que telle un choix qui ne doit pas être pris à la légère. Les critères susmentionnés (cf. II. C) doivent être examinés avec minutie. Pour les personnes concernées, l'ouverture de la procédure administrative contraignante est sans aucun doute une affaire sérieuse. A ce stade, la violation d'une règle prudentielle n'est cependant pas encore démontrée et doit d'abord être établie. L'issue de la procédure est encore incertaine.

L'ouverture d'une procédure administrative contraignante en tant que telle ne modifie pas le statut juridique des personnes concernées. Lorsque ces dernières exercent une activité autorisée selon le droit étranger, il n'est pas à exclure qu'elles doivent informer, sur demande ou de leur propre chef, les autorités étrangères des procédures contraignantes ouvertes contre elles par la CFB. L'ouverture d'une procédure ne signifie cependant pas encore que la CFB prendra *in fine* une mesure contre l'établissement concerné ni, *a fortiori*, ne permet de prévoir quelle sera la gravité de cette mesure. Pour cette raison, l'ouverture d'une procédure ne devrait pas, en règle générale et sauf éléments particuliers, être déjà en soi considérée comme un fait susceptible d'influencer le cours boursier, fait dont la banque cotée doit informer le marché selon les dispositions sur la publicité événementielle. En revanche, la situation doit être jugée différemment si, à la fin de la procédure, la CFB prend effectivement une mesure grave comme, par exemple, le retrait d'autorisation. En droit suisse, la question de la publicité événementielle fait l'objet d'une autorégulation édictée par l'Instance d'admission de la Bourse suisse : le Règlement de cotation du 24 janvier 1996. Le Règlement donne à l'Instance d'admission la compétence de veiller à son respect et, le cas échéant, de prononcer des sanctions.

F. Information des médias ?

En tant qu'autorité de surveillance, la CFB ne fonctionne pas enfermée dans une tour d'ivoire. Les réels ou les prétendus comportements inappropriés des assujettis ne finissent pas de susciter l'intérêt des médias ou du public en Suisse ou, dans certains cas, à l'étranger. Il n'est pas rare que les médias demandent à la CFB d'intervenir ("Que fait l'autorité de surveillance ?" "L'autorité de surveillance est-elle endormie ?"), ou encore de donner son opinion ou des explications sur les enquêtes préliminaires ou les procédures en cours. Des conflits délicats entre les différents objectifs pourraient s'ensuivre. Nombreuses sont les autorités de surveillance du monde qui font face au même type de questions, comme en témoignent leurs représentants. Le sujet ne peut pas être approfondi dans la pré-

sente contribution[45]. On se contentera ici de préciser qu'en général, la CFB procède selon les règles suivantes :

- La CFB ne rend pas elle-même publiques ses procédures.
- Ses réponses aux questions des médias sont réservées mais jamais erronées. Elle confirme l'existence d'une enquête sur une affaire, sans entrer dans les détails. Elle ne s'exprime pas sur les personnes concernées, sur les étapes spécifiques de la procédure ou sur le calendrier.
- Elle refuse de se prononcer sur des questions hypothétiques ("Si les faits suivants devaient se produire, comment seraient-ils jugés ?") et ne se laisse pas entraîner dans des appréciations anticipées de preuves.
- Elle se réserve la possibilité de réagir lorsque, dans un cas concret, des informations fausses ou trompeuses sont rendues publiques par les parties à la procédure.

Dans certains cas particuliers, un conflit délicat peut se produire entre les intérêts des médias, les attentes (pas toujours) légitimes du public, les intérêts de la place financière, ceux de la CFB, et l'intérêt des personnes concernées à ce que la procédure reste secrète. En tout état de cause, il faut se réjouir que la question soit réglée dans le projet de LAUFIN[46]. Les déclarations inconsidérées et préjudicielles faites dans les médias par les personnes au sein de la CFB impliquées directement dans la procédure ou participant au processus décisionnel doivent absolument être évitées. De telles déclarations peuvent créer un motif de récusation[47].

On pourrait penser que les établissements surveillés n'ont en principe aucun intérêt à ce que les activités d'*enforcement* de la CFB soient rendues publiques. Cela est vrai dans un grand nombre de cas. Néanmoins, la réalité est parfois plus complexe qu'elle ne paraît. Ainsi, pour des raisons évidentes, un établissement surveillé n'a guère intérêt à ce que la CFB rende elle-même public le fait qu'il est concerné par une enquête, quelle que soit la nature de cette dernière. Les choses se présentent différemment lorsque l'affaire a déjà été rendue publique, parce que les médias ou les autorités étrangères ont émis des critiques à l'égard de cet établissement. Aussi, une banque, soupçonnée à tort ou à raison de faire l'objet d'une enquête, peut espérer que la CFB procède à un démenti, relativise l'affaire ou tout simplement clarifie les faits reprochés. Par conséquent, elle peut rendre elle-même

---

45 Cf. Zulauf U., Vertrauen schaffen und wahren, conférence de mars 2005, p. 9 ss. Disponible sur le site internet de la CFB www.ebk.admin.ch/d/publik/refer/pdf/050331_Referat_UZ_d.pdf. Pour une critique cf. Watter R., "Öffentliche Information über Verfahren und Entscheide in der Finanzmarktaufsicht – zwischen Transparenz und Pranger", AJP 2005, p. 39-52. L'ampleur et le sujet de cette contribution ne permettent pas une discussion plus approfondie des critiques émises par R. Watter.

46 Cf. art. 22 al. 2 à 4 P-LAUFIN.

47 Cf. le cas mentionné dans le n. 107 qui concernait la CFB.

l'enquête publique. Elle se trouve dans une situation similaire en cas de clôture de l'enquête. Pour les banques actives sur le plan international, l'intérêt peut varier selon les circonstances du cas particulier.

III. Enquête

Avec l'ouverture de la "procédure administrative contraignante" commence donc le troisième acte préliminaire de notre drame – la véritable enquête. Dans la pratique et du point de vue des personnes concernées, le passage entre l'enquête préliminaire et l'enquête n'est pas clairement délimité dans un bon nombre de cas, malgré le choix d'ouvrir une procédure formelle.

A. Qui est partie ?

Une fois la procédure engagée, la question des personnes concernées se pose très rapidement. Il est très important d'identifier d'emblée les personnes potentiellement concernées et de clarifier ainsi quelles sont les parties à la procédure afin d'en tirer les conséquences nécessaires. En tant que parties à la procédure, elles ont des droits dont nous discuterons ultérieurement. Si la CFB prenait une mesure à l'encontre d'une personne qui n'avait pas été impliquée au préalable dans la procédure, elle violerait les droits de partie de cette dernière et créerait un motif de recours. Il est en pratique exclu, pour diverses raisons, de garantir *a posteriori* les droits des parties lorsque la procédure nécessite une administration des preuves étendue. Dans tous les cas, cela ralentirait considérablement la procédure.

Le droit administratif général définit la notion de parties dans des termes très généraux comme des personnes qui pourraient être touchées dans leurs droits et obligations[48]. Dans le cadre des activités de la CFB, il pourrait s'agir :

- Des établissements surveillés, destinataires d'une décision contraignante de la CFB.
- Des organes d'un établissement surveillé, touchés d'une quelconque manière par le dispositif[49] d'une décision contraignante de la CFB, notamment en tant qu'ils font l'objet d'un "blâme" ou que leur révocation est demandée.
- Des actionnaires qualifiés, qui se voient interdire par le dispositif d'une décision contraignante de la CFB de garder leur participation ou encore dont les droits de votes sont suspendus.

---

48 Art. 6 PA.

49 Les organes qui ne sont pas touchés par la mesure prononcée par la CFB ou par les constatations faites dans le dispositif de la décision, mais qui contestent le rôle que les considérants de la décision leur attribuent, n'ont ni qualité de partie ni droit de recours.

- D'un établissement tiers qui nomme un organe dont l'activité exercée dans un autre établissement avait été jugée par la CFB comme non conforme à la garantie d'une activité irréprochable.
- De la filiale d'un établissement surveillé, lorsqu'elle est directement touchée par une mesure de la CFB.
- Les investisseurs dans un placement collectif de capitaux ayant un rapport spécial avec l'objet de la procédure[50], mais non les clients d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières, même lorsqu'ils sont directement concernés par une mesure de protection de la CFB, qui porte par exemple sur un sursis au paiement de leurs créances[51].

B. Moyens d'investigation

La CFB établit les faits d'office. A cette fin, elle dispose de divers moyens d'investigation. La loi fédérale sur la procédure administrative mentionne les documents, les renseignements des parties, les renseignements et les témoignages des tiers, les inspections et expertises rendues par les experts[52]. En pratique, les renseignements écrits fournis par les parties s'avèrent très importants. Dernièrement, la CFB a également augmenté le recours à des interrogations orales, qu'il s'agisse d'auditions formalisées et transcrites dans des procès-verbaux ou d'interrogations informelles se terminant par une simple note au dossier. Des auditions de témoins et de personnes détenant des informations ont également lieu[53]. L'accès aux dossiers d'autres autorités, comme les autorités de poursuite pénale, peut également revêtir une certaine importance. Enfin, les interventions des chargés d'enquête s'avèrent être un instrument d'une grande importance.

---

50 ATF 120 Ib 351 ainsi que les références qui y sont mentionnées. La qualité pour recourir était là sujette à discussion. Elle suppose, comme dans la détermination de la qualité de partie dans une procédure administrative, que la personne soit atteinte par la décision attaqué (voire "spécialement atteinte" depuis 2007; cf. nouvel énoncé de l'art. 48 PA, RO 172.021). Quiconque est atteint par une décision aurait (idéalement) déjà dû avoir la qualité de partie au cours de la procédure. Sur l'intérêt digne de protection d'un porteur de part d'un fond de placement pour demander une mesure, cf. TF 14.08.1995 dans l'affaire *Erbengemeinschaft N. contre Fondsleitung P*, Bulletin de la CFB n° 29, p. 46, *49 s*.

51 Pour des raisons de faisabilité, une disposition du nouveau droit de la faillite bancaire (art. 24 al. 2 LB) donne aux créanciers et aux propriétaires d'une banque un droit au recours seulement dans deux cas.

52 Art. 12 PA.

53 Cf. art. 51b OB. Le débat sur la conformité de cette disposition avec la loi devrait devenir caduc avec l'entrée en vigueur de la LAUFIN, qui devrait compléter l'art. 14 PA, cf. FF 2006 2847.

C. Chargés d'enquête

Depuis juillet 2004, la CFB peut "mandater" un "spécialiste indépendant" comme "chargé d'enquête" pour "élucider des faits relevant de la surveillance prudentielle". Sa position est proche de celle de l'ancien "observateur", mais il peut être investi de pouvoirs plus larges[54]. Ainsi, dans la décision de nomination, la CFB peut autoriser le chargé d'enquête à agir en lieu et place des organes de l'établissement surveillé[55]. L'établissement surveillé est tenu de "donner accès à ses locaux au chargé d'enquête et de lui fournir tous les documents et tous les renseignements dont il a besoin dans l'accomplissement de ses tâches"[56]. Les frais liés à l'activité du chargé d'enquête sont pris en charge par l'établissement surveillé, le cas échéant au moyen d'une avance de frais[57]. La délimitation par rapport au réviseur extraordinaire n'est pas nette, raison pour laquelle le projet de LAUFIN prévoit la disparition de ce dernier[58].

Ces dernières années, la CFB a souvent eu recours à cet instrument, 15 fois rien qu'en 2005. Dans la plupart des cas, cela a concerné les établissements non autorisés. Le chargé d'enquête est un moyen assez intrusif et coûteux. La CFB en fait surtout usage dans des cas urgents, soit en raison d'une atteinte aux intérêts des créanciers ou des investisseurs, soit lorsqu'elle a l'impression que les organes lui cachent des informations importantes, soit encore lorsque leur crédibilité est mise en cause. Enfin, il existe des affaires très complexes qui ne peuvent être élucidées dans un laps de temps raisonnable que de cette façon. La CFB en tant que Commission a délégué la nomination des chargés d'enquête au Secrétariat.

Concrètement, le chargé d'enquête est sélectionné à partir d'une liste de candidats mise à jour annuellement[59]. Les candidats doivent remplir les critères posés par la CFB. Le choix du mandataire se fait selon les besoins spécifiques du cas concret. Chaque mandat ne nécessite pas les mêmes compétences, ressources ou réseau. La désignation du réviseur ordinaire en tant que chargé d'enquête n'est pas judicieuse. En effet, son travail est souvent indirectement mis en cause d'une façon ou d'une autre, de sorte qu'au vu de ce conflit d'intérêts, il ne peut plus être considéré comme indépendant.

---

54 Art. 23quater LB, 36a LBVM, 137 LPCC, 36 P-LAUFIN.

55 Art. 23quater al. 2 LB, 137 al. 2 LPCC, 36 al. 2 P-LAUFIN.

56 Art. 23quater al. 3 LB, 137 al. 3 LPCC, 36 al. 3 P-LAUFIN.

57 Art. 23quater al. 4 LB, 137 al. 4 LPCC, 36 al. 4 P-LAUFIN. Les coûts peuvent être importants. Pour cette raison, la CFB négocie le tarif des honoraires, exige une procédure rigoureuse et une limitation au nécessaire. Elle demande également un décompte intermédiaire et contrôle le décompte final.

58 Cf. FF 2006 2858.

59 Cf. le lien suivant sur le site de la CFB: www.ebk.admin.ch/f/archiv/2004/20041118/wegl_041118_f.pdf, ainsi que les passages topiques du Rapport de gestion de la CFB 2005, p. 51 s.

La décision de nomination décrit le mandat, tandis que les conditions générales (par exemple les honoraires, la facturation, la clause de confidentialité) sont précisées par courrier. Il arrive que des collaborateurs de la CFB accompagnent le chargé d'enquête : dans un cas, la CFB a suivi sur place l'enquête qui concernait une filiale d'une banque étrangère[60]. Les chargés d'enquête qui agissent sous mandat de la CFB ont également des tâches autonomes. Ils sont soumis au secret de fonction que seule la CFB peut lever (également vis-à-vis des autres autorités)[61].

D. Décisions superprovisoires

La nomination d'un chargé d'enquête est souvent urgente et tout retard présente un danger. Par conséquent, il arrive souvent que la CFB statue sur la nomination d'un chargé d'enquête dans une décision superprovisoire. En 2005, la CFB l'a fait dans six procédures d'assujettissement. C'est le Tribunal fédéral qui a ouvert la voie[62]. Dans de tels cas d'urgence, la CFB décide sans donner préalablement la possibilité aux personnes concernées d'être entendues. Elle y remédie par la notification de la décision superprovisoire, en fixant aux intéressés un délai pour adresser leurs prises de position. Ceux-ci seront en même temps invités à s'exprimer sur la question de savoir si la CFB doit, au regard de leur prise de position, prendre une décision par laquelle elle confirme les mesures ordonnées, décision susceptible d'être attaquée séparément.

La question des coûts n'est pas sans importance. Si une décision provisoire venait à être annulée, la CFB devrait supporter les coûts engendrés jusque-là par le chargé d'enquête. Et même si aucune décision provisoire susceptible d'être attaquée séparément n'était demandée, les frais causés par la décision superprovisoire pourraient, le cas échéant, être contestés dans le cadre d'un recours de fond contre la décision finale[63].

---

60 La question qui se pose est de savoir si la CFB peut procéder à des enquêtes "sur place" par le biais de ses propres collaborateurs. Etonnamment, la loi apporte la réponse uniquement pour les "contrôles directs" auprès des filiales "étrangères" des établissements surveillés (art. 23sexies LB, 38a LBVM, 143 LPCC). Il ressort de ces dispositions et de sa capacité de nommer un chargé d'enquête que la CFB peut également procéder elle-même à des enquêtes sur place à l'intérieur du pays. Toute autre conclusion aurait peu de sens.

61 Le P-LAUFIN va explicitement dans le même sens : les personnes mandatées par la FINMA sont expressément soumises au secret de fonction (art. 14 al. 4 P-LAUFIN) et leur responsabilité est régie par la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité (art. 19 al. 1 P-LAUFIN ; dans le sens opposé, art. 39 al. 2 LB actuellement en vigueur).

62 ATF 126 II 111, *122,* confirmé par TF 2A.179/2001 31.05.2001, publié dans le Bulletin de la CFB nº 42, p. 45, cons. 1 ; TF 2.04.2003, 2A.565/2002, cons. 4.2 ; TF 5.12.2001, 2A.320/2001, cons. 1 ; ATF 130 II 351, *356* ; ATF 132 II 382, *385*.

63 ATF 132 II 382, *385*.

E. Principaux droits des parties

La Constitution fédérale et la loi fédérale sur la procédure administrative octroient aux parties divers droits procéduraux[64], lesquels trouvent, il est vrai, leur pendant dans certaines obligations. Ces dernières seront traitées ultérieurement. Les droits des parties naissent au plus tard avec l'ouverture formelle de la procédure, voire plus tôt[65]. Il s'agit, en premier lieu, du *droit de consulter le dossier* et du *droit d'être entendu*[66].

Le droit de consulter le dossier porte sur toutes les pièces utilisées comme moyens de preuve dans la décision de la CFB (art. 26 ss PA). Ne sont pas considérés comme pertinents pour la décision : "les notes et renseignements purement internes […], les projets et rapports des spécialistes travaillant sur le dossier et d'autres personnes similaires"[67], "les renseignements et les notes, les co-rapports et les communications écrites et autres documents semblables"[68], de même que "les rapports des services spécialisés de l'administration qui se limitent à évaluer de manière objective les faits établis"[69]. Toutes les autres pièces du dossier sont pertinentes pour la décision, dans la mesure où elles revêtent les qualités requises pour servir de moyens de preuve[70] ou pour influencer avec un certain degré de vraisemblance la partie en fait de la décision[71]. Les pièces pertinentes pour la dé-

---

64 Art. 29 Cst, 26 ss PA.

65 Baumgarten M.-O. / Burckhardt P. / Roesch A., "Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren", AJP 2006, p. 169, *175 s*. Pour le droit de la concurrence : Denoth S., "Zur Anwendbarkeit des VwVG auf das Verfahren der Vorabklärung", *Jusletter* du 9 janvier 2006. En pratique, la question de la détermination du moment précis n'a guère suscité de discussion.

66 Sur le droit à un processus décisionnel conforme à la loi et au respect des règles sur la récusation, voir plus bas sous IV.B.

67 ATF 103 Ia 492. La décision concernait la sauvegarde de la confidentialité d'un informateur dans le cadre d'une procédure pénale. Concernant la CFB, cf. l'*obiter* de l'ATF 129 IV 141, *146* ; au sujet de cet arrêt, voir aussi ci-dessous n. 92.

68 ATF 113 Ia 9 : il s'agissait ici de l'accès à son dossier policier personnel d'une personne qui a fait l'objet d'un contrôle de routine.

69 ATF 115 V 304 : la SUVA doit, en principe, permettre la consultation des rapports médicaux internes.

70 JAAC 66.87, cons. V.3 : selon l'avis du Conseil fédéral, l'Office fédéral de la police a refusé à juste titre qu'une opposante à la globalisation, qui faisait l'objet d'une interdiction d'entrée sur le territoire avant la tenue du Forum économique mondial (WEF), accède à son dossier auprès du Service de renseignements).

71 TF 26.02.2002, 2A.524/2001, cons. 2.a.bb : selon le Tribunal fédéral, c'est à juste titre que la CFB a refusé à un organe de révision l'accès à l'ensemble des pièces copiées par un expert dans le cadre d'une procédure devant la CFB dirigée contre cet organe, au motif que les copies ne pouvaient avoir d'incidence sur la décision. La CFB a en revanche donné accès aux pièces pertinentes pour la décision.

cision doivent être intégralement préservées[72]. Par conséquent, la CFB demande à ses collaborateurs de numéroter les documents procéduraux.

Le droit de consulter le dossier peut concrètement se heurter à d'importants intérêts publics ou privés (art. 27 PA)[73]. Il faut imaginer par exemple une menace pour le succès des poursuites pénales, ou l'intérêt de préserver une source d'information[74]. Un "certain surcroît de travail ou de dépenses" n'est en revanche pas considéré comme pertinent[75]. Pour la CFB, le respect des intérêts de tiers impliqués ou d'autres parties[76], ainsi que (dans des cas particuliers) la protection des informateurs, peuvent avoir un poids important[77]. Toujours est-il que si l'accès à un document devait être refusé, son contenu essentiel doit être porté à la connaissance de la partie et son droit d'être entendue doit être observé (art. 28 PA).

La question de savoir à quel moment l'accès aux documents doit être accordé reste ouverte. La loi ne se prononce pas sur cette question. Il doit être accordé en temps opportun avant le prononcé de la décision, de sorte que les personnes concernées disposent de suffisamment de temps pour étudier les documents. Néanmoins, la CFB n'octroie pas toujours le plein accès au dossier dès le début de l'enquête. Parfois, avant d'accorder l'accès, la CFB interroge les parties ou les personnes qui détiennent des informations. Un tel procédé sert à vérifier la crédibilité des personnes interrogées. Jusqu'à présent, la CFB a connu peu de litiges sur le droit de consulter le dossier. En règle générale, elle fait une copie des pièces et les envoie aux parties. Lorsqu'il s'agit de dossiers de grande ampleur, les parties sont

---

72 Si l'audition faisait l'objet d'un enregistrement, ce que la CFB ne fait pas, cet enregistrement devrait également être mis à la disposition des parties, cf. ATF 130 II 473 : il s'agissait d'un contrôle de sécurité d'un militaire.

73 ATF 104 Ib 62 : autrefois célèbre, le gourou Swami Omkarananda s'est vu refuser, à juste titre selon le Tribunal fédéral, l'accès aux pièces d'une procédure pénale, laquelle, d'après Swami, avait été mal conduite par le juge d'instruction, raison pour laquelle Swami avait demandé l'ouverture d'une procédure pénale contre le juge d'instruction. La demande avait été rejetée par le Département fédéral de justice et police.

74 Rhinow R. A. / Krähenmann B., *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung : die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte* ; Supplement zu : Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl. und zu : Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Aufl., Bâle, Francfort sur M. (Helbing und Lichtenhahn) 1990, p. 273.

75 ATF 113 Ia 9, cf. plus haut n. 68.

76 Cependant, dans un cas, le Tribunal fédéral n'a pas trouvé cet argument convaincant et a obligé un collaborateur à témoigner dans le cadre d'une procédure pénale, qui opposait l'office d'instruction de Soleure à la CFB (ATF 123 IV 157). Il ne s'agissait toutefois pas ici du droit d'accès aux pièces d'une partie.

77 Dans l'affaire sur laquelle le Tribunal fédéral a statué le 11 novembre 1991 (Bulletin de la CFB n° 22, p. 43) la CFB a exceptionnellement refusé à une partie l'accès à un document susceptible de révéler l'identité d'un informateur qui risquait par la suite, dans ce cas concret, d'être exposé à des représailles. Le cas était singulier à plusieurs égards.

invitées à consulter les pièces sur place et à indiquer celles dont elles ont besoin. Il existe également très peu de pièces internes auxquelles les parties n'ont pas accès. Le document interne le plus important est l'exposé du Secrétariat adressé à la CFB qui accompagne la proposition de décision. Il n'est pas divulgué aux parties[78]. Il en va de même pour le procès-verbal des délibérations de la CFB[79].

L'obligation de respecter le droit des parties d'être entendues exige que les moyens de preuve proposés par les parties soient admis dans la mesure où ils "paraissent propres à élucider les faits" (art. 33 PA). La CFB peut cependant "renoncer à un moyen de preuve requis, […] lorsqu'elle est suffisamment en mesure, de par ses propres connaissances, de juger les faits incriminés faisant l'objet de l'enquête prudentielle, ou lorsque les faits sont déjà suffisamment établis à la lumière des pièces du dossier"[80]. De même, "tous les allégués pertinents qu'une partie a avancés en temps utile" doivent être appréciés avant de prendre la décision (art. 32 al. 1 PA).

Les parties ont le droit d'assister à l'audition des autres parties, des témoins et des personnes détenant des informations. De surcroît, elles peuvent être assistées par un avocat. Si elles doivent être interrogées, il est à observer que les renseignements leur seront demandés et non pas à leurs avocats.

D'une manière générale, les parties ont, à quelques rares exceptions près, le droit d'être entendues avant que la décision soit prise (art. 30 PA). Le droit d'être entendu ne concerne pas uniquement l'éclaircissement des faits mais également, dans certaines limites, l'appréciation juridique[81]. En tout état de cause, les parties doivent connaître les règles dont la violation est supposée. La CFB en informe les parties. En revanche, elles ne reçoivent aucune ébauche des considérants. Néanmoins, elles reçoivent en principe le projet de l'exposé des faits juridiquement pertinents avec un renvoi à l'ensemble des pièces s'y rapportant. Elles sont alors invitées à prendre position sur cet état de fait et, le cas échéant, sur les mesures à prendre. L'attention des parties doit être expressément attirée sur les moyens de preuve pertinents dont l'admission au dossier n'est pas connue des parties ou ne pouvait pas être connue[82].

---

78 Sur ce point, voir plus bas n. 101.

79 TF 22.05.2002, 2A.65/2002, Bulletin de la CFB n° 43, p. 15, cons. 2.2.1.

80 Ainsi le Tribunal fédéral dans sa décision du 14 août 1995 dans l'affaire *Erbengemeinschaft N. contre la CFB* (Bulletin de la CFB n° 29, p. 55) ; TF 22.01.2004, 5A.20/2003, cons. 2.1 ; TF 9.02.2006, 2A.91/2005, cons. 3.2.1 (publié uniquement dans le Bulletin de la CFB n° 49, p. 36).

81 ATF 115 Ia 96 s. ; TF 9.02.2006, 2A.91/2005, cons. 3.2.1 (publié uniquement dans le Bulletin de la CFB n° 49, p. 36).

82 ATF 114 Ia 99.

F. Principales obligations des parties

Les parties à la procédure devant la CFB n'ont pas uniquement des droits, mais aussi des obligations. Parmi les plus importantes figurent le devoir de fournir des renseignements et de remettre des documents ainsi que le devoir de collaborer à l'établissement des faits.

La CFB peut exiger des établissements surveillés[83] "tous les renseignements et tous les documents dont elle a besoin dans l'exécution de sa tâche"[84]. Selon la pratique de la CFB et du Tribunal fédéral, la portée de ce devoir est très large: "En cas de doute, il faut plutôt adopter une interprétation large du devoir de renseignement au sens de l'art. 23bis al. 2 LB, étant donné que l'obtention de manière préventive d'informations suffisantes facilite la découverte en temps utile des violations des lois et des autres irrégularités"[85]. Le devoir de renseignement fonde également le devoir de collaborer à l'établissement des faits (art. 13 al. 1 let. c PA). Les conséquences de la violation de ce devoir peuvent être radicales: la CFB apprécie librement cette circonstance, c'est-à-dire si nécessaire aussi au détriment des parties, lorsqu'elle statue sur la base des autres moyens de preuve disponibles[86].

G. Coopération avec les autorités pénales

Dans les procédures qu'elle mène, la CFB collabore à divers degrés avec les autorités de poursuite pénale de la Confédération et des cantons. La collaboration est particulièrement étroite dans le cadre des procédures d'assujettissement contre les établissements non autorisés[87] et des procédures portant sur la violation des règles sur les abus de marché[88]. Elle ne le fait pas uniquement parce que cela relève du bon sens et des intérêts généraux, mais aussi parce qu'elle y est obligée de par la loi: le devoir de dénonciation des infractions pénales est inscrit dans les lois de surveillance prudentielle[89].

---

83 La question de savoir si ce devoir de renseignement concerne uniquement les organes ou tous les employés ne peut pas être examinée ici de manière approfondie.

84 Art. 23bis al. 2 LB. Dans un sens similaire, art. 35 al. 2 LBVM et 139 LPCC, et à l'avenir art. 29 P-LAUFIN.

85 ATF 108 Ib 196, *200*: le Tribunal fédéral a soutenu la demande d'informations de la CFB sur les autres activités professionnelles des organes de la banque. Dans ATF 108 Ib 513, la CFB a demandé des renseignements sur la filiale à l'étranger; cf. ATF 108 Ib 186, sur l'arrière plan économique d'une transaction.

86 Cf. les deux arrêts du Tribunal fédéral dans les cas *Comfinor* (TF 19.11.1999, Bulletin de la CFB n° 40, p. 94) et *Kings Club* (TF 2.03.1994, Bulletin de la CFB n° 25, p. 11).

87 Cf. plus haut n. 7.

88 Cf. plus haut n. 10. Il faut rappeler que la CFB n'est pas autorisée à sanctionner les personnes non soumises à sa surveillance. En cas de soupçon sur l'existence d'un délit boursier pénalement répréhensible, elle les dénonce aux autorités de poursuite pénale.

89 Art. 23ter al. 4 LB, 35 al. 6 LBVM, 151 LPCC, 38 P-LAUFIN.

En outre, la chambre d'accusation du Tribunal fédéral[90] a, d'une manière étendue, obligé la CFB à témoigner et à divulguer des documents dans le cadre de procédures pénales[91]. Ce devoir comprend également les documents issus des procédures administratives, y compris dans certaines limites les documents internes[92] que la CFB n'a pas obligation de divulguer aux parties[93]. Ce devoir étendu de coopération peut, le cas échéant, mettre en danger l'activité de surveillance de la CFB[94]. Si nécessaire, la CFB coordonne ses procédures avec les autorités de la poursuite pénale. Ainsi, il est arrivé dans certains cas que les autorités de poursuite pénale aient eu l'intention de sécuriser des preuves en profitant de l'effet de surprise, de procéder à des perquisitions dans des domiciles ou d'arrêter des personnes. Dans de tels cas, une coordination avec les autorités pénales peut s'avérer nécessaire afin d'éviter de faire échouer leurs démarches. En revanche, la CFB ne cède pas au souhait parfois exprimé par les autorités pénales de rester passives tout en profitant des informations recueillies dans le cadre de la procédure administrative, en demandant par exemple d'obtenir de manière permanente et simultanée une copie de l'échange de correspondance avec la CFB.

Ni la décision de la CFB de remettre ou non des documents aux autorités pénales, ni celle de déposer une dénonciation pénale ne sont des décisions susceptibles de recours au sens de la PA. Les parties concernées par la décision ne peuvent recourir ni contre la remise des documents, ni contre le refus de les transmettre. Seules les autorités de poursuites pénales requérantes ont la possibilité

---

90 Depuis la création du Tribunal pénal fédéral en avril 2004, la cour des plaintes de celui-ci a repris les tâches de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral et statue aussi sur le conflit de compétence entre les autorités pénales cantonales et les autorités fédérales dans les affaires relatives à l'entraide judiciaire nationale selon l'art. 354 CP (art. 279 de la loi sur la procédure pénale fédérale, RS 312.0).

91 ATF 123 IV 157 (cf. n. 76).

92 Dans ce sens, la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral dans un litige entre la CFB et un juge d'instruction du canton de Genève (ATF 129 IV 141, *148* s.) : une pesée entre les intérêts des autorités de poursuite pénale et l'intérêt de la CFB à sauvegarder la confidentialité doit être effectuée pour la remise de chaque document interne. Le projet de LAUFIN donne à la FINMA la base légale pour refuser de communiquer aux autorités de poursuite pénale des informations "qui servent uniquement à ces autorités à se faire une opinion" (cf. art. 40 P-LAUFIN).

93 Dans sa décision du 18 avril 2005 (BB.2005.19, publiée sur le site internet du Tribunal pénal fédéral), le Tribunal pénal fédéral a défendu le refus de la Commission de gestion du parlement de donner au juge d'instruction du canton de Genève l'accès à un procès-verbal d'une discussion avec les dirigeants de la CFB, indiquant toutefois (de façon discutable) dans les considérants (cons. 3.2.2) que la CFB elle-même devrait donner l'accès au compte rendu.

94 Pour cette raison, la CFB salue la proposition du projet de LAUFIN qui, en effet, établit clairement un devoir réciproque de collaboration, mais qui donne en même temps le droit à la FINMA, sous certaines conditions, de refuser de communiquer les informations (art. 38 et 40 P-LAUFIN).

de recourir contre une décision refusant l'entraide dans le cadre d'une procédure informelle auprès du Tribunal pénal fédéral. La future LAUFIN devrait expressément donner un ancrage légal à cette solution, à la différence près que la compétence sera transférée au Tribunal administratif fédéral[95]. Cette consécration légale d'une solution adéquate est à saluer en raison de l'insécurité juridique[96] qui existe parfois.

H. Devoir de collaborer vs. droit au silence

En tout état de cause, dans le cadre d'une procédure devant la CFB, on constate que l'organe d'un établissement surveillé a un devoir étendu de collaborer dans le processus d'établissement des faits ainsi que de fournir des renseignements à la CFB[97]. A cet égard, la procédure se distingue d'une procédure pénale où, en raison de la présomption d'innocence, tout inculpé a le droit de se taire. En raison de l'obligation étendue de la CFB de collaborer avec les autorités pénales, il existe un risque de conflits[98]. Ce risque s'est encore renforcé, du moins en théorie, depuis que la responsabilité pénale des personnes morales a été introduite en juillet 2006[99]. Heureusement, jusqu'à présent, ce genre de situations conflictuelles a rarement créé des difficultés majeures dans la pratique. La CFB rend les personnes concernées attentives à son large devoir de collaborer avec les autorités pénales. De même, elle informe les parties qu'elles n'ont pas l'obligation de répondre aux questions susceptibles de les exposer à des poursuites pénales, tout en les mettant en garde contre les conséquences qu'un tel choix peut avoir dans le cadre d'une procédure devant la CFB. En règle générale, les personnes concernées sont disposées, voire intéressées à donner leur point de vue sur l'affaire portée devant la CFB.

---

95 Art. 41 P-LAUFIN.

96 Art. 123 II 371: le Tribunal fédéral (2e section du droit public) n'est pas entré en matière, en raison du défaut de qualité pour recourir, sur le recours de droit administratif formé par le juge d'instruction du canton de Soleure contre le refus de la CFB d'autoriser un collaborateur à témoigner. Il a laissé par contre ouverte la question de savoir si la décision de la CFB représente une décision au sens de l'art. 5 PA. L'affaire a été renvoyée à la chambre d'accusation, qui a finalement statué, ATF 123 IV 157.

97 Cf. plus haut n. 83.

98 Sur l'ensemble, Baumgarten / Burckhardt / Roesch (n. 65), en particulier p. 177 ss.

99 Arzt G., "Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum", RSDA 2002, p. 226 ss; le même auteur, "Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens", RSDA 2004, p. 357 ss; le même auteur, "Die kommende Strafbarkeit der juristischen Person: Sand im Getriebe der Geldwäschereibekämpfung", in: *Banken und Bankrecht im Wandel*, Berne 2004, p. 75 ss; Hohler C. / Schmid N., "Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren und besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB Art. 100quater", AJP 2005, p. 516 ss.

I. Prise de position sur l'état de fait

Lorsque le Secrétariat estime que les faits sont suffisamment élucidés, les responsables de la procédure à l'interne procèdent à des consultations avec un ou plusieurs membres de la Direction. Ensuite, une décision est prise. Si l'enquête n'a pas confirmé les soupçons initiaux d'une violation des règles prudentielles ou si le résultat ne justifie aucune mesure, la procédure sera close sans décision et les parties en seront informées par écrit. En tout état de cause, il restera encore à régler la question des frais. Dans certains cas particuliers, les frais seront mis à la charge des parties dont le comportement a initié la procédure, et ce, même si aucune décision n'a été prise[100].

Si l'appréciation des faits conduit à la conclusion qu'un projet de décision doit être soumis à la Commission, l'état de fait sera arrêté par écrit et les parties seront appelées à présenter (par écrit) leurs positions. Elles seront également invitées à s'exprimer sur les griefs entrant en ligne de compte et même, le cas échéant, sur les différentes mesures possibles. En revanche, un projet de motivation en droit ne leur sera pas soumis. Les parties peuvent également à tout moment exposer à la CFB leur appréciation juridique de l'affaire. Néanmoins, le débat sur les considérations juridiques retenues en l'espèce par la CFB doit intervenir dans le cadre de la procédure de recours. Selon le Tribunal fédéral, un tel procédé respecte en principe le droit d'être entendu[101].

Nombreux sont les cas où les parties souhaitent avoir un entretien de clarification avec la CFB, au niveau de la direction ou du conseil d'administration, notamment dans le but d'informer celle-ci des mesures déjà prises. La CFB n'est pas fermée à de tels entretiens. Néanmoins, il faut se poser la question du moment approprié pour conduire de telles discussions. Si la CFB ouvre une procédure contraignante, elle devra tout d'abord clarifier l'état de fait en question. Les parties devront d'ailleurs se prononcer à ce sujet. Ce n'est que sur la base de faits clairs qu'il sera possible dans un deuxième temps de discuter d'éventuelles mesures.

---

100 Cf. art. 12 al. 3 de l'ordonnance sur les émoluments de la CFB, RS 611.014.

101 TF 9.02.2006, 2A91/2005, publié uniquement dans le Bulletin de la CFB n° 49, p. 36, cons. 3.2; également, en ce qui concerne la procédure devant la Commission de la concurrence, ATF 129 II 497, cons. 2.2. D'après ces décisions, le droit de s'exprimer sur les considérants en droit existe uniquement "(1) lorsque l'autorité qui statue souhaite s'appuyer sur des dispositions légales dont l'application n'aurait pas pu être raisonnablement escomptée par les personnes concernées, (2) lorsque la situation juridique a été modifiée, ou (3) lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation particulièrement large. D'une manière générale, on ne peut pas revendiquer le droit de s'exprimer sur un projet de texte de décision (...)" (Bulletin de la CFB n° 49, p. 53).

IV. Décision de la CFB

Dans le quatrième acte de notre drame, la CFB statuera à partir d'une proposition de son Secrétariat sur une "décision contraignante". De nouveau se posent les questions procédurales (par exemple celle d'une récusation), de même que la question délicate des informations à communiquer au public.

A. Proposition du Secrétariat

La CFB statue en tant qu'organe collégial sur proposition de son "Secrétariat"[102]. Cette proposition contient un projet de décision pré-rédigé et, dans la plupart des cas, quelques brefs commentaires. Le cas échéant, les différentes possibilités d'action seront présentées. Le projet de décision prend en considération les prises de position écrites des parties portant sur l'état de fait, qui seront (si elles sont substantielles) annexées. D'ordinaire, la proposition sera adressée à l'ensemble de la Commission. Des chambres décisionnelles spéciales ont été mises en place uniquement pour les domaines des OPA et de l'entraide internationale (exclus du champ du présent exposé)[103]. Dans les cas urgents, la proposition sera directement transmise au président de la CFB qui a le pouvoir de décider seul[104]. Cela est toutefois rare en pratique. Plus fréquentes sont les décisions d'instruction de la procédure, par exemple la nomination du chargé d'enquête, décisions que la CFB a déléguées au Secrétariat[105].

B. Récusation en cas de partialité

Les parties ont droit à ce que la volonté au sein de la CFB se forme correctement. Le principe comporte en particulier le respect des dispositions sur la *récusation*[106]. Il ne s'applique pas uniquement aux membres de la CFB qui statuent sur une affaire, mais également aux collaborateurs du Secrétariat qui instruisent la procédure et préparent la décision. La question de savoir si, dans une affaire concrète, la personne est réellement partiale n'est pas déterminante. Il suffit d'avoir une apparence de partialité qui justifie le manque de confiance en l'objectivité d'une

---

102 L'expression n'est plus vraiment appropriée en raison du nombre actuel de collaborateurs (162 à la fin de 2006).

103 Art. 5 du Règlement de la CFB, RS 952.721.

104 Art. 9 al. 2 du Règlement de la CFB.

105 Art. 51a al. 2 OB, art. 9 al. 4 du Règlement de la CFB, cf. l'Ordonnance de délégation de la CFB publiée sur son site internet www.ebk.admin.ch/f/ebk/org/pdf/EBK_Delegationsverordnung_f.pdf.

106 Art. 10 PA.

personne[107]. "Cela ne peut pas dépendre du sentiment subjectif d'une partie; de même, il importe peu que les personnes concernées soient réellement partiales"[108]. Dernièrement, le TF a procédé à une interprétation rigoureuse des dispositions sur la récusation[109].

En mai 2006, la CFB a adopté un Code de conduite. Le Code présente, entre autres, la manière dont la CFB applique les règles sur la récusation[110]. "Les personnes travaillant pour la CFB évitent, notamment dans le contexte de procédures, tout propos susceptible de donner l'impression de leur partialité supposée dans ladite affaire. En cas d'émergence d'un éventuel conflit d'intérêts et partant, d'un motif de partialité, pour quelque raison que ce soit, la personne concernée ou toute autre personne travaillant pour la CFB posera au sein de cette dernière la question d'une récusation. Si l'obligation de récusation est confirmée au sein de la CFB, la personne en état de récusation est exclue de toute participation à la préparation d'une décision ou à son adoption dans l'affaire concernée. Une personne récusée ne reçoit aucune information préalable concernant l'affaire, ne peut s'exprimer et n'est pas présente lors des délibérations. Elle est en principe informée *a posteriori* des décisions prises."[111] Le Code de conduite souhaite éviter autant que possible l'apparition de motifs de récusation et de conflits d'intérêts. Aussi régit-il l'acceptation (autorisée) de mandats par les membres de la CFB (ayant des activités complémentaires): "Ils n'acceptent pas de mandats pour lesquels il est apparent au moment même de leur acceptation qu'un conflit d'intérêts entre leurs mandants et la CFB existe déjà ou est à prévoir. Ils refusent notamment de conseiller ou de représenter des établissements surveillés ou des tiers dans des procédures engagées par la CFB."[112]

C. Délibérations et décision

La CFB discute et statue librement sur les propositions de son "Secrétariat". Les membres de la direction, le responsable de la communication ainsi que le secrétaire assistent à la séance. Dans les affaires complexes, la personne en charge de

---

107 C'est ainsi que, dans les années sauvages qui ont suivi l'introduction de la loi sur les fonds de placement, la CFB a été mise en difficulté par le courrier de lecteur d'un collaborateur en charge d'un dossier, qui l'avait toutefois écrit avant qu'il ne soit entré à la CFB (ATF 97 I 91).

108 Décision du Tribunal fédéral du 14 août 1995 dans l'affaire *Erbengemeinschaft N. gegen Fondsleitung P.*, Bulletin de la CFB n° 29, p. 46, *52*. Le Tribunal fédéral y avait rejeté la demande de récusation.

109 ATF 128 V 82, cons. 2 et 3c.

110 Publié sur le site internet de la CFB: www.ebk.admin.ch/f/ebk/org/pdf/EBK_Verhaltenskodex_Juni_06_f.pdf.

111 Code de conduite de la CFB, ch. 10 à 13.

112 Idem *ad ante*, ch. 2.

la procédure participe également aux délibérations. Les parties ne sont pas présentes. Les délibérations de la CFB ne sont pas ouvertes aux parties, ni contradictoires[113]. "L'exigence que le jugement soit fait par un organe impartial, tel que posée par l'article 10 PA, n'exclut pas que la CFB se forge son opinion sur la base d'un projet de décision de son Secrétariat, comme c'est usuel chez les autorités collégiales."[114] La CFB, dans son entier, est une autorité administrative de la Confédération en charge de tâches prudentielles. La CFB en tant que commission est placée au même rang que le directeur d'un office fédéral. Elle n'est pas une autorité judiciaire.

La discussion sur un dossier peut durer parfois plusieurs heures. Il arrive bien entendu que la proposition du Secrétariat soit modifiée ou renvoyée pour remaniement. Il n'est pas exclu que la CFB se montre plus sévère dans sa décision que ce qui a été proposé.

D. Informer les médias de la décision ?

Selon les cas, la délicate question de la publication des informations peut de nouveau se poser à la suite du prononcé d'une décision[115]. De manière générale, après la clôture d'une procédure, la CFB ne dévoile l'identité des banques concernées ni spontanément ni sur demande[116]. Elle décide des exceptions en fonction des circonstances de chaque cas particulier. S'agissant des individus, leur anonymat sera pratiquement toujours préservé en raison des exigences relatives à la protection de la personnalité, alors que dans certains cas particuliers, le nom des banques concernées ou des sociétés d'audit pourra être cité. Les critères qui entrent en considération pour permettre ce type d'exceptions sont les suivants :

- l'impact de l'affaire sur la politique en matière de surveillance (comme ce fut le cas dans l'affaire Abacha[117])
- l'état du débat public (un silence de la CFB est-il opportun lorsque tous les éléments essentiels ont déjà été dévoilés par des tiers, le cas échéant de façon incorrecte ? Le silence est-il possible lorsqu'une partie déclare publiquement qu'elle attend une décision de la CFB, et ce dans un certain délai ?)
- les intérêts des établissements concernés (qui peuvent tout simplement demander que l'information soit rendue publique)

---

113 Dans le sens contraire, la proposition de la CFB pour un comité des sanctions de la FINMA dans le Rapport de la CFB sur les sanctions (cf. n. 29 et 9).

114 TF 9.02.2006 (cf. note 101), cons. 3.2.3.

115 Cf. ci-dessus, note 45.

116 Sur la pratique d'anonymisation des décisions publiées, voir la préface du Bulletin de la CFB n° 49.

117 Cf. ci-dessus note 43.

– les contraintes des mesures décidées (la fermeture d'une banque ne peut nullement être tenue secrète, même pendant une heure, les tiers doivent immédiatement être mis au courant du prononcé d'une faillite bancaire, de même que de la liquidation d'un établissement non autorisé)
– le besoin de protéger les créanciers et les investisseurs (lesquels, par exemple, attendent à juste titre d'être protégés des offres douteuses disponibles sur internet auxquelles les autorités n'ont pu mettre fin à l'étranger et qui s'adressent en particulier aux investisseurs suisses).

Sur la base de ces critères, la CFB a tenté ces dernières années, et elle le tente toujours, de développer une pratique qui tienne compte de ces intérêts divers. C'est seulement dans des cas exceptionnels que la CFB a divulgué de manière non anonyme des informations relatives à des procédures closes. Un examen des décisions de la CFB publiées entre 2000 et 2004 fait état de 25 cas dans lesquels les noms ont été publiés, dont neuf faisaient suite à une décision de liquidation, dans quels cas les noms doivent de toute façon figurer au Registre du commerce.

V. Exécution de la décision

Une fois la décision prise, il reste encore à la mettre en œuvre. L'exécution (immédiate ou suspendue jusqu'à la fin de la procédure de recours) fait l'objet du dernier acte de notre drame.

A. Exécution immédiate de la décision ?

Dans ses décisions, la CFB traite souvent de la question de savoir si, comment et quand certaines parties déterminées d'une "décision contraignante" peuvent être exécutées. Depuis janvier 2007, les décisions de la CFB ne peuvent plus être contestées directement auprès du Tribunal fédéral. En revanche, elles peuvent faire l'objet d'un recours administratif devant le Tribunal administratif fédéral (TAF)[118]. Le recours a un effet suspensif, mais la CFB peut le retirer dans sa décision pour autant que celle-ci ne comporte pas de condamnation à une prestation pécuniaire. A la demande faite par la partie plaignante dans son recours, le TAF peut restituer l'effet suspensif[119].

La CFB renonce à l'exécution immédiate lorsque celle-ci n'est pas absolument nécessaire ou lorsque des mesures provisoires adéquates sont possibles. Cela n'est toutefois pas toujours le cas. La CFB évalue la nécessité d'une exécution immé-

[118] Cf. art. 24 al. 1 LB dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2007, également en ce qui concerne la LBVM à travers la suppression de l'art. 39 LBVM ; pour la LPCC, voir art. 141 LPCC.

[119] Cf. art. 55 al. 2 et 3 PA dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2007.

diate selon différents critères. Les intérêts des créanciers et des investisseurs revêtent une grande importance. Dans des cas particuliers, la clarification des questions ne peut souffrir aucun retard. Il est également important de savoir si l'existence d'une décision peut être maintenue secrète, par exemple au sein d'une banque. Les décisions d'ouverture de la faillite seront toujours immédiatement exécutées, celles relatives à la fermeture d'un établissement soumis à surveillance presque toujours. Les affaires décidées par la CFB ne sont pas toutes urgentes. Si, par exemple, la CFB exige qu'une personne soit relevée de ses fonctions d'organe en raison du défaut de garantie d'une activité irréprochable, l'exécution d'une telle décision peut en principe attendre l'entrée en force de la décision, c'est-à-dire au plus tard le moment de la décision de la dernière instance. De même, un retrait de l'autorisation n'est le plus souvent pas urgent si les intérêts des créanciers ou des investisseurs ne sont pas menacés[120].

B. Mesures provisoires

Des mesures provisoires de sûreté peuvent dans de nombreux cas remplacer l'exécution immédiate. Elles sont proposées en fonction de chaque cas particulier. Si la CFB décide d'ajourner l'exécution d'une liquidation prononcée, elle ordonnera au liquidateur qu'elle a nommé de ne prendre que des mesures de sûreté jusqu'à l'entrée en force de la décision et de s'abstenir d'effectuer des actes de liquidation proprement dits. La situation créée par une telle décision est néanmoins difficile pour toutes les personnes impliquées. D'où l'intérêt d'obtenir rapidement une décision judiciaire définitive.

VI. Epilogue

Avec l'exécution de la "décision contraignante", le drame procédural touche à sa fin, abstraction faite des moyens de recours qui ne sont pas traités ici. Devant le rideau déjà tombé, que vous soient tout de même présentées des observations générales sur la procédure devant la CFB. Partant d'une tentative d'adopter le point de vue de nos "clients", vous seront expliquées la stratégie et la position générale de la CFB concernant l'*enforcement*.

A. Le point de vue des personnes concernées

Essayons, pour un moment, de nous mettre dans la peau d'une personne concernée par une "procédure administrative contraignante". Ses réactions peuvent

[120] Cf. notamment le cas *Thorbecke* (Bulletin de la CFB n° 43, p. 150): aucune exécution immédiate du retrait de l'autorisation.

être variées. Par principe, l'intervention non désirée de l'Etat ne la réjouit pas. D'autant plus qu'au début de la procédure, les reproches susceptibles d'entrer en considération sont souvent peu clairs. Souvent, l'état de fait en cause doit être examiné à l'interne. Cela mobilise les ressources du service juridique, de la direction et de la *compliance* qui auraient été mieux utilisées ailleurs. L'irritation, l'insécurité, voire même la peur sont possibles. La colère que provoquent les reproches soi-disant non justifiés et la perte de temps est prévisible. Selon l'envergure de l'enquête, il y a des coûts considérables en perspective – internes et externes – pour les avocats et autres conseillers, de même que, le cas échéant, pour le chargé d'enquête nommé par la CFB. Tout compte fait, une perspective peu réjouissante que les personnes concernées auraient volontiers évitée. Se pose la question du choix de la bonne stratégie dans la procédure : faut-il rejeter les soupçons de la CFB et opter pour une stratégie de confrontation ou faut-il plutôt adopter la voie de la coopération ?

Les collaborateurs de la CFB doivent toujours avoir en tête ces possibles états d'esprit lors de leurs activités d'*enforcement*. Ils ne doivent pas pour autant s'écarter de leur mission, mais au contraire l'accomplir d'une manière encore plus consciencieuse et ciblée.

B. Stratégie d'"enforcement" de la CFB

En 2003, la CFB a préparé une stratégie pour l'ensemble de ses activités pour la période de 2004 à 2008[121]. S'agissant du domaine de l'*enforcement*, elle indique ce qui suit :

> "Les procédures visant une application contraignante du droit dans le domaine de la surveillance des établissements et du marché des valeurs mobilières sont laborieuses, coûteuses et mobilisent un grand nombre de ressources. Il faut donc se fixer des objectifs clairs, définir des axes prioritaires, concentrer ses forces sur les procédures essentielles et les accélérer. En contrepartie, il convient de renoncer aux procédures d'ordre secondaire ou d'importance mineure. Les procédures sont à conduire en toute impartialité mais avec fermeté dans le strict respect des règles de procédure."

C. Position de base concernant l'"enforcement"

Cette stratégie fait ressortir les principales exigences qui doivent guider l'activité d'*enforcement* de la CFB et les attentes envers les collaborateurs en charge de cette activité. Ceux-ci doivent conduire les procédures de façon professionnelle et équi-

[121] Publiée sur le site de la CFB : www.ebk.admin.ch/f/ebk/ziele/pdf/EBK-Strategie_f.pdf.

table. La communication est un facteur déterminant. Les parties doivent savoir à tout moment à quel stade se trouve la procédure. Il n'y pas de place pour les tracasseries. Les délais fixés sont certes serrés, mais uniquement dans la mesure nécessaire pour permettre à la CFB de passer à l'étape suivante.

Les procédures doivent être conduites avec une vision plus large et sans idée préconçue. Les collaborateurs de la CFB doivent être en position d'écarter les hypothèses de travail qui s'avèrent non fondées, sans pour autant perdre de vue l'essentiel de l'affaire. La ferveur des missionnaires est à éviter. Il faut réagir avec fermeté aux éventuelles tentatives de ralentir la procédure, notamment par des offres de preuves non pertinentes. Le temps étant un facteur important, se concentrer sur l'essentiel est primordial. Les procédures de la CFB doivent être terminées dans un délai raisonnable, c'est-à-dire au plus tard neuf mois après leur commencement. La devise de l'activité d'*enforcement* de la CFB doit se résumer en trois mots : équitable, mais ferme et ciblée.

DE LA CFB 2007 À LA FINMA 20..

Christian Bovet*

O combien le péril enrichirait les dieux,
Si nous nous souvenions des vœux qu'il nous fait faire !
Mais le péril passé, l'on ne se souvient guère
De ce qu'on a promis aux Cieux

Jean de La Fontaine**

I. Introduction

Cette citation de La Fontaine résume assez bien les hésitations que rencontre une partie du Parlement fédéral dans sa réforme de la surveillance bancaire et financière en Suisse, même s'il apparaît aujourd'hui qu'une majorité relativement claire se dessine en faveur de ce projet[1]. Sous réserve de la question du statut des collaborateurs[2], les points les plus importants de cette réforme devraient vraisemblablement être reçus positivement par le législateur. Il est en tous les cas vraisemblable que le projet de nouvelle loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (P-LAUFIN)[3] subira un certain nombre de modifications avant son adoption. On ne prend guère de risque en prédisant que ce projet ne bénéficiera pas du traitement de faveur réservé en octobre 2003 à la loi sur la

---

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève. L'auteur remercie vivement Diana Ivosevic Woollcombe, MBL (Genève et Lausanne), assistante d'enseignement et de recherche au Centre de droit bancaire et financier (CDBF), pour l'aide qu'elle lui a apportée dans la rédaction de cet article, en particulier de son appareil critique. Etat des liens internet au 31 mars 2007.

** *Jupiter et le passager*, Livre IX, Fable 13.

1 Communiqué de presse de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER CN), "Oui à la surveillance intégrée des marchés financiers", du 31 octobre 2006, disponible à l'adresse internet www.parlament.ch/f/mm-medienmitteilung.htm ?m_id=2006-10-31_057_01&langId.

2 Thévenoz L., "Le Conseil national approuve la création d'une autorité de surveillance intégrée", www.unige.ch/cdbf, actualité CDBF n° 497 du 7 mars 2007.

3 Message du Conseil fédéral du 1er février 2006 concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741 (ci-après Message P-LAUFIN). Cf. également FINWEB sur www.finweb.admin.ch.

Banque nationale[4]. L'avenir nous dira donc dans quelle mesure la contribution de Urs Zulauf[5] sur la procédure devant la Commission fédérale des banques (CFB) restera actuelle durant les prochaines années.

Le projet de loi sur la nouvelle autorité de surveillance (AUFIN ou FINMA)[6] touche de nombreuses lois[7], à savoir aussi bien (i) les lois sur les banques[8], les bourses[9], les placements collectifs de capitaux[10], la lutte contre le blanchiment d'argent[11], la surveillance des assurances[12], le contrat d'assurance[13] et les lettres de gage[14], que (ii) celles sur le Tribunal fédéral[15], le Tribunal administratif fédéral[16] et la procédure administrative[17]. C'est dire que le sujet est vaste.

Le présent article porte dès lors, essentiellement, sur les principaux changements dans le domaine restreint de la procédure administrative devant la FINMA. Cependant, quelques nouveautés devraient déjà intervenir en 2007, en raison de l'entrée en vigueur au mois de janvier des lois sur le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral (II). Les réformes ultérieures sont à l'état de projet et, dans le cadre que j'ai fixé, touchent à la structure de l'autorité (III) et à des aspects procéduraux particuliers (IV).

---

4 Adoption à l'unanimité des deux Chambres de la loi sur la Banque nationale suisse, du 3 octobre 2003 (LBN; RS 951.11). A ce propos, Bovet C., "Entraide administrative, *e-banking* et autres développements de la surveillance bancaire et financière", in: Thévenoz L. / Bovet C. (édit.), *Journée 2002 de droit bancaire et financier*, Berne (Staempfli) 2003, p. 165, *176 ss*.

5 Zulauf U., "Procédure devant la CFB ("enforcement"): drame en cinq actes et épilogue" dans le présent ouvrage.

6 Suivant l'option choisie par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (n. 2), nous utiliserons dans cette contribution l'appellation uniforme de "FINMA", plutôt que "AUFIN".

7 Art. 1 al. 1 Projet de la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2829 (ci-après P-LAUFIN).

8 Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (LB; RS 952.0).

9 Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, du 24 mars 1995 (LBVM; RS 954.1).

10 Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, du 23 juin 2006 (LPCC; RS 951.31), quand bien même le P-LAUFIN se réfère à l'ancienne loi sur les fonds de placement (LFP; RO 1994 2523).

11 Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, du 10 octobre 1997 (LBA; RS 955.0).

12 Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance, du 17 décembre 2004 (LSA; RS 961.01).

13 Loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (LCA; RS 221.229.1).

14 Loi sur l'émission de lettres de gage, du 25 juin 1930 (LLG; RS 211.423.4).

15 Loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110).

16 Loi sur le Tribunal administratif fédéral, du 17 juin 2005 (LTAF; RS 173.32).

17 Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021).

II. Procédure devant la CFB 2007

Les modifications qu'a apporté la réforme de la justice fédérale dans le domaine bancaire et financier sont connues[18] : dès le 1er janvier 2007, les décisions de la CFB pourront faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral[19], les jugements de ce dernier pouvant en principe être déférés au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public[20]. L'art. 83*h* LTF exclut cependant ce dernier moyen de droit lorsque la cause concerne une demande d'entraide administrative internationale. Par ailleurs, cette révision confère désormais à l'autorité de surveillance la faculté de recourir auprès du Tribunal fédéral contre les décisions du Tribunal administratif fédéral[21].

Alors que la réforme des juridictions fédérales a été amplement analysée, la doctrine a un peu négligé la révision de la loi fédérale sur la procédure administrative[22]. Pourtant ces amendements significatifs auraient pu justifier, eux aussi, une refonte complète de cette dernière loi. Dans le cadre limité de cette contribution, je n'aborderai que deux nouveaux groupes de dispositions.

A. Actes matériels

Dans le cadre des travaux parlementaires, le législateur a décidé d'introduire dans la loi fédérale sur la procédure administrative un nouvel art. 25*a* PA, traitant des actes matériels (*Realakte*)[23]. A teneur de cette disposition :

> "[1] Toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations :

---

18 Bovet C. / Richa A., "Règles de conduite, audit, entraide et autres développements de la surveillance bancaire et financière", in : Thévenoz L. / Bovet C. (édit.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2006, p. 135, *152 ss*.

19 Art. 33 lit. f LTAF.

20 Art. 86 al. 1 lit. a LTF.

21 Annexe à la LTAF (modification du droit en vigueur), ch. 145, nouvel art. 24 al. 1, phr. 2 LB.

22 Outre la révision de la loi sur la procédure administrative figurant en annexe à la loi sur le Tribunal administratif fédéral (RO 2006 2197, *2217 ss*), voir l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant l'adaptation d'actes législatifs aux dispositions de la loi sur le Tribunal fédéral et de la loi sur le Tribunal administratif fédéral, du 20 décembre 2006 (RO 2006 5599). En effet, ce dernier texte contient (RO 2006 5599, *5607*) en particulier des modifications de la loi sur les banques (nouvel art. 24 al. 3) et de la loi sur les bourses (amendement de l'art. 38 al. 5).

23 Annexe LTAF (modification du droit en vigueur), ch. 10, nouvel art. 25*a* PA. A ce propos, voir surtout l'étude détaillée de Müller M., "Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte", in : Tschannen P. (édit.), *Neue Bundesrechtspflege : Auswirkungen des Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz*, Berne (Stämpfli) 2007, p. 313.

a. s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque;
b. élimine les conséquences d'actes illicites;
c. constate l'illicéité de tels actes.
[2] L'autorité statue par décision."

Comme le souligne Alexandre Flückiger, les actes matériels posent "un défi de taille aux juristes, car leur caractéristique commune se définit de manière négative [ou résiduelle], en opposition au critère constitutif de la décision et de la norme: *tout acte dont l'objet premier n'est pas de produire un effet juridique, mais de susciter un effet de fait*. Cette définition n'exclut pas que des effets juridiques – voulus ou non – puissent en résulter, mais ils seront engendrés de manière secondaire."[24] Ces actes peuvent notamment déployer de tels effets lorsqu'ils risquent de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat. Les exemples d'actes matériels sont aussi nombreux que les multiples facettes de cette notion: changement de plaques dénommant une rue, mise à disposition du public de bâtiments administratifs ou de documents officiels, communication de renseignements[25], versement d'une prestation, actes internes à l'administration liés à son organisation ou à la préparation de décisions[26].

Si l'illustration du concept est aisée lorsqu'il s'agit de cas simples, son appréhension devient plus délicate quand on aborde des situations plus complexes, en particulier celles qui touchent les droits fondamentaux. De prime abord, l'histoire législative du nouvel art. 25*a* PA pourrait encore compliquer l'approche de cette notion[27]. En effet, le Conseil fédéral a affirmé dans son Message de 2001 que les "actes purement matériels" (*blosse Realakte*) ne devraient pas être considérés comme des objets susceptibles de recours[28]. Or la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a proposé en 2003 d'intégrer dans la loi fédérale

---

[24] Flückiger A., "Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires", in: *Rapports à la Société suisse des juristes* 2004, p. 159, *182 s*. (souligné par l'auteur; références omises). Pour une définition et une illustration récentes, ATF 131 IV 32, *X. c. Ministère public du canton de Vaud*, consid. 3.

[25] Il convient cependant de rappeler que la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, du 17 décembre 2004 (LTrans; RS 152.3), n'est pas applicable à la CFB (art. 2 al. 2 LTrans) et, *a fortiori*, à la future FINMA (cf. annexe au P-LAUFIN [modification du droit en vigueur], ch. 1, FF 2006 2847).

[26] Pour d'autres exemples, Flückiger, (n. 24), p. 184 et 187 s.

[27] A ce propos, Tophinke E., "Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung" in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 2006, p. 88, *95*, n. 39.

[28] Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, du 28 février 2001, FF 2001 4184. Voir aussi les auteurs cités dans le message, ainsi que l'extrait de Tschannen P., "Amtliche Warnungen und Empfehlungen", in: RDS II 1999, p. 353, *390*, cité par Flückiger, (n. 24), p. 186.

sur la procédure administrative une règle traitant des actes matériels, s'inspirant surtout de l'art. 15 de la loi sur la protection des données[29], mais aussi des art. 28 ss du Code civil et de l'art. 5 de la loi sur l'égalité[30]. Le rapporteur de la commission indiquait alors que : "Diese [Regelung] dürfte jedoch unbestritten und richtig sein."[31] Il n'est cependant pas exclu que l'on puisse réconcilier les positions du gouvernement et du Parlement : le nouvel art. 25*a* PA ne vise pas n'importe quel acte matériel, mais seulement, selon son texte, ceux qui touchent de manière illicite à des droits ou à des obligations de l'administré. Les actes **purement** matériels, sans effets juridiques, n'entrent donc pas dans le champ d'application de la novelle. Qui plus est, on peut sérieusement se demander si les actes matériels visés par l'art. 25*a* PA ne devraient pas en outre revêtir une certaine intensité pour justifier le prononcé d'une décision motivée et l'accès au juge[32].

En définitive, ce sont la pratique et la jurisprudence qui définiront le rôle et la portée exacts de cette norme. Dans le domaine de la surveillance bancaire et financière, on peut envisager que, par exemple, certaines communications de la CFB, qui ne faisaient, jusqu'à ce jour, pas nécessairement l'objet d'une décision, tombent sous le coup de l'art. 25*a* PA[33]. De même, des actes d'investigation accomplis, notamment, dans l'exécution d'enquêtes en matière de lutte contre le blanchiment ou de contrôle de l'application de sanctions internationales, pourraient eux aussi amener les assujettis à exiger des décisions selon le deuxième alinéa de cette nouvelle règle, alors que certaines autorités se sont montrées en l'état plutôt réticentes à procéder de la sorte.

Quoi qu'il en soit, le requérant devra établir un intérêt digne de protection. Cette condition est similaire à celle que l'on trouve au nouvel art. 48 al. 1 lit. c PA[34] et à l'art. 89 al. 1 lit. c LTF[35] ; l'interprétation de ces dispositions doit dès lors être semblable, pour des raisons évidentes de cohérence. Dans le même esprit,

---

29 Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (LPD ; RS 235.1).

30 Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995 (LEg ; RS 151.1).

31 Schweiger R., séance du 22 septembre 2003 (BO CE 2003 872).

32 Voir à ce propos l'avis de droit de l'Office fédéral de la Justice sur les mesures de contrainte, du 31 janvier 2005, JAAC 70.46, en particulier ch. 3.2 (citant notamment l'ATF 106 Ib 109 à la n. 12 ["visites corporelles"]) et ch. 3.4.2 (avec plusieurs références supplémentaires en relation avec l'art. 25*a* PA).

33 D'autres actes sont clairement visés par des décisions (nomination d'un chargé d'enquête, mise en observation).

34 A propos de cette règle, p. ex. Manfrini P. L., "Le Tribunal administratif fédéral", in : Bellanger F. / Tanquerel T. (édit.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2006, p. 25, *34 s*.

35 A propos de cette règle, p. ex. Bellanger F., "Le recours en matière de droit public", in : Bellanger F. / Tanquerel T. (édit.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2006, p. 43, *58 ss*.

il convient d'exiger du requérant qu'il soit en outre "spécialement" ou "particulièrement" atteint (*besonders berührt ist*) par l'acte matériel en question[36]. Cette interprétation s'appuie aussi bien sur le texte de l'art. 25*a* PA ("*touchant* à des droits ou obligations")[37] que sur l'objectif de protection juridictionnelle prôné par le législateur.

B. Communications procédurales électroniques

Dans le cadre de la loi sur le Tribunal administratif fédéral, le Parlement a adopté une série de dispositions destinées à mettre en place tant les modalités de communications électroniques des parties à l'égard des autorités (nouveaux art. 11*b* al. 2 et 21*a* PA) que la notification de décisions par voie électronique (nouvel art. 34 al. 1bis PA)[38]. Ces normes – qui concernent les rapports devant les autorités administratives de première instance (p. ex. la CFB) et le Tribunal administratif fédéral[39] – font écho à celles régissant la même problématique lors de procédures conduites par notre Haute Cour[40].

En substance, il s'agit d'assurer électroniquement les exigences formelles liées à la communication d'actes de procédure tels que des mémoires de recours pour lesquels la loi sur la procédure administrative impose la signature du recourant ou de son mandataire (art. 52 PA). L'équivalent virtuel de cette dernière formalité, qui doit en particulier permettre l'identification de la personne, ne peut être assuré en l'état de la technique que par une signature électronique basée sur un certificat qualifié émis par un fournisseur de services de certification reconnu au sens de la loi fédérale sur la signature électronique[41]. A la fin de l'année 2006, il n'existait cependant en Suisse qu'un nombre très limité de fournisseurs de services de certification[42] et aucun d'eux ne délivrait alors des certificats qualifiés[43] à des particuliers.

---

36 Art. 48 al. 1 lit. b PA et 89 al. 1 lit. b LTF par analogie.

37 Souligné par l'auteur. Le texte allemand de l'art. 25*a* PA est encore plus explicite : "welche [...] Rechte oder Pflichten *berühren*".

38 Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, (n. 28), p. 4067 ss.

39 Voir en particulier la liste des décisions de l'art. 5 PA.

40 Art. 39 al. 2, 42 al. 4, 48 al. 2 et 60 al. 3 LTF, ainsi que les dispositions du Règlement du Tribunal fédéral sur la communication électronique avec les parties et les autorités précédentes, du 5 décembre 2006 (RCETF ; RS 173.110.29).

41 Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, du 19 décembre 2003 (SCSE ; RS 943.03), en particulier art. 2 lit. f et 3. Eg. ordonnance sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, du 3 décembre 2004 (OSCSE ; RS 943.032) et ordonnance de l'OFCOM sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique, du 6 décembre 2004 (RS 943.032.1).

42 A notre connaissance, deux.

43 Cf. art. 7 SCSE.

Or la révision du 17 juin 2005 de la loi sur la procédure administrative habilite le Conseil fédéral, durant les dix ans suivant l'entrée en vigueur la loi sur le Tribunal fédéral, à "restreindre la possibilité de déposer des écrits par voie électronique aux procédures se déroulant devant certaines autorités"[44]. Le manque de volonté des autorités administratives fédérales consultées à figurer sur la liste visée par cette disposition et surtout l'état technologique qui vient d'être décrit ont amené le Département fédéral de justice et police à reporter au milieu voire à la fin de l'année 2007 la concrétisation de ces nouvelles règles de procédure administrative. Le Conseil fédéral devrait alors adopter une ordonnance définissant précisément le format de ces communications électroniques pour qu'elles soient reconnues valables légalement.

III. Structure de la FINMA

Le Conseil fédéral propose de créer un nouvel établissement de droit public fédéral qui remplacerait l'actuelle CFB[45].

A. Forme juridique et autonomie

La forme juridique choisie peut *a priori* surprendre dans la mesure où, en matière de régulation, elle n'a été retenue que dans des domaines spécifiques pour succéder à des unités administratives déterminées et favoriser l'application – pas toujours avec succès[46] – de règles de *new public management*, en particulier d'autonomisation. Le choix du gouvernement[47] peut se justifier afin de:

– permettre l'intégration dans la nouvelle autorité des marchés financiers de l'Office fédéral des assurances privées[48] et de l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment[49], dont les champs d'activité sont en outre fort variés;

---

44 Disposition finale de la modification de la PA, du 17 juin 2005 (RO 2006 2197, *2227*). Cpr. art. 33*b* al. 5 P-LBVM annexé à P-LAUFIN (FF 2006 2829, *2862*).

45 Art. 4 P-LAUFIN.

46 Les deux exemples donnés par le Message P-LAUFIN (n. 3), p. 2770, sont l'Institut suisse de la propriété intellectuelle et l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic). Si le premier est généralement reconnu comme une véritable réussite, le second a essuyé de nombreux reproches, qui ont conduit en particulier à la démission du directeur général et d'autres cadres de cette institution. Voir à ce propos le communiqué de presse de Swissmedic, du 19 octobre 2006, disponible sur www.swissmedic.ch/Archiv/Medienmitteilung_19_10_06-f.pdf.

47 Message P-LAUFIN, (n.3), p. 2751.

48 Annexe (liste des unités de l'administration fédérale) à l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, du 25 novembre 1998 (OLOGA; RS 172.010.1).

49 Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, du 25 novembre 1998 (OLOGA; RS 172.010.1).

– garder une structure souple destinée à accueillir, le cas échéant, de nouvelles activités de surveillance ou à s'adapter plus rapidement à des changements de situations dans les tâches définies par le projet de loi ;
– opter pour une formule ressemblant à celle que l'on rencontre dans d'autres juridictions ayant adopté un nouveau régime dans un passé relativement récent[50], facilitant ainsi la position de l'autorité suisse dans ses relations internationales[51] ;
– renforcer l'autonomie et l'indépendance de l'autorité de surveillance des marchés financiers[52].

S'agissant des deux derniers aspects, on soulignera que la création d'un établissement de droit public ne peut reposer uniquement sur ces deux arguments, mais doit au contraire se fonder sur une perspective plus large. En effet, la CFB fait partie – avec la Commission de la concurrence (Comco)[53] et la Commission fédérale de la communication (ComCom)[54] – d'un groupe de commissions extra-parlementaires[55] indépendantes du pouvoir politique et des opérateurs économiques qu'elles surveillent. Aucune de ces institutions ne revêt la forme d'un établissement de droit public. L'indépendance est garantie avant tout par leur composition et les qualités de leurs membres[56], plutôt que par la forme juridique

---

50 P. ex. la *Financial Services Authority* (FSA) au Royaume-Uni (www.fsa.gov.uk) et la *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BaFin) en Allemagne (www.bafin.de).

51 Sur le plan international, voir notamment les *Core Principles for Effective Banking Supervision*, publiés par le Comité de Bâle en septembre 1997 et révisés en octobre 2006, disponibles sur www.bis.org/publ/bcbs129.pdf ; *Objectives and Principles of Securities Regulation* de l'*International Organization of Securities Commissions*, de mai 2003, disponibles sur www.iosco.org./library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf ; *Insurance Core Principles and Methodology* émis par l'*International Association of Insurance Supervisors* en octobre 2003, disponibles sur www.iaisweb.org/__temp/Insurance_core_principles_and_methodology.pdf.

52 Voir en particulier art. 21 P-LAUFIN : "[la FINMA] exerce son activité de manière autonome et indépendante."

53 Voir www.weko.admin.ch.

54 Voir www.comcom.admin.ch.

55 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (LCart ; RS 251) ; loi sur les télécommunications, du 30 avril 1997 (LTC ; RS 784.10) et ordonnance sur les commissions extra-parlementaires, les organes de direction et les représentants de la Confédération, du 3 juin 1996 (ordonnance sur les commissions ; RS 172.31), modifiée par l'ordonnance portant adaptation d'ordonnances du Conseil fédéral à la révision totale de la procédure fédérale, du 8 novembre 2006 (RO 2006 4705, *4710*).

56 Bovet C., "Composition et récusation des autorités de la concurrence : *of tigers and pussy cats*", in : Bovay B. / Nguyen M. S. (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Berne (Staempfli) 2005, p. 195, *200 ss*. Dans le domaine des télécommunications, voir ch. 5 de l'Annexe ("Engagements additionnels concernant les télécommunications de base") à la Liste d'engagements spécifiques (Supplément 3) de la Suisse, dans le cadre du Quatrième Protocole concernant l'Annexe sur les négociations sur les télécommunications de base de l'Accord général sur le commerce des services (GATS/SC/83/Suppl.3).

définie par le législateur. La FINMA gagnerait en revanche en autonomie grâce à ce nouveau régime, l'actuel rattachement administratif de la CFB au Département fédéral des finances[57] étant en principe remplacé par la conduite d'entretiens réguliers avec le gouvernement afin d'examiner "la stratégie en matière de surveillance et les questions d'actualité relevant de la politique applicable à la place financière"[58].

L'autonomie et l'indépendance, affirmées à l'art. 21 al. 1 P-LAUFIN, sont toutefois en contradiction avec la règle de l'art. 9 al. 1 lit. a de ce même texte qui impose à la FINMA de soumettre ses objectifs stratégiques "à l'approbation du Conseil fédéral pour approbation [sic !]".

Le Message du Conseil fédéral ne nous éclaire guère sur la volonté politique du législateur. En effet, ce texte laisse à penser que le gouvernement entend lui-même restreindre la portée de cette tâche, puisqu'il indique – après avoir soutenu, quelques paragraphes plus haut, que celle-ci constituait "un instrument essentiel pour la stratégie de propriétaire du Conseil fédéral"[59] – que "la haute surveillance doit se limiter […] à un contrôle politique externe, qui n'exercera aucune influence directe sur la conduite des activités de l'unité considérée. […] Le contrôle du Conseil fédéral consiste dès lors à vérifier que l'Autorité de surveillance des marchés financiers fonctionne correctement et qu'elle gère de manière appropriée les ressources mises à sa disposition"[60]. Certes, le second extrait du Message est lié à l'art. 21 al. 4 du projet qui, du point de vue du gouvernement, traite du contrôle financier de l'institution. On risque néanmoins de rencontrer quelques difficultés lorsqu'il s'agira de procéder à une interprétation authentique de ces textes, ce d'autant que, de manière nuancée, le Message affirme dans ce contexte que la FINMA exercera une "fonction indépendante relevant de la justice administrative"[61] et qu'elle devrait dès lors, du point de vue de la haute surveillance, être assimilée à un tribunal. Or il convient de préciser que le Tribunal fédéral a confirmé à plusieurs reprises que la Commission fédérale des banques – et par analogie la future FINMA – ne peut pas être considérée comme une autorité judiciaire et appartient en conséquence aux unités de l'administration fédérale visées à l'art. 178 de la Constitution fédérale[62, 63].

---

57 Art. 23 al. 3 LB et 8 al. 1 OLOGA. Cep. alinéa 3 de l'art. 21 P-LAUFIN et Message P-LAUFIN, (n.3), p. 2785.

58 Art. 21 al. 2 P-LAUFIN.

59 Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2785.

60 Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2786.

61 Ibidem.

62 RS 101.

63 P. ex. ATF 131 II 13 Swisscom, consid. 3.2 (avec d'autres références). Sur les conséquences d'un point de vue procédural, p. ex. Bovet C., (n. 56), p. 196 ss.

Comme le souligne à juste titre le Professeur Ulrich Zimmerli :

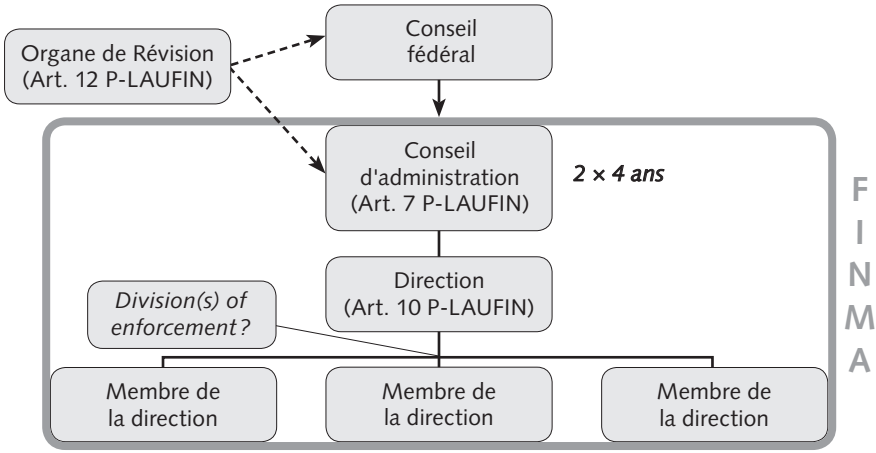
> "Die FINMA ist etwas grundlegend anderes als ein vom Bund beherrschter ausgelagerter Betrieb, der sich im wirtschaftlichen Wettbewerb zu bewähren hat (wie etwa die Post oder die RUAG). Sie nimmt spezifische und anspruchsvolle hoheitliche Aufgaben im Bereich der Wirtschaftsaufsicht wahr und bedarf der institutionellen Unabhängigkeit, wenn sie – auch aus internationaler Sicht – glaubwürdig sein soll. Es ist Sache des Gesetzgebers, die Eckwerte für die Aufsichtstätigkeit so präzise zu umschreiben, dass sie vom Verwaltungsrat – und nur von ihm – umgesetzt werden können."[64]

Au demeurant, le gouvernement conserve un contrôle indirect sur le budget de la FINMA : bien que l'approbation de ce dernier soit de la compétence du conseil d'administration de l'autorité de surveillance[65], il appartient au Conseil fédéral de définir la composition et les modalités de la taxe de surveillance[66].

B. Organisation interne

Quant à l'organisation interne de la FINMA, on se bornera, dans le cadre limité de cette contribution, à la présenter de manière schématique :

Structure de la FINMA



[64] Zimmerli U., Stellungnahme : BG über die Eidg. Finanzmarktaufsicht – Hearing vor der WAK-N vom 30. Oktober 2006, p. 2.

[65] Art. 9 al. 1 lit. j P-LAUFIN.

[66] Art. 15 al. 3 et 4 P-LAUFIN.

La répartition effective des tâches entre le conseil d'administration et la direction constitue une question cruciale, dans la mesure où la seconde sera au bénéfice d'une clause générale de compétence[67] et constituera dès lors, selon toute vraisemblance, le principal organe de décision de la FINMA[68].

Toutefois, l'ampleur de ce pouvoir dépendra en grande partie de l'interprétation qui sera donnée à l'expression "affaires de grande portée"[69], définissant une des compétences centrales du conseil d'administration. Une fois encore[70], le Message du Conseil fédéral n'est pas d'une grande aide, et il faudra certainement attendre l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pour connaître précisément l'étendue des compétences que le conseil d'administration entend en réalité s'octroyer. On peut cependant déduire des explications du gouvernement que les "affaires de grande portée" sont constituées des décisions ou déterminations :

- "qui revêtent […] une importance stratégique" ;
- qui sont "de grande portée préjudicielle" ; *ou*
- qui entraînent "de graves conséquences pour l'économie ou la politique de surveillance (telle que la fermeture d'une grande banque ou entreprise d'assurance)"[71].

Ces trois hypothèses ont une relation alternative entre elles et n'ont aucun caractère exhaustif. Elles soulignent surtout le champ de compétence relativement large qu'il appartiendra à la FINMA de définir plus exactement au fil de sa pratique. Bien qu'étendue, il apparaît toutefois acquis que l'ampleur de la matière est considérablement plus limitée que celle couverte aujourd'hui par la Commission.

Enfin, la réunion de plusieurs organismes en une seule entité soulève la question délicate de l'unité qui sera en charge, au sein de la FINMA, des enquêtes afin d'établir les faits, de vérifier les soupçons ou les indices de violation de la loi, d'exécuter des mesures de surveillance (notamment provisionnelles) ou encore de préparer voire de prononcer des sanctions[72]. En substance, cette unité pourrait en partie ressembler à la *division of enforcement* de la *US Securities and Exchange Commission* dont la tâche est, en particulier, décrite comme suit sur son site internet[73] :

> "One type of proceeding, for a cease and desist order, may be instituted against any person who violates the federal securities laws. The Commission may order the respondent to disgorge ill-gotten funds in these

---

67 Art. 10 al. 2 lit. c P-LAUFIN.
68 Art. 10 al. 2 lit. a P-LAUFIN.
69 Art. 9 al. 1 lit. b P-LAUFIN.
70 Supra section III.A.
71 Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2775.
72 Infra section IV.B.
73 Voir www.sec.gov/divisions/enforce.shtml.

proceedings. With respect to regulated entities (e.g., brokers, dealers and investment advisers) and their employees, the Commission may institute administrative proceedings to revoke or suspend registration, or to impose bars or suspensions from employment. In proceedings against regulated persons, the Commission is authorized to order the payment of civil penalties as well as disgorgement."

A mon avis, ces tâches devraient être confiées à une seule division, plutôt qu'à plusieurs unités dispersées selon les secteurs (banques, négociants, placements collectifs, assurance, lutte contre le blanchiment, etc.). Cette manière de faire assurera une meilleure cohérence en promouvant une culture commune aux différents domaines par l'autorité de surveillance. De même, elle garantira certaines économies d'échelle – en personnel et formation par exemple – ainsi que des gains en efficacité.

IV. Innovations procédurales

Le projet de loi sur la FINMA contient plusieurs propositions qui devraient modifier la procédure devant l'autorité de surveillance. Il faut toutefois modérer le propos, dans la mesure où certaines dispositions visent essentiellement, dans un souci d'harmonisation, à reprendre dans la nouvelle loi des règles ou principes déjà existants.

A. Communications aux intéressés et au public

1. Annonce de l'ouverture d'une procédure

A teneur de l'art. 30 P-LAUFIN, "[s]i des indices donnent à penser que des règles prudentielles ont été enfreintes et que [la FINMA] ouvre une procédure, elle en avise les personnes concernées." La rédaction de la première partie de cette disposition rappelle celle de l'art. 27 al. 1, phr. 1 LCart, qui prévoit que "[s]'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission." Cette analogie m'amène à formuler quatre réflexions:

– Contrairement à la loi sur les cartels, le projet LAUFIN n'indique pas quel organe de la FINMA sera compétent pour décréter l'ouverture d'une enquête. Ce point devra cependant être défini dans le règlement d'organisation édicté par le conseil d'administration[74]. En raison de la répartition des tâches pré-

[74] Art. 9 al. 1 lit. i P-LAUFIN.

vues par le projet de loi, cette compétence appartiendra selon toute vraisemblance à la direction. Une information à la présidence de la FINMA pourrait néanmoins être prévue, notamment pour permettre à l'organe suprême de déterminer si l'on est en présence d'une "affaire de grande portée"[75].

– La recherche et la récolte d'informations préalables à une enquête au sens de l'art. 30 P-LAUFIN n'impliqueront aucune annonce aux personnes concernées. Telles qu'indiquées par le Message du Conseil fédéral, ces démarches, que l'on peut assimiler à l'enquête préalable de l'art. 26 LCart, font partie des "activités de surveillance" ordinaires de l'autorité[76].
– De même, par analogie avec le droit de la concurrence[77], l'ouverture d'une enquête selon l'art. 30 P-LAUFIN ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 PA[78]. Dans la mesure où les droits ou les obligations des personnes ou établissements visés ne sont pas "touchés" au sens de l'art. 25*a* PA[79], l'ouverture d'une enquête ne devrait pas non plus être qualifiée d'acte matériel selon cette dernière règle.
– En revanche, il existe une différence entre, d'une part, le régime de la loi sur les cartels qui exige que l'ouverture d'une enquête par la Commission de la concurrence donne lieu à une communication publique[80] et, d'autre part, celui du projet LAUFIN qui se contente d'imposer à l'autorité une annonce "privée" aux personnes concernées. Il convient cependant de souligner que les objectifs ne sont pas les mêmes : dans le premier cas, il s'agit d'aviser d'éventuels participants à l'enquête de l'ouverture de celle-ci[81] ; dans le second, avant tout de permettre aux personnes directement concernées de faire valoir leurs droits.

---

75 Supra section III.B.

76 Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2793.

77 En particulier, Krauskopf P. / Schaller O. / Bangerter S., "Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden", in : Geiser T. / Krauskopf P. / Münch P. (édit.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2005, p. 471, *490*, N 12.47 (avec d'autres références). Contra Carron B., ad art. 27 LCart, N 20 ss, in : Tercier P. / Bovet C. (édit.), *Droit de la concurrence*, Commentaire romand, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2002.

78 Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2793.

79 Supra section II.A.

80 Art. 28 LCart.

81 A ce sujet, Bovet C., "Les tiers devant les Commissions fédérales des banques, de la concurrence et de la communication" in : Tanquerel T. / Bellanger F. (édit.), *Les tiers dans la procédure administrative, Journée de droit administratif 2003*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2004, p. 145, *154 ss*.

2. *Information de tiers en cours de procédure*

Les membres et collaborateurs de la FINMA seront tenus au secret de fonction[82]. L'art. 22 al. 2 P-LAUFIN prévoit toutefois une exception notable à cette règle lorsque l'intérêt public le justifie. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de protéger des acteurs financiers ou des assujettis[83], y compris en rectifiant des informations fausses ou fallacieuses[84], ou lorsqu'il en va de la réputation de la place financière suisse[85].

La politique de l'autorité devrait rester restrictive à cet égard. D'abord, le texte du projet insiste clairement sur le principe en commençant par rappeler que la FINMA ne doit donner aucune information sur des procédures particulières. Ensuite, la disposition précise que l'exception ne peut intervenir que si elle apparaît comme une "nécessité", qui plus est "dictée par le droit de la surveillance". Il en résulte que seule cette composante de l'intérêt public peut légitimer des communications à des tiers[86]. Enfin, le Conseil fédéral souligne que la levée du secret de fonction ne peut intervenir que dans des "situations exceptionnelles"[87] et, qu'en particulier, le motif tiré du renom de notre place financière "ne sera pas pris à la légère"[88].

3. *Publication de la décision en tant que sanction*

En Suisse, il y a une certaine réticence à l'égard du procédé dit de "*naming and shaming*", une pratique de l'autorité qui consiste à dénoncer publiquement les établissements coupables de manquements, avec tout ou partie des indications relatives aux personnes concernées[89]. C'est ainsi que, dans le cadre de la consultation sur la nouvelle loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), la CFB a relevé elle-même que "[l]es milieux consultés ont […] clairement rejeté le 'naming and shaming'"[90].

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de s'exprimer en partie à ce propos, dans le domaine connexe de l'entraide internationale administrative boursière[91]:

> "Lorsqu'une violation des règles sur les marchés financiers a été dûment constatée par l'autorité de surveillance étrangère à l'issue d'une procédure

82 Art. 14 P-LAUFIN.
83 Art. 22 al. 2 lit. a P-LAUFIN.
84 Idem, lit. b.
85 Idem, lit. c.
86 Voir ég. supra n. 25.
87 Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2787.
88 Ibidem.
89 A ce propos, Zulauf U., (n. 5), section IV.D, dans le présent ouvrage.
90 Rapport de gestion CFB 2004, p. 60.
91 Art. 38 LBVM.

> contradictoire, la publication de la décision infligeant une sanction pécuniaire est alors admissible sous l'angle de l'art. 38 al. 2 LBVM, même si les conditions pour accorder la retransmission des données aux autorités pénales ne sont pas réalisées. Il ne se justifie plus de protéger de manière absolue les personnes dont il est établi qu'elles ont commis des manquements à la législation en matière de marchés financiers. Le principe de la confidentialité ne s'applique donc pas de manière absolue lorsque la procédure administrative est terminée et qu'une sanction administrative a été prononcée à l'encontre d'un investisseur peu scrupuleux. En résumé, si la publicité de l'enquête administrative est incompatible avec l'art. 38 al. 2 LBVM (sous réserve du cas prévu aux ATF 128 II 407 ss), la publicité de la sanction pécuniaire prise à l'issue d'une procédure administrative contradictoire est en revanche normalement admissible."[92]

Le projet de LAUFIN reprend en bonne partie ces réflexions et définit clairement les limites de cette procédure, encadrant de manière significative la nouvelle norme entre deux autres dispositions traitant (également) des sanctions : les art. 33 (interdiction d'exercer) et 35 (confiscation). En premier lieu, la publication ne peut être envisagée que pour les graves violations des règles prudentielles ; l'autorité doit donc faire preuve d'une certaine retenue et prendre en compte aussi bien l'intérêt public consistant à attirer l'attention de tiers sur cette décision, pour des motifs de prévention ou de protection notamment, que les intérêts privés des établissements ou personnes physiques touchées par cette mesure. Le Message du Conseil fédéral illustre cela en citant comme exemples les décisions constatant une grave infraction aux règles prudentielles ou prononçant le retrait de l'autorisation, de la reconnaissance, de l'agrément ou de l'enregistrement[93].

L'art. 34 P-LAUFIN pose en outre deux exigences de nature procédurale : d'une part, seule une "décision finale ayant force de chose jugée" peut faire l'objet d'une publication. En d'autres termes, l'ensemble des voies de recours doit avoir été épuisée, le Message insistant encore sur le fait que la décision doit être exécutoire et que la situation juridique doit avoir été réglée de manière définitive[94]. D'autre part, la publication de la décision doit être prévue expressément dans le dispositif de cette dernière[95].

---

92 ATF 129 II 484 *Compagnie Européenne de Casinos*, consid. 3.2. Voir aussi les art. 28*a* al. 2 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), art. 9 al. 2 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (LCD ; RS 241), et art. 68 du Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0), relatifs à la publication de jugements.

93 Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2795.

94 Ibidem.

95 Art. 34 al. 2 P-LAUFIN.

B. Mesures et sanctions

La CFB a longtemps milité pour qu'elle dispose d'un véritable pouvoir de sanctionner, plutôt que d'ordonner des mesures administratives[96]. Le Conseil fédéral propose ainsi un certain nombre d'innovations destinées à combler en partie cette lacune, tout en faisant le lien aussi souvent que possible avec les dispositions du Code pénal[97].

Par rapport au régime actuel des lois sur les banques et sur les bourses, le projet de LAUFIN oriente les changements dans deux grandes directions: d'une part, le gouvernement propose (i) dans un souci de standardisation notamment, d'opérer un transfert vers la loi générale d'un certain nombre d'états de fait[98], (ii) d'abroger des règles inutiles ou faisant double emploi[99] et, ainsi, (iii) de réduire la liste des infractions apparaissant dans les lois spéciales précitées[100]. D'autre part, une augmentation du montant des amendes est prévue: alors qu'aujourd'hui l'exercice sans autorisation d'une activité bancaire ou boursière est sanctionné d'une amende maximale de, respectivement, CHF 50 000[101] ou 200 000[102], celle-ci serait portée à CHF 1 000 000 dans le nouveau système[103]. Etrangement, l'amende est deux fois supérieure à cette somme pour les omissions de déclarer des opérations boursières soumises à annonces[104]. Le Conseil fédéral n'entend cependant

---

96 Cf. Rapport de la CFB sur les sanctions, avril 2003; Deuxième rapport partiel de la Commission d'experts sur les sanctions dans la surveillance des marchés financiers, août 2004; Système de sanctions de l'autorité de surveillance – Plaidoyer en faveur d'un arsenal plus moderne, exposé de Kurt Hauri, conférence de presse CFB 2003. Ces trois documents sont disponibles à l'adresse internet www.ebk.admin.ch/f/dossiers/index.html.

97 Rappelons à ce propos la modification importante du Code pénal entrée en vigueur le 1er janvier 2007 (RO 2006 3459). Il va de soi que la présente contribution prend en compte ces changements, bien que le Message du Conseil fédéral date du 1er février 2006.

98 Voir en particulier la liste citée dans le Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2813, en relation avec l'art. 46 LB.

99 Ibidem, en relation avec les lit. e et g de l'actuel art. 46 al. 1 LB.

100 Il n'en demeure pas moins que certaines infractions subsistent voire amèneront le juge à appliquer les principes habituels d'interprétation (*lex specialis*; art. 2). Par exemple, l'art. 44 al. 1 P-LAUFIN prévoit l'emprisonnement ou une amende maximale de CHF 1 000 000 à l'encontre de quiconque exerce sans autorisation une activité financière soumise à ce régime, alors que l'art. 46 al. 1 lit. a P-LB introduit par les dispositions finales de P-LAUFIN (Annexe de P-LAUFIN [modification du droit en vigueur], ch. 15) prévoit la même peine pour celui qui "aura indûment accepté des dépôts du public ou des dépôts d'épargne" (cas repris de l'actuel art. 46 al. 1 lit. f LB, qui avait été introduit sans explication particulière dans le cadre du programme consécutif au rejet de l'Accord EEE [FF 1993 I 757]). Dans la pratique, on peut imaginer que la quasi-totalité des cas tombant sous le coup de la seconde disposition seront aussi couverts par la première. On pourrait donc, semble-t-il, faire l'économie de la norme spéciale.

101 Art. 46 LB.

102 Art. 40 LBVM.

103 Cf. n. 100.

104 Art. 41 P-LBVM introduit par les dispositions finales du P-LAUFIN.

pas aller jusqu'à introduire un régime semblable à celui en vigueur dans le domaine de la concurrence, où le montant de l'amende peut aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices[105].

Outre la publication de la décision[106], le Conseil fédéral prévoit d'introduire une disposition permettant d'*interdire* à une personne – sans égard au niveau hiérarchique occupé par celle-ci au moment du prononcé de la mesure – *d'exercer une fonction dirigeante* dans l'établissement d'un assujetti[107]. Le gouvernement entend ainsi combler une lacune en permettant à l'autorité de surveillance d'intervenir à l'encontre de personnes n'exerçant pas une fonction dirigeante. Selon le Message, la cible de cette nouvelle norme sont "les grandes sociétés assujetties qui comportent plusieurs niveaux hiérarchiques. Dans de tels cas, le responsable n'est généralement pas un représentant de la direction, de sorte qu'aucun responsable ne peut être recherché."[108] Les règles sur la garantie d'une activité irréprochable des dirigeants et, pour les négociants, des collaborateurs responsables seront maintenues[109] ; la longue et importante pratique de la CFB dans ce domaine continuera donc à exister, voire à se développer sous l'empire de la FINMA[110]. Cette mesure administrative, à la fois préventive et répressive, revêt le caractère d'une véritable sanction, mais se distingue de la mesure pénale de l'art. 67 CP. En premier lieu, celle-ci accompagne une peine privative de liberté de plus de six mois ou une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende et vise à prévenir d'autres abus. Ensuite, la norme pénale vise toutes les infractions commises dans l'exercice d'une profession, alors que le projet de nouvelle loi sur la surveillance ne concerne que les violations graves des règles prudentielles (par opposition à une escroquerie qui ne toucherait pas ces aspects par exemple). De même, l'art. 67 al. 2 CP va plus loin que l'art. 33 P-LAUFIN dans la mesure où il prévoit que :

> "L'interdiction d'exercer une profession défend à l'auteur d'exercer cette activité de manière indépendante, en tant qu'organe d'une personne morale ou d'une société commerciale ou au titre de mandataire ou de représentant d'un tiers. Si le danger existe que l'auteur abuse de son activité professionnelle pour commettre des infractions alors qu'il agit selon les directives et sous le contrôle d'un supérieur, l'exercice de cette activité lui est entièrement interdite."

---

105 Art. 49*a* al. 1 Lcart. Voir ég. art. 60 al. 1 LTC qui prévoit une amende d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires *moyen* réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

106 Supra section IV.A.3.

107 Art. 33 P-LAUFIN. Sur cette question, voir aussi Roth M., "Finanzmarktrecht : Schnittstellen im Bereich der Sanktionen", GesKR 2006/2-3, p. 186, *187*.

108 Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2793.

109 Idem, p. 2794. En particulier, art. 3 al. 2 lit. c LB, 10 al. 2 lit. b et 35 al. 3 LBVM (cette dernière disposition devant, selon P-LAUFIN, être reprise par un nouvel art. 35*a*).

110 A ce propos, Bovet C. / Richa A., (n. 18), p. 138 s., avec des références.

Par ailleurs, de nouvelles dispositions devraient permettre à la FINMA de *confisquer* le gain acquis par un assujetti ou un de ses dirigeants en violant gravement les règles prudentielles[111]. Dans le cadre limité de cette contribution, on se bornera à noter que :

- La condition de gravité posée par cette disposition ne se retrouve pas dans d'autres domaines du droit public économique prévoyant aussi la confiscation. Elle est en particulier absente de l'art. 58 al. 2 lit. b LTC, qui permet à l'autorité de surveillance d'obliger la personne morale ou physique ayant violé la réglementation applicable à ce domaine à céder à la Confédération l'avantage financier illicitement acquis.
- Le projet de loi propose un mécanisme original lorsque l'assujetti ou un dirigeant a évité une perte[112]. Dans ce cas, le montant confisqué est équivalent au – si l'on me permet de forcer quelque peu une notion de responsabilité civile – *damnum cessans*.
- L'art. 35 al. 5 P-LAUFIN règle par ailleurs l'éventuel conflit entre une confiscation ordonnée par le juge pénal[113] et une autre par l'autorité de surveillance : la première prévaudra sur la seconde. Il appartiendra à la FINMA de coordonner ses démarches, dès le moment où cela est possible, au début ou en cours de procédure.
- Le délai de prescription de la confiscation – sept ans – sera identique en droit pénal[114] et administratif[115]. En raison des similitudes entre ces deux systèmes, on devrait pouvoir appliquer au second la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en matière pénale, où il a abandonné la figure juridique d'unité en matière de prescription : une pluralité d'infractions, bien que liées, ne justifie pas que l'on retienne une unité juridique des actes commis[116].

C. Entraide

La collaboration entre autorités peut revêtir différentes formes. *Sur le plan interne*, l'épisode de la Banque Cantonale de Genève a démontré la nécessité de réglementer les échanges d'informations entre l'autorité de surveillance et les autorités de

---

111 Art. 35 P-LAUFIN.

112 Art. 35 al. 2 P-LAUFIN.

113 Dans la nouvelle numérotation en vigueur depuis le 1er janvier 2007, la confiscation de valeurs patrimoniales est régie par les art. 70 ss CP.

114 Art. 70 al. 3 CP (sous réserve d'une durée de prescription plus longue pour l'infraction en cause).

115 Art. 35 al. 4 P-LAUFIN.

116 ATF 131 IV 83 *X. c. Thurgovie*.

poursuite pénale[117]. L'art. 38 P-LAUFIN pose comme principe que la FINMA et les autorités de poursuite pénale "s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire et administrative". Le projet de loi prévoit cependant deux exceptions:

– D'une part, la FINMA peut refuser de communiquer des données ou documents confidentiels à une autre autorité, si ceux-ci servent uniquement à la formation de l'opinion (*interne Meinungsbildung*) de l'autorité de surveillance[118]. Soulignons que le texte français du projet est erroné dans la mesure où il se réfère à l'opinion des autorités tierces, et non de la FINMA[119]. Cette dernière version linguistique n'a à l'évidence aucun sens et est contraire au principe de procédure qui exclut la possibilité pour les parties d'avoir accès à ce type de documents (p. ex. des procès-verbaux de séances de l'autorité)[120].
– D'autre part, la communication d'informations est exclue lorsque "cela pourrait mettre en péril une procédure en cours, ou nuire à l'activité de surveillance"[121]. Le Message du Conseil fédéral est silencieux sur ce point, se bornant pour l'essentiel à rappeler l'importance du principe de coopération entre les autorités et, pour cette exception, à répéter le texte du projet de loi. Un refus fondé sur ce motif devrait donc être exceptionnel; il reposerait sur des circonstances où l'intérêt public de la surveillance ou les intérêts privés des assujettis, des investisseurs ou des créanciers l'emporteraient sur ceux de la poursuite pénale[122]. Si elle venait à se présenter, une telle situation serait probablement temporaire.

En matière de collaboration, le Tribunal administratif fédéral sera compétent pour trancher les différends entre autorités nationales[123].

Depuis le 1er janvier 2007, cette juridiction est déjà seule compétente pour les recours en matière d'*entraide internationale*[124]. La nouvelle loi ne changera ni cela

---

117 ATF 129 IV 141; à ce propos, Bovet C., "Lutte contre le blanchiment, appel au public et autres développements de la surveillance bancaire et financière", in: Thévenoz L. / Bovet C. (édit.), *Journée 2003 de droit bancaire et financier*, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2004, p. 175, *192*.

118 Art. 40 lit. a P-LAUFIN.

119 La version française de la disposition précitée prévoit que: "ces informations ou documents servent uniquement à ces autorités à se faire une opinion", alors qu'en allemand, on lit: "[soweit] die Informationen und die Akten ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen".

120 A ce propos, Bovet C., (n. 117), p. 193.

121 Art. 40 lit. b P-LAUFIN.

122 Ce motif est d'ailleurs évoqué par le Conseil fédéral dans une situation proche: celle de la coordination des procédures menées par la FINMA et les autorités pénales (art. 38 al. 2 P-LAUFIN). Message P-LAUFIN, (n. 3), p. 2797.

123 Art. 41 P-LAUFIN.

124 Art. 83 lit. h LTF.

ni les conditions matérielles. En effet, l'art. 42 P-LAUFIN ne devrait concerner que le domaine des assurances privées, l'art. 2 P-LAUFIN réservant les règles spéciales figurant dans d'autres lois sur les marchés financiers – donc en particulier l'art. 38 LBVM, qui est plus souple que la norme générale figurant dans le projet de loi.

D. Procédure administrative

Le projet de LAUFIN devrait aussi apporter un certain nombre de modifications d'ordre procédural. Le changement de statut de la *Commission des offres publiques d'acquisition* (COPA) – se transformant en véritable autorité de décision, au lieu d'organisme émettant simplement des recommandations[125] – entraînerait une série d'adaptations des normes de procédure :

- Un recours à la FINMA[126] remplacerait le système actuel qui amène la CFB à rendre une décision au sens de l'art. 5 PA lorsqu'au moins une des parties refuse de suivre la recommandation de la COPA[127]. Le délai de recours serait de cinq jours de bourse[128].
- En cas de contestation de la décision de la FINMA, une seconde voie de recours serait ouverte devant le Tribunal administratif fédéral[129]. La procédure proposée répondra au souci de célérité dicté par ce type d'opérations, puisque le délai serait de 10 jours et que le recours serait dépourvu d'effet suspensif[130]. Aucun recours au Tribunal fédéral ne serait ensuite possible[131].
- La qualité de partie est définie de manière limitative dans le projet de nouvel art. 33*b* LBVM, annexé au projet de LAUFIN, puisque seuls l'offrant, les personnes agissant de concert avec l'offrant et la société-cible pourront activement prendre part à la procédure devant la COPA.
- En outre, les actionnaires détenant au moins 2% des droits de vote se verront reconnaître cette qualité, pour autant qu'ils le requièrent devant la COPA[132]. Si le projet de loi indique expressément que les restrictions de l'art. 33*b* s'appliquent aussi devant la FINMA agissant en tant qu'autorité de recours[133], il est silencieux quant à la procédure devant le Tribunal administratif fédéral. Cette

---

125 Art. 33*a* al. 1 P-LBVM annexé à P-LAUFIN.
126 Art. 33*c* P-LBVM annexé à P-LAUFIN.
127 Art. 23 al. 4 LBVM.
128 Art. 33*c* P-LBVM annexé à P-LAUFIN.
129 Art. 33*d* al. 1 P-LBVM annexé à P-LAUFIN.
130 Art. 33*d* al. 2 P-LBVM annexé à P-LAUFIN.
131 Art. 83 lit. u P-LTF annexé à P-LAUFIN.
132 Cpr. arrêt TF du 27 février 2007 *AEM S.p.A.* (cause 2A.508/2006), consid. 3 (absence de qualité pour recourir de l'actionnaire minoritaire).
133 Art. 33*c* al. 3 P-LBVM annexé à P-LAUFIN.

question devrait probablement pouvoir être tranchée, de manière cohérente, à la lumière de l'ATF 131 II 497[134]. En effet, dans ce jugement, notre Haute Cour a considéré que l'art. 43 al. 4 de la loi sur les cartels, qui limite la qualité de partie "dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises" vaut également au niveau des juridictions de recours[135].

L'irrecevabilité du recours en matière de droit public dans le domaine des OPA viendrait ainsi s'ajouter à deux situations liées à l'*entraide administrative*: sur le plan international, l'actuel art. 83 lit. h LTF exclut déjà un recours à notre plus haute juridiction; au niveau national, le projet de LAUFIN propose d'introduire un nouvel art. 83 lit. v LTF, qui ferait aussi du Tribunal administratif fédéral la dernière instance pour trancher des divergences d'opinion entre des autorités en matière administrative ou judiciaire.

---

134 ATF 131 II 497 *Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A.*

135 En particulier consid. 5.

CHRONIQUE DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE ET DE LA RÉGLEMENTATION

Vincent Martenet*

I. Introduction

Cette chronique porte sur les développements qu'ont connus la jurisprudence administrative et la réglementation durant l'année écoulée. Le droit bancaire et financier étant vaste, la présente chronique s'apparente un peu à un inventaire à la Prévert – la poésie en moins ! Nous avons opté pour une approche *thématique* et non pas pour une étude en deux parties, l'une consacrée à la jurisprudence administrative et l'autre à la réglementation.

Notre contribution se compose en réalité d'une succession de rubriques qui, mises bout à bout, donnent un aperçu aussi fidèle que possible de la jurisprudence administrative et de la réglementation en droit bancaire et financier. Pour une perspective plus large, on peut se référer utilement à la récente brochure du Département fédéral des finances consacrée à la place financière suisse[1].

Dans le domaine du droit bancaire et financier, le haut fait de l'année écoulée – si l'on excepte le message concernant la LFINMA[2] et celui relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés ainsi qu'à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés[3] – est sans conteste l'adoption d'une nouvelle législation fédérale sur les placements collectifs de capitaux[4]. Le domaine des fonds de placement continue, au surplus, de retenir l'attention de la CFB[5], tout comme la régulation des activités des banques, négociants en valeurs mobilières, groupes et conglomérats financiers[6]. "Bâle II" est, pour sa part, sous toit[7]. La jurisprudence récente en matière de blanchiment d'argent, d'entraide et de blocage d'avoirs par le Conseil

---

* Professeur à l'Université de Lausanne et membre de la Commission fédérale de la concurrence. Les avis émis par l'auteur ne lient d'aucune manière ladite Commission.

1 *Place financière suisse et politique en la matière*, Berne, septembre 2006.

2 Message du 1er février 2006, FF 2006, pp. 2741-2874. Voir la contribution de Christian Bovet dans le présent ouvrage.

3 Message du 15 novembre 2006, FF 2006, pp. 8817-8938. Cf. Thévenoz L. : www.unige.ch/cdbf, actualité no 478 du 27 novembre 2006 (état des liens internet au 27 novembre 2006).

4 Cf. infra II.

5 Cf. infra III.

6 Cf. infra IV.

7 Cf. infra V.

fédéral comporte quelques arrêts marquants sur lesquels il se justifie de s'arrêter quelques instants[8]. La présente contribution nous permet, en outre, de rappeler que les autorités suisses de la concurrence influent-elles aussi sur le secteur bancaire et financier suisse[9]. Enfin, la Cour de justice des Communautés européennes a, quant à elle, rendu un arrêt récent relatif à une société financière active en Suisse[10].

Dans la conclusion de la présente chronique[11], nous essayons de prendre un peu de recul en tentant de distinguer quelques tendances de l'évolution actuelle du droit public économique – bancaire et financier en particulier – ainsi que de la pratique y relative. Parce qu'il y est question d'intégration, de pragmatisme et d'élagage, notre conclusion s'inscrit dans une optique plutôt positive. En définitive, seules les autorités politiques y sont quelque peu égratignées.

II. Nouvelle législation sur les placements collectifs de capitaux

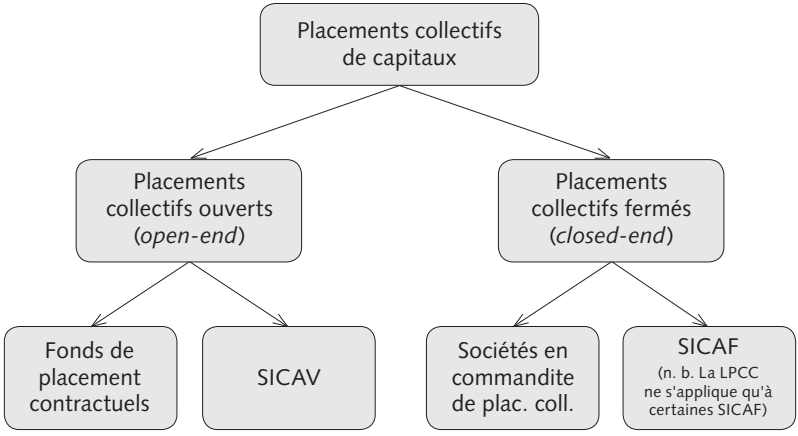
A. Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, du 23 juin 2006 (LPCC)

L'Assemblée fédérale a adopté, le 23 juin 2006, la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs; LPCC)[12]. L'entrée en vigueur a été fixée au 1er janvier 2007. Elle a pour but "de protéger les investisseurs et d'assurer la transparence et le bon fonctionnement du marché des placements collectifs de capitaux"[13] et comporte diverses innovations. Le législateur fédéral a tenu compte des nouvelles normes de l'Union européenne et a été animé par la volonté d'augmenter l'attrait et de promouvoir la compétitivité de la place financière suisse.

Le champ d'application de la LPCC est défini de manière large[14] et couvre les placements collectifs ouverts ou fermés[15]. La LPCC introduit dans l'ordre juridique suisse de nouvelles formes juridiques de placement de capitaux. La société d'investissement à capital variable (SICAV)[16] fait ainsi son entrée dans le droit

8 Cf. infra VI, VII et VIII.
9 Cf. infra IX.
10 Cf. infra X.
11 Cf. infra XI.
12 RO 2006, pp. 5379-5434; RS 951.31. Message du Conseil fédéral du 23 septembre 2005, FF 2005, pp. 5993-6101. Sur la LPCC, cf. Stahler O.: www.unige.ch/cdbf, actualité n° 448 du 28 juin 2006.
13 Art. 1 LPCC.
14 Art. 2 LPCC.
15 Le terme "ouvert" se réfère au remboursement et non à l'émission; le terme "fermé" se rapporte aussi à la remise et non à l'émission (FF 2005, p. 6014, notes 23 et 24).
16 Art. 36 ss LPCC.

suisse. Le capital et le nombre d'actions d'une telle société ne sont pas déterminés à l'avance[17]. De nouvelles actions peuvent être émises en tout temps sans qu'une modification des statuts ou une inscription au registre du commerce soit nécessaire[18]. La société en commandite de placements collectifs[19] est aussi une nouvelle entité juridique du point de vue du droit suisse. Elle est conçue sur le modèle des structures anglo-saxonnes de *limited partnership*. L'associé ou les associés indéfiniment responsables sont des sociétés ayant leur siège en Suisse[20]. Les commanditaires ne sont pas soumis à une prohibition de concurrence[21]. La LPCC consacre également quelques dispositions à la société d'investissement à capital fixe (SICAF)[22]. Celle-ci revêt la forme de la société anonyme[23], mais n'est pas soumise à la LPCC lorsqu'elle est cotée à une bourse suisse ou lorsqu'elle remplit les conditions suivantes : (a) seuls des investisseurs qualifiés y participent, (b) les actions sont nominatives et (c) une société d'audit reconnue par l'autorité de surveillance fournit chaque année la preuve que la société respecte ces conditions[24]. Les fondations de placement ne seront pas non plus assujetties à la LPCC[25]. Le schéma suivant donne un aperçu des placements collectifs de capitaux entrant dans le champ d'application de la LPCC :



17 Art. 36 al. 1 let. a LPCC.
18 Art. 42 al. 1 LPCC.
19 Art. 98 ss LPCC.
20 Art. 98 al. 2 LPCC.
21 Art. 104 al. 1 LPCC.
22 Art. 110 ss LPCC.
23 Art. 110 *in initio* LPCC.
24 Art. 2 al. 3 LPCC.
25 Art. 2 al. 2 let. a LPCC.

Les placements collectifs de capitaux seront exonérés d'impôts directs (principe de la transparence fiscale), à l'exception des SICAF qui sont imposées comme des sociétés anonymes[26], y compris lorsqu'elles tombent dans le champ d'application de la LPCC. S'agissant des sociétés en commandite de placements collectifs, la LPCC ne traite pas de la taxation de la participation aux gains en capital généralement attribuée à l'associé gérant à titre de rémunération (*carried interest*)[27].

La LPCC opère une distinction entre les investisseurs qualifiés – parmi lesquels figurent les investisseurs institutionnels et les particuliers fortunés (*High Net Worth Individuals*) –, d'une part, et les investisseurs privés ordinaires, d'autre part[28]. Les premiers bénéficient d'une protection moins élevée que les seconds. Ainsi, par exemple, la publicité qui s'adresse exclusivement à des investisseurs qualifiés n'est pas considérée comme un appel au public[29]. Par ailleurs, le statut de commanditaire dans la société en commandite de placements collectifs[30] est réservé aux investisseurs qualifiés.

Selon la nouvelle loi, les gestionnaires de fortune de placements collectifs suisses sont tenus d'obtenir une autorisation de pratiquer de la CFB[31]. Sont considérées comme gestionnaires les personnes qui prennent des décisions en matière de placement[32]. Les gestionnaires de placements collectifs étrangers peuvent, quant à eux, demander une autorisation s'ils remplissent certaines conditions[33]. Au reste, le projet du Conseil fédéral prévoyait de supprimer l'obligation faite aux distributeurs d'obtenir une autorisation de pratiquer, mais l'Assemblée fédérale a décidé de la maintenir[34].

Enfin, il convient de relever que la direction d'un fonds de placement peut fournir des prestations en matière de gestion de fortune, de conseil en investissement, ainsi que de garde et d'administration technique de placements collectifs[35]. Cela représente un accroissement important du champ d'activité potentiel de la direction.

---

26 Art. 49 al. 2 LIFD. Cf. aussi un communiqué de presse du Département fédéral des finances, du 5 juillet 2006, concernant la LPCC.

27 Sur ce point, cf. Stahler O. : www.unige.ch/cdbf, actualité n° 448 du 28 juin 2006 et Aeschlimann L. : www.unige.ch/cdbf, actualité n° 483 du 30 novembre 2006. Il s'agit d'un cheval de bataille de l'ASB qui demande à la Suisse d'être compétitive sur le plan international (le taux d'imposition est apparemment de 15% aux Etats-Unis et de 12% à Londres), sans prôner cependant une exonération des dirigeants (cf. Urs P. Roth, retranscription de sa conférence de presse du 14 septembre 2006, p. 2 ; cf. également *Le Temps* du 15 septembre 2006, p. 22).

28 Art. 10 LPCC.

29 Art. 3, 3e phrase, LPCC.

30 Art. 98 al. 3 LPCC.

31 Art. 13 al. 2 let. f LPCC ; cf. aussi l'art. 18 LPCC.

32 FF 2005, p. 6024.

33 Art. 13 al. 4 LPCC.

34 Art. 13 al. 2 let. g LPCC ; cf. aussi l'art. 19 LPCC.

35 Art. 29 LPCC.

B. Ordonnances fédérales de mise en œuvre de la LPCC

Deux ordonnances – l'une du Conseil fédéral, l'autre de la CFB – sont destinées à mettre en œuvre la LPCC. L'ordonnance du Conseil fédéral sur les placements collectifs de capitaux (OPCC), datée du 22 novembre 2006[36], traite notamment de l'appel au public, des investisseurs qualifiés et des sociétés en commandite de placements collectifs. Elle met en œuvre les dispositions correspondantes de la LPCC. Les articles de l'ordonnance qui ont donné lieu à de vives discussions dans la procédure de consultation ont trait au montant à partir duquel un individu est considéré comme étant particulièrement fortuné[37], au nombre de personnes permettant de constituer une société en commandite de placements collectifs[38] et aux placements que peut effectuer une telle société[39]. Celle-ci est autorisée à investir dans tous les placements alternatifs[40]. L'ordonnance de la CFB traite, quant à elle, essentiellement de questions techniques, telles que la révision et les prescriptions comptables.

C. Adaptation de la pratique de la CFB concernant les produits structurés

La LPCC a influé sur la pratique de la CFB avant même son entrée en vigueur. Ainsi, par un communiqué du 21 juillet 2006, la CFB a indiqué qu'elle renonçait à sa prise de position sur les produits structurés, compte tenu de l'adoption de l'article 5 LPCC[41]. Selon cette disposition, un produit structuré peut être offert au public en Suisse (ou à partir de la Suisse) si deux conditions sont réunies:

(a) Le produit structuré est émis, garanti ou distribué par une *institution financière surveillée* (une banque, une assurance, un négociant en valeurs mobilières ou un établissement étranger soumis à une surveillance équivalente).

---

36 RO 2006, pp. 5787-5847; RS 951.311. Cf. Aeschlimann L.: www.unige.ch/cdbf, actualité n° 483 du 30 novembre 2006.

37 CHF 2 000 000 selon l'art. 6 al. 1 OPCC (le projet d'ordonnance mis en consultation retenait le montant de CHF 5 000 000), mettant en œuvre l'art. 10 al. 3 let. e LPCC.

38 Au moins cinq commanditaires au plus tard un an après le lancement selon l'art. 4 al. 3 OPCC (le projet d'ordonnance mis en consultation exigeait au moins vingt commanditaires), mettant en œuvre l'art. 7 al. 3 LPCC.

39 Art. 120 et 121 OPCC, mettant en œuvre l'art. 103 LPCC.

40 Art. 121 al. 1 let. b OPCC.

41 Cf. Hirsch A.: www.unige.ch/cdbf, actualité n° 456 du 24 juillet 2006; Biffiger N., *Le Temps* du 2 octobre 2006, p. 22. Sur les produits structurés, cf. Rayroux F., "Les produits structurés", in: Thévenoz L. / Bovet C. (dir.), *Journée 2005 de droit bancaire et financier*, Genève / Zurich / Bâle (Schulthess) 2006, pp. 39-62, ainsi que, dans le même ouvrage, Thévenoz L., "Produits structurés: faut-il réglementer?", pp. 63-69.

(b) Il fait l'objet d'un *prospectus simplifié* décrivant ses caractéristiques essentielles, ses perspectives de profits et de pertes, ainsi que ses risques significatifs[42]. Le contenu de ce prospectus sera établi par autorégulation, la CFB fixant néanmoins des exigences minimales.

Il convient de noter que, compte tenu de l'ordonnance du Conseil fédéral, l'obligation d'établir un prospectus simplifié tombe si un produit structuré est coté à une bourse suisse et que celle-ci satisfait aux exigences légales en matière de transparence, ou si le produit n'est pas distribué au public en Suisse mais à partir de la Suisse, pour autant que la transparence requise soit garantie en vertu de réglementations étrangères[43].

En fin de compte, la CFB n'examinera désormais plus si un produit structuré est similaire à un fonds de placement, sauf cas de *contournement clair* de la LPCC (par exemple, si un tel produit ne porte que sur un seul fonds de placement non autorisé à la distribution en Suisse).

III. Fonds de placement

A. Révision de la circulaire de la CFB sur l'appel au public du 28 mai 2003

La circulaire de la CFB sur l'appel au public du 28 mai 2003[44] a été révisée les 25/26 janvier 2006. Selon cette révision, entrée en vigueur le 1er avril 2006, il n'y a pas d'appel au public pour le conseil en placement effectué par des banques et des négociants en valeurs mobilières dans la mesure où il existe un contrat de

---

42 Sur le prospectus simplifié, cf. Contratto F., "Der vereinfachte Prospekt für strukturierte Produkte nach Art. 5 KAG – Pandorabüchse oder wirksame Anlegerschutzmassnahme?", *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* 2006, pp. 193-201.

43 Art. 4 al. 4 OPCC, mettant en œuvre l'article 5 LPCC. Par réglementations étrangères, il faut essentiellement entendre la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation (JOCE n° L 345 du 31/12/2003, pp. 64-89).
Relevons que l'article 5 LPCC n'habilite pas expressément le Conseil fédéral à procéder à des exceptions s'agissant de l'obligation d'établir un prospectus simplifié. Le Conseil fédéral semble se fonder sur la clause générale d'exécution de l'article 152 LPCC. Il n'est pas certain que le principe de la légalité y trouve son compte. Cela dit, on relèvera que l'article 4 al. 4 OPCC s'explique par le fait que l'obligation d'établir un prospectus simplifié est jugée superflue dans les cas qu'il vise, du fait de l'existence d'un prospectus de cotation ou d'un prospectus exigé en vertu du droit étranger (cf. le rapport explicatif sur l'OPCC, Berne, novembre 2006, p. 7; cf. également Contratto [n. 42], pp. 196-197 et 200).

44 Circ.-CFB 03/1 Appel au public / Fonds de placement. Cf. Aeschlimann L.: www.unige.ch/cdbf, actualité n° 436 du 16 mars 2006.

conseil écrit, général et de durée illimitée avec leurs clients et qu'ils vérifient que ceux-ci disposent d'actifs financiers d'une valeur totale d'au moins CHF 5 mio. Aussi les clients privés fortunés (*High Net Worth Individuals*) comptent-ils désormais parmi les relations qualifiées. La libéralisation ne concerne cependant pas les gérants de fortune indépendants et autres conseillers non réglementés. Notons enfin que cette libéralisation est englobée dans la LPCC[45] et dans l'ordonnance du Conseil fédéral y relative. Rappelons que la limite est désormais fixée à CHF 2 mio[46].

B. Adoption et modification de diverses directives

1. Directive de la CFB concernant les obligations du représentant

Le 1er mai 2006, la CFB a publié une nouvelle directive qui donne aux représentants de fonds de placement étrangers en Suisse une vue d'ensemble de leurs obligations générales et plus particulièrement de celles afférentes à leurs devoirs d'annonce et de publication[47]. Cette directive précise notamment que le représentant dispose d'un délai de *deux semaines* après l'entrée en vigueur des modifications matérielles de la documentation du fonds étranger pour notifier ces modifications à la CFB et lui remettre la documentation du fonds adaptée et rédigée dans une langue officielle suisse. Ce délai peut s'avérer fort court en pratique, si bien qu'un assouplissement est demandé par les représentants de fonds de placement étrangers en Suisse.

2. Modification de plusieurs directives de la CFB en matière de fonds de placement

Le 1er mai 2006, la CFB a modifié ses directives portant sur les requêtes concernant l'approbation d'une modification du règlement d'un fonds de placement, du changement de direction de fonds et du changement de la banque dépositaire. Ce changement est d'ordre technique.

En outre, le 19 octobre 2006, la CFB a publié sur son site Internet une mise à jour de ses directives pour les requêtes en autorisation en vue de la distribution de parts de fonds de placement UCITS et UCITS III[48]. Cette mise à jour a essentiellement pour but de codifier la pratique de la CFB et ne modifie pas substantiellement la procédure d'autorisation pour l'offre au public de parts de fonds de placement considérés comme étant "eurocompatibles".

---

45 Art. 3, 3e phrase, LPCC.

46 Cf. supra II.B.

47 Cf. Stahler O. : www.unige.ch/cdbf, actualité n° 436 du 11 mai 2006.

48 Cf. Stahler O. : www.unige.ch/cdbf, actualité n° 476 du 13 novembre 2006.

C. Pratique de la CFB relative au devoir de loyauté (art. 20 LFP)

La CFB a été amenée à statuer sur la portée du devoir de loyauté inscrit à l'article 20 LFP[49]. Selon la CFB, l'alinéa 3 de cette disposition[50] vaut de manière absolue. Ni la banque dépositaire, ni la société de révision, ni l'autorité de surveillance ne peuvent autoriser des exceptions. Il est interdit à la direction du fonds, ainsi qu'aux personnes physiques ou morales qui agissent en son nom, de participer à un acte juridique qui n'est pas autorisé selon l'article 20 al. 3 LFP. En l'espèce, était en cause une transaction immobilière entre la banque dépositaire et une société immobilière intégralement détenue par le fonds en question. Les transactions violant l'article 20 al. 3 LFP doivent être annulées sans dommage pour le fonds.

IV. Banques, négociants en valeurs mobilières, groupes et conglomérats financiers

A. Surveillance et contrôle interne

Le 27 septembre 2006, la CFB a adopté une circulaire sur la surveillance et le contrôle interne[51] qui entrera en vigueur le 1er janvier 2007. Des délais transitoires sont cependant prévus[52]. Elle s'applique aux banques, aux négociants en valeurs mobilières, aux groupes financiers ainsi qu'aux conglomérats financiers dominés par le secteur bancaire ou celui du négoce en valeurs mobilières[53]. Des restrictions sont néanmoins prévues pour certains établissements[54]. La circulaire régit notamment l'indépendance du conseil d'administration, l'instauration et les tâches du comité d'audit, les devoirs de la révision interne ainsi que les responsabilités de la fonction de *compliance* et du contrôle des risques. Elle différencie les établissements surveillés selon leur taille et la complexité de leur organisation interne.

---

49 Décision de la CFB du 27 septembre 2005, dont des extraits sont publiés dans le bulletin nº 49 de la CFB, pp. 97-104.

50 Art. 20 al. 3 LFP: "La banque dépositaire et les personnes qui agissent en son nom ainsi que les personnes physiques ou morales qui lui sont proches ne peuvent acquérir pour leur compte des avoirs du fonds ou en céder à ce dernier qu'au prix du marché. L'acquisition ou la cession de valeurs immobilières est interdite."

51 Circ.-CFB 06/6 Surveillance et contrôle interne. Cf. Hirsch A.: www.unige.ch/cdbf, actualité nº 464 du 10 octobre 2006.

52 Délai transitoire d'une année pour se mettre en conformité avec les dispositions de la circulaire et délai de deux ans, à compter du 1er janvier 2007 également, pour remplir les exigences relatives à l'indépendance du conseil d'administration et du comité d'audit (ch. 130 de la circulaire).

53 Ch. 1 de la circulaire.

54 Ch. 3-8 de la circulaire.

Par rapport au projet[55], un tiers – et non la moitié – des membres du conseil d'administration[56] et la majorité – et non la totalité – des membres du comité d'audit[57] doivent répondre aux critères d'indépendance énoncés dans la circulaire[58]. Le nombre de critères régissant l'instauration d'un comité d'audit a été réduit[59]. La révision interne peut désormais être subordonnée à un comité distinct de celui d'audit et du conseil d'administration[60]. De plus, l'ASB ayant décidé de renoncer aux Directives pour le contrôle interne avec l'entrée en vigueur de la circulaire de la CFB, plusieurs points de ces directives figurent désormais dans la circulaire[61]. Il y a aussi lieu de signaler les clauses *comply-or-explain* qui permettent d'assouplir certaines dispositions[62]. Enfin – *last but not least* –, on a renoncé à la procédure de dénonciation d'éventuelles irrégularités au sein de l'établissement (*whistleblowing*), figurant dans le projet[63], du fait que l'Assemblée fédérale en débat actuellement.

B. Projet de circulaire "Adaptation des fonds propres de base"

Le 5 octobre 2006, la CFB a mis en consultation un projet de circulaire "Adaptation des fonds propres de base" portant sur la détermination du capital réglementaire en cas d'utilisation d'un standard comptable international reconnu. Il s'agit d'un texte de nature essentiellement comptable.

C. Pratique de la CFB relative aux conditions d'autorisation

Durant l'année écoulée, la CFB a rendu plusieurs décisions concernant les conditions d'autorisation d'une activité bancaire. Cette chronique en présente une sélection.

---

55 Sur ce projet, cf. Bizzozero A. / Pernollet J.-C., "Le projet de circulaire CFB sur le contrôle et la surveillance internes", in : Thévenoz / Bovet (n. 41), pp. 101-134.

56 Ch. 19, 1re phrase.

57 Ch. 38.

58 Ch. 20-24.

59 Ch. 32-36.

60 Ch. 15 ; cf. cependant le ch. 53.

61 Cf. en particulier ch. 12-14 (environnement de contrôle), 81-83 (tâches de la direction opérationnelle) et surtout 86-96 (séparation des fonctions et activités de contrôle).

62 Cf. en particulier ch. 19, 3e phrase (indépendance des membres du conseil d'administration), 30, 3e phrase (tâches confiées au président du conseil d'administration), 37 (absence de comité d'audit) et 38 (indépendance des membres du comité d'audit).

63 Pour une critique de cette procédure spéciale, cf. Bizzozero / Pernollet (n. 55), p. 114.

1. *Retrait d'une autorisation bancaire / Octroi d'un délai pour trouver un repreneur*

Parmi les nombreuses affaires traitées par la CFB, nous pouvons mentionner sa décision de retirer une autorisation bancaire – au motif que l'actionnaire principal n'avait pas donné toutes les garanties d'une activité irréprochable –, puis de suspendre l'exécution de la décision en accordant à la banque un délai de six mois pour trouver un repreneur[64]. Cette approche pragmatique se justifiait par le fait que l'activité opérationnelle de la banque était irréprochable.

2. *Filiale suisse d'une banque étrangère ou d'un groupe financier étranger*

La CFB a rendu plusieurs décisions relatives à des filiales suisses d'une banque étrangère ou d'un groupe financier étranger. Elle s'est montrée *stricte* à l'égard de telles filiales. Ainsi, une banque impliquée dans les affaires du groupe auquel elle appartient ne saurait se fier sans examen aux informations qui lui sont fournies par le siège principal ou la direction du groupe[65]. Elle est tenue de dûment les vérifier et de documenter le résultat. Si une banque fournit son assistance en relation avec des transactions qu'effectue le groupe – en l'espèce, assistance dans le cadre d'un transfert d'actions à des actionnaires fiduciaires –, elle doit appréhender, surveiller et limiter les risques qui en découlent de manière appropriée. Dans une autre cause, la CFB a estimé qu'une banque étrangère n'est pas habilitée à utiliser sa filiale suisse pour contourner de manière systématique les normes étrangères de droit financier qui correspondent par ailleurs aux règles suisses[66].

D. Pratique de la CFB relative au contrôle sur place (art. 23^{septies} LB)

Les filiales suisses d'un groupe étranger ont également retenu l'attention de la CFB dans le cadre de la *surveillance consolidée* réalisée à partir de l'étranger. Ainsi, dans le cadre d'un contrôle sur place effectué auprès d'une filiale suisse d'un groupe étranger, l'autorité étrangère de surveillance peut obtenir uniquement les informations nécessaires à une surveillance de base consolidée[67]. Ces in-

---

64 Décision de la CFB, résumée in: Rapport de gestion 2005 de la CFB, Berne 2006, p. 43. Cf. Aeschlimann L.: www.unige.ch/cdbf, actualité n° 435 du 9 mai 2006.

65 Décision de la CFB du 21 décembre 2005, dont des extraits sont publiés dans le bulletin n° 49 de la CFB, pp. 27-35.

66 Décision de la CFB du 31 mars 2006, dont des extraits sont publiés dans le bulletin n° 49 de la CFB, pp. 133-149.

67 Décision de la CFB du 23 novembre 2005, dont des extraits sont publiés dans le bulletin n° 49 de la CFB, pp. 114-132.

formations peuvent concerner aussi bien l'établissement bancaire que les clients individuels. Des informations rendues anonymes sur les risques de crédit peuvent s'avérer insuffisantes pour garantir une surveillance consolidée correcte.

V. Mise en œuvre de "Bâle II" en Suisse

La mise en œuvre de "Bâle II"[68] en droit suisse donne lieu à une ordonnance importante, quoique très technique, du Conseil fédéral. La CFB est également amenée à adapter sa réglementation en la matière.

A. Ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds propres des banques et des négociants en valeurs mobilières, du 29 septembre 2006

Le 29 septembre 2006, le Conseil fédéral a approuvé la nouvelle ordonnance sur les fonds propres des banques et des négociants en valeurs mobilières (ordonnance sur les fonds propres; OFR)[69]. Cette ordonnance, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2007, met en œuvre "Bâle II" en droit suisse. "Bâle II" doit permettre d'appréhender de manière plus complète et plus différenciée les risques multiples de l'activité bancaire et les exigences en matière de fonds propres qui en découlent. "Bâle II" offre le choix entre différentes méthodes de calcul des exigences en matière de fonds propres pour les divers risques et se distingue des normes précédentes par la mise en place d'une *réglementation différenciée*.

B. Circulaires de la CFB

Le 29 septembre 2006, la CFB a adopté cinq circulaires, également entrées en vigueur le 1er janvier 2007:

- Circulaire sur les exigences de fonds propres relatives aux risques de crédit (Risques de crédit)[70];
- Circulaire sur les exigences de fonds propres relatives aux risques de marché (Risques de marché)[71];

---

68 A propos de "Bâle II", cf. Thévenoz L. / Richa A., "Chronique de la réglementation bancaire et financière", in: Thévenoz L. / Bovet C. (dir.), *Journée 2004 de droit bancaire et financier*, Genève / Zurich / Bâle (Schulthess) 2005, pp. 121-163, 131-134.

69 RO 2006, pp. 4307-4366; RS 952.03. Cf. Bovet C.: www.unige.ch/cdbf, actualité nº 470 du 19 octobre 2006.

70 Circ.-CFB 06/1.

71 Circ.-CFB 06/2.

– Circulaire sur les exigences de fonds propres relatives aux risques opérationnels (Risques opérationnels)[72];
– Circulaire sur les exigences de publication liées aux fonds propres (Publication FP)[73];
– Circulaire sur la répartition des risques[74].

Par ailleurs, la CFB a adopté, le 25 octobre 2006, une circulaire sur la reconnaissance des instituts de notation de crédit pour le calcul des fonds propres nécessaires (Agences de notation)[75]. Cette circulaire, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2007, règle les détails de la reconnaissance à des fins prudentielles des instituts de notation de crédit externes. Elle règle aussi la question de la reconnaissance d'agences de notation dans le contexte régulatoire des fonds de placement.

VI. Blanchiment d'argent et droit de surveillance

Parmi les arrêts rendus par le Tribunal fédéral dans le domaine du blanchiment d'argent et du droit de surveillance, nous souhaitons évoquer un arrêt important du 9 février 2006[76] qui ne sera cependant pas publié dans le recueil officiel des ATF et n'est pas disponible sur le site Internet de notre Haute Cour! Cet arrêt concerne une filiale d'une banque suisse, située aux Bahamas, qui entretenait en particulier six relations d'affaires dans lesquelles les ayants droit économiques étaient soit un Etat africain, soit une entreprise proche du pouvoir.

Dans la décision attaquée devant le Tribunal fédéral, la CFB a estimé qu'au regard du droit de la surveillance et de la loi sur le blanchiment d'argent, les six relations d'affaires étaient des relations de la banque mère[77]. Par conséquent, les obligations de diligence imposées par le droit de la surveillance suisse étaient directement applicables à ces relations. La CFB a alors interdit à la banque suisse d'autoriser de nouveaux prélèvements en espèces sur ces comptes et d'effectuer des virements de compte à compte dépassant 300 000 dollars US.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral considère que des relations ouvertes auprès d'une filiale d'une banque suisse à l'étranger peuvent être considérées comme celles de la banque mère en Suisse si certains critères sont réunis. Il se base sur le principe de la *réalité économique* qui implique d'examiner les circonstances concrètes du cas et non de se fonder sur des éléments formels comme le siège de

---

72 Circ.-CFB 06/3.
73 Circ.-CFB 06/4.
74 Circ.-CFB 06/5.
75 Circ.-CFB 06/7.
76 Arrêt du TF du 9 février 2006, 2A.91/2005, dont des extraits sont publiés dans le bulletin nº 49 de la CFB, pp. 36-80. Cf. Bovet C.: www.unige.ch/cdbf, actualité nº 440 du 30 mai 2006.
77 Cf. Rapport de gestion 2005 de la CFB, Berne 2006, pp. 42-43.

l'établissement concerné, le domicile du client ou le lieu où les valeurs sont déposées. En l'espèce, l'activité prépondérante était exercée en Suisse ou depuis la Suisse[78]. Dans un considérant distinct, notre Haute Cour confirme la compétence de la CFB pour apprécier des relations bancaires à l'étranger en se fondant, cette fois, sur la surveillance consolidée que celle-ci exerce sur le groupe bancaire dirigé à partir de la Suisse[79].

VII. Entraide internationale

A. Entraide pénale : procédure américaine de confiscation civile du produit d'une infraction

L'entraide internationale en matière pénale donne toujours lieu à son lot annuel d'arrêts du Tribunal fédéral. Celui-ci s'est en particulier penché sur une demande d'entraide américaine tendant à l'obtention de renseignements, notamment sur un compte bancaire en Suisse[80]. L'entraide judiciaire était exclusivement requise pour les besoins d'une procédure civile de confiscation (*Civil Forfeiture*).

Nonobstant la qualification civile de la procédure en droit américain, le Tribunal fédéral considère la possibilité d'appliquer les règles sur l'entraide internationale en matière pénale, essentiellement pour les motifs suivants :

> "La procédure étrangère présente une similitude suffisante avec les procédures de confiscation prévues ou reconnues en droit suisse. Elle suppose, d'une part, l'existence d'une infraction pénale et, d'autre part, un lien entre cette infraction et les objets et valeurs à confisquer. Elle peut par conséquent être assimilée à une 'cause pénale' au sens des art. 1 al. 3 et 63 EIMP."[81]

> "Pour cela, il faut toutefois qu'il existe dans l'Etat requérant à tout le moins une compétence répressive, quand bien même les autorités n'entendent pas effectivement l'exercer. L'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne peut en effet être accordée qu'à un Etat susceptible de poursuivre les agissements décrits […]."[82]

En somme, la procédure américaine de confiscation civile du produit de l'infraction peut être assimilée à une affaire pénale, pour autant qu'il existe une *compétence répressive* dans l'Etat requérant. Il appartient alors à l'Office central USA

---

78 Consid. 5.
79 Consid. 6.
80 ATF 132 II 178 *société A*.
81 Consid. 4.3.
82 Consid. 5 *in initio* (références omises).

(OFJ) d'"interpeller l'autorité requérante afin qu'elle indique si les autorités répressives américaines disposent d'une compétence pour juger pénalement les infractions décrites dans la demande"[83].

B. Entraide administrative : nouvel article 38 LBVM

Le nouvel article 38 LBVM est entré en vigueur le 1er février 2006[84]. Il a pour fonction de faciliter l'entraide administrative internationale entre autorités de surveillance[85]. En raison de sa nature procédurale, le nouvel article 38 LBVM "s'applique dès son entrée en vigueur, sans égard au moment où les faits concernant la demande d'entraide se sont produits […]. Toutefois, les règles applicables au moment de l'octroi de l'entraide demeurent seules déterminantes pour la suite de la procédure, notamment en cas de recours […]."[86]

VIII. Blocage d'avoirs par le Conseil fédéral

Le Tribunal fédéral a rendu, le 27 avril 2006, un important arrêt concernant le blocage des avoirs de la famille Mobutu par le Conseil fédéral[87]. Ce blocage était fondé sur l'article 184 al. 3 Cst. féd. Se prévalant d'un jugement en force en sa faveur contre les hoirs de Mobutu, lui allouant un montant de CHF 2 350 000 environ, un créancier privé requérait le déblocage d'une partie de ces avoirs en vue de son désintéressement. Parallèlement, la République démocratique du Congo demandait l'entraide judiciaire à la Suisse, conduisant le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) à refuser de lever la mesure de blocage pour désintéresser le créancier privé.

Le Tribunal fédéral qualifie la mesure de blocage litigieuse d'*ordonnance* (c'est-à-dire d'acte normatif), alors même que le Conseil fédéral l'avait désignée comme une décision. En conséquence, une décision d'exécution de l'ordonnance peut, quant à son objet, être contestée devant notre Haute Cour[88]. Cette dernière fait un pas supplémentaire en qualifiant de décision, au sens de l'article 5 PA, la

---

83 Consid. 5.3.

84 RO 2006, pp. 197-198.

85 Message du 10 novembre, FF 2004, pp. 6341-6363. Cf. Bovet C., "L'entraide administrative dans le domaine financier", in Bellanger F. / Tanquerel T. (édit.), *L'entraide administrative, Journée de droit administratif 2004*, Genève / Zurich / Bâle (Schulthess) 2005, pp. 151-180, 162-165 ; Bovet C. / Richa A., "Règles de conduite, audit, entraide et autres développements de la surveillance bancaire et financière", in : Thévenoz / Bovet (n. 41), pp. 135-186, 147-150.

86 Arrêts du TF du 9 août 2006, 2A.701/2006 et 2A.703/2006, consid. 2 (références omises).

87 ATF 132 I 229 *A.* ; cf. aussi l'ATF 131 III 652 *Confédération suisse*, qui concernait le volet LP de cette procédure. Sur l'arrêt du 27 avril 2006, cf. Bovet C. : www.unige.ch/cdbf, actualité n° 441 du 6 juin 2006.

88 Consid. 4.4.

prise de position du DFAE sur la demande de déblocage des avoirs, alors même que le DFAE avait expressément indiqué, dans le courrier litigieux, "qu'il n'était pas en mesure de prononcer une décision de constatation"[89]. Il reste encore à déterminer si la voie du recours de droit administratif est ouverte devant le Tribunal fédéral dans un tel cas. La loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943[90] – applicable à cette cause – répond en principe de manière négative à cette question[91]. La cause étant de nature civile, au sens de l'article 6 para. 1 CEDH, le droit à un procès équitable est garanti, si bien que le droit de recours découle directement de l'article 6 para. 1 CEDH[92].

En fin de compte, le Tribunal fédéral juge que le blocage litigieux satisfait en principe aux conditions de l'article 184 al. 3 Cst. féd.[93]. Néanmoins, dans la mesure où il porte sur des avoirs revendiqués par le créancier privé sur la base d'un jugement en force, il viole le principe de la *proportionnalité*, ne serait-ce que par sa durée excessive[94]. Ce principe est examiné en relation avec la garantie de la propriété. Certaines étapes du raisonnement du Tribunal fédéral peuvent peut-être prêter à la critique. Nous pensons en particulier au fait que la mesure de blocage soit qualifiée un peu généreusement d'ordonnance, encore que cela ne soit pas insoutenable. Cela dit, le résultat auquel notre Haute Cour parvient paraît justifié. De ce point de vue, le pragmatisme et, pour tout dire, le sens de l'équité dont elle fait preuve dans cette affaire méritent d'être salués.

IX. Concurrence dans le secteur bancaire et financier

Les autorités suisses de la concurrence ont également développé une pratique digne d'intérêt en matière bancaire et financière. Ce sont essentiellement les moyens de paiement qui ont retenu leur attention ces derniers temps[95].

---

89 Consid. 4.5.

90 RS 173.110.

91 Le TF se fonde sur les articles 98 let. a et 100 let. a OJ (consid. 6.1), ce qui est discutable s'agissant tout particulièrement de la première disposition, car la "décision" attaquée n'émanait pas du Conseil fédéral, mais du DFAE.

92 Consid. 6.5. Il convient de relever que la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RO 2006, pp. 1205-1252), tient compte de la possibilité que le droit de recours ordinaire dans ce type de procédures se fonde sur une norme internationale (art. 83 let. a LTF: Le recours est irrecevable contre "les décisions concernant la sûreté intérieure ou extérieure du pays, la neutralité, la protection diplomatique et les autres affaires relevant des relations extérieures, à moins que le droit international ne prévoie que la cause peut être jugée par un tribunal").

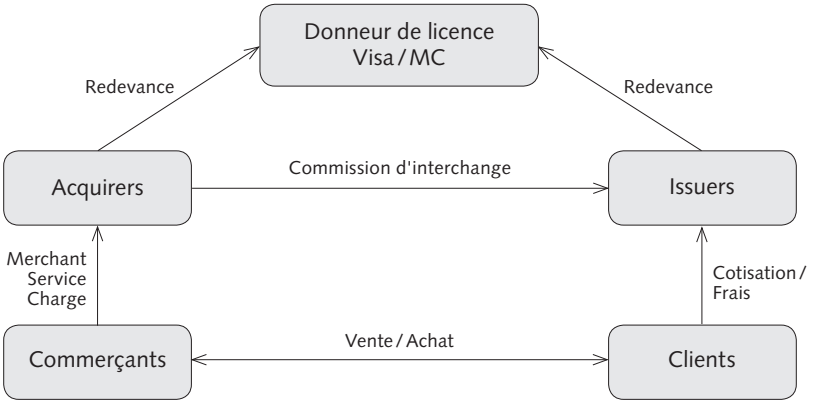
93 Consid. 10.6.

94 Consid. 11.

95 Pour de plus amples précisions, cf. notre article intitulé "Les moyens de paiement face au droit suisse de la concurrence", in: *Concurrences* (Paris) n° 1-2007.

A. Cartes de crédit

La Commission fédérale de la concurrence (Comco) a rendu, le 5 décembre 2005, une décision importante sur la commission d'interchange (*Domestic Multilateral Interchange Fee*; DMIF) établie entre les émetteurs de cartes de crédit (*issuers*)[96] et les entreprises qui affilient les commerçants pour l'acceptation d'une carte de crédit (*acquirers*)[97] dans les systèmes de cartes de crédit Visa et MasterCard[98]:



En Suisse, la DMIF est négociée au sein du forum *issuer/acquirer* de Visa (IAFV) et dans le *Card Committee MasterCard* (CC). Selon la Comco, il s'agit d'un *accord sur les prix*. Une telle procédure multilatérale peut néanmoins comporter des gains d'efficacité, pour autant que la DMIF soit limitée de façon objective aux éléments de coûts inhérents au réseau. Sur la base de ces éléments, la Comco a approuvé un accord amiable d'une durée de quatre ans entre les sociétés émettrices et acquéreuses, d'une part, et le Secrétariat de la Comco, d'autre part. Cet accord prévoit notamment:

- un schéma de calcul de la DMIF ne tenant compte que des éléments de coûts inhérents au réseau, définis de manière objective;
- la réduction graduelle de la DMIF sur trois ans (réduction de 25%);
- la possibilité pour chaque commerçant d'être informé de la DMIF applicable à sa branche;

96 Notamment UBS SA, Credit Suisse, Cornèr Banca SA et Viseca Card Services SA.

97 Notamment, à l'époque, Telekurs Multipay AG et Aduno SA.

98 DPC 2006/1, pp. 13-14 et 65-130. Cf. Këllezi P.: www.unige.ch/cdbf, actualité nº 399 du 19 décembre 2005.

– la suppression de la clause de non-discrimination dans les contrats entre les *acquirers* et les commerçants, interdisant à ceux-ci de pratiquer des prix plus bas en cas de paiement par un autre moyen que celui d'une carte de crédit.

Les engagements pris par les sociétés émettrices et acquéreuses sont comparables à ceux pris par Visa devant la Commission européenne. Il convient cependant de relever que la procédure européenne concernait la commission multilatérale d'interchange applicable aux paiements *transfrontaliers*, généralement plus basse que la commission applicable aux paiements domestiques. Ainsi, le taux consenti pour les paiements transfrontaliers dans l'Union européenne (0,7% en 2007) ne peut être comparé au taux résultant de l'accord amiable approuvé par la Comco (1,3% après trois ans). Ce dernier taux peut, en revanche, être mis en parallèle avec les commissions d'interchange applicables aux paiements domestiques dans l'Union européenne[99]. Sur ce point, le taux admis par la Comco correspond à celui pratiqué dans plusieurs Etats de l'Union européenne[100], même s'il est un peu supérieur à la moyenne des taux pratiqués dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne[101]. En approuvant l'accord, mais en limitant sa durée à quatre ans, la Comco a cherché à obtenir rapidement des résultats tout en gardant la possibilité de réévaluer alors, en tout ou en partie, la situation.

B. Cartes de débit

Les banques suisses ont émis le projet d'introduire une nouvelle commission (aussi appelée DMIF) sur les cartes de débit Maestro. Selon le Secrétariat de la Comco, il s'agit d'un *accord sur les prix*, ne se justifiant *a priori* pas par des motifs d'efficacité économique[102]. Au stade de l'enquête préalable, le Secrétariat n'a pas été convaincu par les motifs invoqués par les banques suisses, en particulier celui lié à la nécessité de couvrir les coûts. A cet égard, le Secrétariat a observé que la couverture des coûts n'est pas un motif mentionné à l'article 5 al. 2 LCart. Les banques suisses semblent néanmoins vouloir maintenir leur projet. Si cela se confirmait, le Secrétariat ouvrirait une enquête au sens de l'article 27 LCart, pour autant évidemment qu'un membre de la présidence de la Comco y consente.

---

99 Sur ce point, cf. Commission européenne, *Interim Report I – Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking*, Bruxelles, 12 avril 2006, pp. 23-26, disponible sur Internet: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/interim_report_1.pdf.

100 Voir le graphe n° 7 figurant en page 25 du rapport précité (n. 99).

101 Voir le graphe n° 6 figurant en page 24 du rapport précité (n. 99).

102 Rapport du 4 juillet 2006, à paraître in DPC 2007/1.

C. Retraits d'argent aux distributeurs d'une banque tierce ou de La Poste

L'UBS, la Banque cantonale de Zurich et Postfinance ont décidé, en janvier 2005, de baisser l'émolument prélevé lors des retraits effectués à leurs distributeurs par des détenteurs de cartes de débit d'autres banques. Dans un rapport du 6 juin 2006, le Secrétariat de la Comco a estimé qu'une telle baisse parallèle n'était pas constitutive d'un accord illicite et, plus généralement, que l'accord multilatéral entre les banques et La Poste existant dans le domaine des retraits d'argent ne viole pas le droit suisse de la concurrence[103]. Le Secrétariat de la Comco a considéré que la situation existante est favorable à la concurrence, en particulier aux petits acteurs sur le marché.

D. Opérations de concentration

La Comco a autorisé la reprise par Julius Bär Holding SA de diverses filiales de l'UBS : BDL Banco di Lugano, Ehringer & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding SA ainsi que d'autres entreprises participantes[104]. Cette opération de concentration n'a pas soulevé de grandes difficultés en raison du nombre d'acteurs sur les marchés concernés et du fait que le secteur demeure, à divers égards, peu concentré. Une notification de l'opération de concentration est cependant requise chaque fois que les seuils de l'article 9 LCart sont atteints ou que l'hypothèse de l'article 9 al. 4 LCart est réalisée. Lors de l'examen de l'opération, plusieurs marchés sont distingués par les autorités suisses de la concurrence : *private banking*, *asset management*, émissions, produits dérivés, fonds, *investment banking*, négoce (titres / devises / métaux précieux), ainsi que *global custody*. Une entreprise peut parfaitement se trouver en position dominante sur l'un de ces marchés. Tel n'était cependant pas le cas de Julius Bär Holding SA dans l'opération de concentration précitée.

X. Libre prestation de services / libre circulation des capitaux dans l'Union européenne

Dans une affaire dont a récemment été saisie la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) et qui concernait une société suisse (Fidium Finanz AG), Mme Stix-Hackl, avocate générale, a rendu des conclusions fort intéressantes[105].

---

103 DPC 2006/3, pp. 420-431.

104 DPC 2005/4, pp. 650-654 ; DPC 2006/1, p. 14.

105 Affaire C-452/04 *Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*, conclusions de l'avocate générale Christine Stix-Hackl, du 16 mars 2006. Cf. Hirsbrunner S. / Seidl S., "Durch die Hintertür in den EU-Bankmart ?", PJA 2006, pp. 1079-1086.

Selon elle, les banques et sociétés de crédit suisses peuvent se prévaloir de la *libre circulation des capitaux* pour accorder des crédits aux personnes résidant dans un Etat membre. L'Etat membre dans lequel une banque ou une société de crédit souhaite exercer ses activités a néanmoins la possibilité d'imposer une exigence d'agrément préalable. En outre, il peut soumettre la délivrance d'un agrément à la condition que la banque ou la société de crédit ait une présence physique dans l'Etat membre concerné, *pour autant* qu'elle ne soit pas soumise à un contrôle étatique dans l'Etat d'établissement et qu'il n'existe pas "un minimum de coopération" entre les autorités de l'Etat d'établissement et celles de l'Etat membre sur le territoire duquel l'activité s'étend effectivement.

La CJCE, siégeant en grande Chambre, a rendu son arrêt le 3 octobre 2006[106]. Elle n'a pas suivi son avocate générale et a dit pour droit ce qui suit :

> "Un régime national en vertu duquel un Etat membre soumet à un agrément préalable l'exercice de l'activité d'octroi de crédits à titre professionnel, sur son territoire, par une société établie dans un Etat tiers, et en vertu duquel un tel agrément doit être refusé notamment lorsque ladite société n'a pas sa direction générale ou une succursale sur ce territoire, affecte de manière prépondérante l'exercice de la libre prestation des services au sens des articles 49 CE et suivants. Une société établie dans un État tiers ne saurait invoquer ces dispositions."[107]

Compte tenu de la conclusion à laquelle parvient la CJCE, la société Fidium Finanz AG ne peut bénéficier *ni de la libre prestation de services*[108], au sens des articles 49 ss TCE, *ni de la libre circulation des capitaux*[109], au sens des articles 56 ss TCE. La CJCE a en effet jugé que les effets restrictifs du droit allemand sur cette dernière n'étaient "qu'une conséquence inéluctable de la restriction imposée à l'égard des prestations de services"[110], si bien que Fidium Finanz AG ne pouvait se prévaloir de la libre circulation des capitaux. La CJCE ne semble pas exclure que la libre circulation des capitaux puisse profiter à une société établie hors de l'Union européenne lorsque sont en cause des services financiers pour lesquels l'élément de libre circulation des capitaux prévaut sur celui de la libre prestation

---

106 CJCE, arrêt *Fidium Finanz AG* du 3 octobre 2006, aff. C-452/04. Cf. Hirsbrunner S. / Seidl S., "Ein Urteil gegen grenzüberschreitende Dienstleistungen von Schweizer Finanzinstituten – Besprechung des EuGH-Urteils Fidium Finanz", *Jusletter* du 13 novembre 2006 et des mêmes auteurs : www.unige.ch/droit/ceje, actualité du 18 octobre 2006 ; cf. également Ivosevic Woollcombe D. : www.unige.ch/cdbf, actualité n° 475 du 30 octobre 2006.

107 Point 50 et dispositif de l'arrêt.

108 Points 25, 47 et 50 de l'arrêt.

109 Points 48-50 de l'arrêt.

110 Point 49 de l'arrêt. Pour une critique de l'arrêt sur ce point, cf. Hirsbrunner / Seidl, article précité in : *Jusletter* (n. 106), n°s 8-18.

de services[111]. Il est cependant très délicat de prédire l'évolution de la jurisprudence de la CJCE sur ce point.

Il convient enfin de noter que les faits de la cause se sont produits avant l'entrée en vigueur de l'Accord entre la Communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999[112] (ALCP)[113]. Cela étant précisé, il ne faut pas perdre de vue que l'article 22 al. 3/ii de l'Annexe I de l'ALCP réserve "les dispositions législatives, réglementaires et administratives existantes dans chaque partie contractante à l'entrée en vigueur [de l'ALCP] à propos […] des services financiers dont l'exercice exige une autorisation préalable sur le territoire d'une partie contractante et dont le prestataire est soumis à un contrôle prudentiel des autorités publiques de cette partie contractante". L'ALCP ne change donc pas fondamentalement la donne sur ce point particulier.

XI. Divers

A. Loi fédérale sur le Tribunal fédéral / Loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral

Les lois fédérales sur le Tribunal fédéral (LTF) et sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), du 17 juin 2005, sont entrées en vigueur le 1er janvier 2007[114]. Pour mémoire, les décisions de la CFB susceptibles de recours[115] peuvent désormais être attaquées devant le Tribunal administratif fédéral[116]. La voie du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral est ouverte à l'encontre des arrêts rendus par le Tribunal administratif fédéral dans le domaine bancaire et financier, sauf en matière d'entraide administrative internationale[117].

---

111 Point 49 de l'arrêt. Cf. Hirsbrunner / Seidl, article précité in : *Jusletter* (n. 106), nº 19.

112 RS 0.142.112.681.

113 Point 26 de l'arrêt.

114 RO 2006, pp. 1205-1252 et 2197-2287 ; RS 173.110 et 173.32. Cf. Bovet / Richa (n. 85), pp. 152-154.

115 Cf. les articles 44-46a et 25-25a de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021). A ce propos, cf. spécialement Manfrini P. L., "Le Tribunal administratif fédéral", in : Bellanger F. / Tanquerel T. (édit.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Journée de droit administratif 2006*, Genève / Bâle / Zurich (Schulthess) 2006, pp. 25-41, 33-34.

116 Art. 33 let. f LTAF. Voir la contribution de Christian Bovet dans le présent ouvrage.

117 Art. 83 let. h LTF. Cf. Bellanger F., "Le recours en matière de droit public", in : Bellanger / Tanquerel (n. 115), pp. 43-70, 54 ; Aemisegger H., "Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten", in : Ehrenzeller B. / Schweizer R. J. (édit.), *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis*, St-Gall (IRP) 2006, pp. 103-210, 136.

B. Sociétés cotées en bourses : nouvelles règles sur la transparence des indemnités des dirigeants

La révision du Code des obligations relative à la transparence des indemnités des dirigeants de sociétés cotées en bourse est entrée en vigueur le 1er janvier 2007[118]. En vertu de cette révision, ces sociétés sont tenues d'indiquer, dans l'annexe au bilan, le montant des indemnités versées directement ou indirectement aux membres du conseil d'administration, du conseil consultatif et de la direction, ainsi que le montant des prêts et autres crédits qui leur sont accordés[119]. Les indications sur les indemnités et crédits doivent inclure :

- le montant global accordé aux membres du conseil d'administration, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction ;
- le montant global accordé aux membres de la direction, ainsi que le montant accordé au membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée, avec mention du nom et de la fonction de ce membre ;
- le montant global accordé aux membres du conseil consultatif, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction[120].

L'indication porte également sur les indemnités, prêts et autres crédits en faveur des *anciens* membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif lorsque, s'agissant des indemnités, elles sont en relation avec leur ancienne activité d'organe de la société ou, s'agissant des indemnités, prêts et autres crédits, ils ne sont pas conformes à la pratique du marché[121]. De plus, les indemnités, prêts et autres crédits non conformes à la pratique du marché versés ou accordés aux *proches* des membres – actuels ou anciens – du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif doivent aussi faire l'objet d'une indication dans l'annexe au bilan[122]. Les sociétés cotées en bourse sont enfin tenues d'indiquer, dans ladite annexe, "les participations ainsi que les droits de conversion et d'option de chacun des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif y compris les participations des personnes qui leur sont proches, avec mention de leur nom et de leur fonction" [123].

---

118 RO 2006, pp. 2629-2632. Cf. Héritier Lachat A. : www.unige.ch/cdbf, actualité n° 442 du 13 juin 2006. Sur le projet du Conseil fédéral (peu modifié sur le fond par les Chambres), cf. Thévenoz / Richa (n. 68), pp. 125-130.

119 Art. 663b^bis al. 1-4 CO.

120 Art. 663b^bis al. 4 CO.

121 Art. 663b^bis al. 1 ch. 4 et al. 3 ch. 2 CO.

122 Art. 663b^bis al. 1 ch. 5, al. 3 ch. 3 et al. 5 CO.

123 Art. 663c al. 3 CO.

C. Loi fédérale sur la transparence

La loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence; LTrans), du 17 décembre 2004, est entrée en vigueur le 1er juillet 2006[124]. Selon son article 2 al. 2, elle ne s'applique ni à la BNS, ni à la CFB. S'agissant de l'exemption de cette dernière, le Conseil fédéral a fourni la justification suivante:

> "[…] en sa qualité d'autorité de surveillance des activités bancaires et boursières, la CFB opère dans un domaine extrêmement sensible du point de vue tant économique que politique. Il paraît dès lors justifié de faire de la CFB la seule autorité de surveillance faisant partie de l'administration fédérale décentralisée à bénéficier d'une dérogation au champ d'application de la loi sur la transparence."[125]

Il est permis de se demander si cette justification n'est pas aussi valable pour d'autres commissions fédérales telles que la Comco et la Commission de la communication (Comcom).

D. Placement de la fortune d'une institution LPP

Selon un arrêt du TF, du 4 janvier 2006[126], les principes de la sécurité et de la répartition des risques lors du placement de la fortune ne souffrent aucune exception[127]. Le placement de plus de 90% des actifs auprès d'une seule débitrice – même si celle-ci est une banque, au demeurant employeur des assurés – viole le principe de la diversification des placements (catégories, régions et secteurs économiques), en tout cas lorsque la débitrice est active dans un secteur particulier et dans une région bien délimitée[128]. En l'espèce, la banque en question est essentiellement active sur le marché des prêts hypothécaires pour des logements dans les régions de Thoune et du Simmental.

XII. Conclusion

S'agissant de l'évolution de la jurisprudence administrative et de la réglementation en matière bancaire et financière, ainsi que, plus largement, de l'évolution du droit public économique, on distingue, selon nous, plusieurs tendances à l'heure actuelle.

---

124 RO 2006, pp. 2319-2329; RS 152.3.
125 Message du 12 février 2003, FF 2003, pp. 1807-1887, 1831.
126 ATF 132 II 144 *Pensionskasse der Amtsersparniskasse Thun*.
127 Consid. 2.2.
128 Consid. 2.4. Le chapeau de l'arrêt est imprécis sur ce point!

A. Des autorités politiques parfois un peu suivistes

Le droit public économique suisse est profondément influencé par le droit communautaire. Ce constat s'applique également – à de notables exceptions près – au droit public adopté dans le secteur bancaire et financier. Concrètement, un nouveau règlement européen ou une nouvelle directive européenne sont susceptibles d'engendrer une révision du droit suisse. En somme, *l'impulsion* d'une réforme interne peut venir – indirectement, bien entendu – de l'extérieur, de Bruxelles en particulier. En d'autres termes, on perçoit parfois une forme de suivisme de la part des autorités suisses. Il suffit de penser aux changements législatifs récents dans les domaines de la surveillance des assurances privées[129] ou – en partie à tout le moins – des placements collectifs de capitaux[130]. Ainsi en va-t-il également de plusieurs points du projet de loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité qui fait lui aussi suite à une réforme du droit communautaire[131]. Cette influence

---

129 Message du Conseil fédéral du 9 mai 2003, FF 2003, pp. 3353-3478, notamment 3354 : "Cette refonte du droit de surveillance intervient alors que l'Union européenne a quasiment achevé la mise en place du marché intérieur et l'harmonisation du droit dans le domaine de l'assurance. Il a ainsi été possible de prendre en considération les principales évolutions qui se sont manifestées dans ce domaine en Europe."
Il est intéressant de relever que le droit de la surveillance des assurances nécessitait, depuis longtemps, une révision totale, du fait notamment de son manque de clarté (cf. notamment FF 2003, p. 3354 : "Le droit régissant la surveillance des entreprises d'assurance privées est actuellement réparti entre cinq lois fédérales. La clarté de la réglementation n'est pas suffisante, notamment pour les entreprises soumises à cette surveillance, et la dispersion des normes est parfois source d'insécurité juridique."). L'impulsion de la réforme est néanmoins venue du développement du droit communautaire. Le législateur en a alors profité pour remédier aux carences du droit suisse existant depuis de nombreuses années.

130 Message précité (n. 12), FF 2005, notamment p. 6005 : "En résumé, aussi bien l'autorité de surveillance que la SFA ont identifié une double nécessité d'intervention. D'une part, il s'agit de préserver l'eurocompatibilité de la LFP, afin de ne pas courir le risque de discriminer encore davantage les fonds en valeurs mobilières suisses à l'étranger. Dans ce but, les directives de l'UE 2001/107/CE et 2001/108/CE doivent être totalement appliquées. D'autre part, le champ d'application de la LFP doit être étendu et la loi largement libéralisée, sans porter préjudice à la protection des investisseurs."
Ici aussi, il est très instructif de noter que la réforme du droit communautaire a contribué à entraîner celle du droit suisse. Le législateur fédéral en a alors profité pour modifier le droit suisse sur d'autres points nécessitant une réforme depuis plusieurs années (cf. FF 2005, pp. 6004-6005).

131 Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2004, FF 2005, pp. 1493-1588, spécialement 1494 et 1563-1565 : "En raison des développements au sein de l'UE (entrée en vigueur du règlement 1228/2003 le 1er juillet 2004), la réglementation du commerce transfrontalier d'électricité est prioritaire." (p. 1494).
Il est évidemment plus difficile de tirer des enseignements de cette procédure législative, compte tenu du rejet, par le peuple suisse, de la loi sur le marché de l'électricité le 22 septembre 2002.

– partielle, évidemment – du calendrier européen sur le calendrier législatif suisse comporte indiscutablement des aspects positifs. Cela dit, la Suisse doit également examiner la question de réformer son droit de manière *autonome*. Il faut éviter que les autorités politiques suisses prennent l'habitude d'attendre une réforme du droit communautaire pour lancer une réforme en Suisse.

Sur *le fond*, le souci d'"eurocompatibilité" du droit suisse est sans doute réjouissant et mérite d'être salué, même s'il dénote parfois une forme de suivisme, *matériel* cette fois[132]. Il sied toutefois de garder à l'esprit deux difficultés qui peuvent le guetter. En premier lieu, le droit communautaire coexiste, dans certains domaines, avec des règles relevant du droit national. Le droit de la concurrence en constitue l'exemple par excellence[133]. Si le droit suisse se fonde sur le seul droit communautaire, cela risque alors de donner lieu à une comparaison tronquée, du fait que le droit national des Etats membres de l'Union européenne est négligé[134]. Or les solutions retenues en droit communautaire peuvent ne s'avérer que partiellement adaptées aux problèmes que rencontre un Etat, en particulier ceux qui ont une portée purement nationale et qui, de ce fait, ne sont en principe pas pris en compte par le droit communautaire[135]. Dans les domaines où celui-ci coexiste avec le droit national, l'analyse comparative faite par les autorités suisses doit en réalité être double[136] pour s'avérer satisfaisante.

En second lieu, l'alignement du droit suisse sur le droit européen et sur divers droits étrangers pertinents dans un domaine déterminé – anglais ou luxembourgeois en matière bancaire et financière, par exemple – ne saurait dispenser les autorités politiques suisses d'une *réflexion autonome* sur la nécessité d'une réforme

---

132 Le droit matériel suisse de la concurrence ou celui de la surveillance des assurances privées sont alignés, dans une importante mesure – des divergences subsistent néanmoins –, sur le droit communautaire.

133 Voir notamment, d'une manière générale, Decocq A. / Decocq G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 2e éd., Paris (LGDJ) 2004.

134 Dans le même sens, voir Zäch R., "Querverbindungen bzw. 'Harmonisierung' des schweizerischen mit dem europäischen Kartellrecht", à paraître in : Cottier T. / Breuss F. / Müller-Graff P.-M. (édit.), *Die Schweiz und Europa*, Baden-Baden (Nomos) 2007.

135 A titre d'exemple, la définition de l'entreprise dominant le marché (art. 4 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [LCart] ; RS 251) s'inspirait initialement, dans une large mesure, du droit communautaire (voir notamment Clerc E. in : Tercier P. / Bovet C. [édit.], *Commentaire romand du droit de la concurrence*, Genève / Bâle / Munich [Helbing & Lichtenhahn] 2002, pp. 169-170, no 28 ad Art. 42 al. 2 LCart). Cette notion a été modifiée lors de la révision de la LCart du 20 juin 2003 (en vigueur depuis le 1er avril 2004) en s'inspirant du droit allemand, de façon à tenir compte de la situation des PME dont se désintéresse largement le droit communautaire (voir le Message du Conseil fédéral du 7 novembre 2001, FF 2002, pp. 1911-1948, 1933 ; cf. également Zäch R., *Schweizerisches Kartellrecht*, 2e éd., Berne [Stämpfli] 2005, p. 278, no 575).

136 Elle doit porter sur le droit communautaire *et* sur le droit national des Etats membres de l'Union européenne.

plus approfondie du droit suisse. Dans certains domaines, une telle réforme est susceptible de renforcer l'attractivité de la place économique suisse, sans que des valeurs jugées importantes dans notre pays ne s'y opposent. En d'autres termes, les autorités politiques suisses ne sauraient se muer en de simples chambres d'enregistrement du droit communautaire ou du droit d'Etats étrangers "concurrents", mais doivent se demander – chaque fois que cela se justifie – si l'économie suisse profiterait d'une réforme de plus grande ampleur. En un mot comme en cent, les autorités politiques suisses doivent conserver une certaine *audace*. A titre d'exemple, le succès de la future société en commandite de placements collectifs est étroitement lié au régime fiscal applicable à la participation aux gains en capital[137]. Selon le choix fait au plan fédéral[138], cette réforme pourrait, en réalité, rester pratiquement lettre morte.

B. Un droit et une pratique en phase d'intégration partielle

Le droit bancaire et financier se trouve à un tournant, si l'on songe en particulier au projet de créer une autorité *intégrée* de surveillance des marchés financiers[139]. Plus largement, le droit public économique est lui-même *en phase de consolidation* ou – pour reprendre le terme en vogue à Berne – *d'intégration*, partielle à tout le moins. Pendant longtemps, cette matière était très largement sectorielle. Plusieurs facteurs concourent désormais au développement d'une sorte de *partie générale* du droit public économique, socle sur lequel reposent ses différentes composantes. Certes, les normes constitutionnelles relatives à l'économie[140] forment d'ores et déjà une telle partie générale. La nouveauté tient au fait que le droit ordinaire, c'est-à-dire infraconstitutionnel, et la pratique y relative donnent des signes d'intégration.

Le projet de loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) représente un changement de paradigme en matière de droit de surveillance en Suisse. Ce projet comporte non seulement un volet organisationnel, mais énonce aussi des principes de réglementation des marchés financiers, fixe les règles en matière de responsabilité et harmonise les instruments de surveillance ainsi que les sanctions. Certes, l'activité de la FINMA ne couvrira pas l'ensemble du droit public économique, et des lois spéciales continueront à

---

137 Cf. supra II.A.

138 L'article 119 al. 3 OPCC se borne à indiquer que "[l]es personnes à la tête des associés indéfiniment responsables peuvent participer à la société en tant que commanditaires (a) si le contrat de société le prévoit, (b) si la participation repose sur leur fortune privée, et (c) si la participation est souscrite au moment du lancement" (cf. aussi le rapport explicatif précité [n. 43], p. 33). La question fiscale sera réglée dans la législation fiscale.

139 Voir la contribution de Christian Bovet dans le présent ouvrage.

140 Art. 94-107 de la Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (RS 101).

régir les activités régulées. Cependant, la LFINMA, si elle est approuvée par les Chambres, contribuera à une certaine forme d'"intégration" – partielle évidemment – du droit public économique.

Un deuxième facteur d'intégration se rapporte à l'autorité de recours. Le 1er janvier 2007, le Tribunal administratif fédéral s'est substitué aux 35 commissions fédérales et services départementaux de recours chargés d'examiner les recours et de rédiger les décisions correspondantes au nom du Conseil fédéral ou pour un département donné. Toutes ces instances de recours sont donc remplacées par une instance judiciaire *unique*. Certes, le Tribunal administratif fédéral est composé de chambres. Toutefois, il devra inévitablement développer une pratique cohérente et homogène, voire uniforme.

Un troisième facteur – de rapprochement cette fois – est dû aux ponts qui s'établissent ou sont susceptibles de s'établir entre les pratiques respectives des autorités chargées d'appliquer le droit public économique. A titre d'exemples, les questions liées à la relation entre l'autorité de décision et son secrétariat[141], à la protection des secrets d'affaires, à l'analyse d'une cause selon la réalité économique ou aux garanties de procédure[142] se posent, dans de nombreux cas, en termes similaires dans les différents domaines du droit public économique. Aussi une autorité est-elle souvent en mesure de tirer des enseignements importants de la pratique développée par une "autorité sœur", même s'il faut toujours être prudent car certaines lois contiennent des règles particulières[143]. Enfin, le droit fédéral lui-même érige quelques ponts entre autorités fédérales[144].

C. Des autorités d'application du droit plutôt pragmatiques

La présente chronique montre que, dans bon nombre de causes, les autorités d'application du droit – y compris le Tribunal fédéral en dernière instance – font

---

141 Voir l'arrêt précité du Tribunal fédéral, du 9 février 2006 (n. 76), consid. 3.2.3 relatif à la relation entre la CFB et son secrétariat. Ce considérant présente *mutatis mutandis* un intérêt pour d'autres autorités, notamment la Comco et son secrétariat.

142 Voir, à propos du droit d'être entendu, l'arrêt précité du Tribunal fédéral, du 9 février 2006 (n. 76), consid. 3.2.1 ainsi que 3.2.5 (procédure devant la CFB), et l'ATF 132 II 257 *Swisscom Fixnet AG*, consid. 4.2 (procédure devant la ComCom).

143 A titre d'exemple, voir l'article 30 al. 2 LCart (garantie supplémentaire en matière de droit d'être entendu). A propos de cette disposition, cf. ATF 129 II 497 *EEF*, consid. 2.2.

144 Pour une illustration relative à la relation entre la ComCom et la Comco, cf. l'art. 11 al. 3 de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC ; RS 784.10). A propos de cette disposition, cf. ATF 131 II 13 *Swisscom Fixnet AG*, consid. 1.2 et les références doctrinales ; cf. également un communiqué de presse de la Comco, du 28 novembre 2006, relatif aux opérateurs de téléphonie mobile en Suisse (dans un avis du 20 novembre 2006, destiné à la ComCom, la Comco a retenu que les trois opérateurs de téléphonie mobile Swisscom, Orange et Sunrise sont dominants sur le marché de la terminaison d'appels sur leurs réseaux).

plutôt preuve de *pragmatisme* et ne s'arrêtent pas à des considérations purement formelles. Elles n'hésitent pas, comme dans l'affaire relative aux avoirs de Mobutu, à se montrer peu formalistes pour arriver à un résultat équitable[145]. Elles se fondent sur la réalité économique lorsque des relations d'affaires concernent une banque suisse, même si les relations ont été formellement nouées avec une de ses filiales, située aux Bahamas[146]. Elles font abstraction de la qualification civile en droit américain d'une procédure de confiscation pour envisager d'appliquer le droit de l'entraide internationale en matière pénale[147]. Il leur arrive de retirer une autorisation bancaire, puis de surseoir à l'exécution de cette décision en accordant à la banque un délai de six mois pour trouver un repreneur[148]. Elles sont disposées, dans certains cas, à trouver un arrangement amiable afin d'obtenir des résultats rapidement, à l'instar des autorités de la concurrence dans l'affaire des cartes de crédit[149].

Il est souvent de bon ton de s'en prendre aux autorités d'application du droit, Tribunal fédéral compris. La présente chronique ne s'inscrit pas dans cette optique, étant entendu que l'une ou l'autre décision passée en revue peut évidemment prêter le flanc à la critique.

D. L'élagage du droit de surveillance ?

Une quatrième tendance est peut-être en train de voir le jour, celle consistant à *élaguer* le droit de surveillance. La CFB examine en tout cas la question[150]. Elle a déjà abrogé, le 1er décembre 2006, cinq circulaires[151] et deux autres textes[152]. Cela étant dit, l'élagage est une opération délicate menacée par deux écueils. En premier lieu, il convient de ne pas supprimer ce qui est important ou même simplement utile. Or l'utilité d'une règle n'est pas toujours d'emblée perceptible et n'apparaît parfois qu'après un certain laps de temps. Il peut, en d'autres termes, s'avérer difficile de distinguer le superflu du nécessaire ou de l'utile. De plus, chaque règle s'inscrit dans un ensemble qui ne doit pas être fragilisé. En second lieu, il faut éviter d'éveiller des attentes trop importantes en la matière, par trop

---

145 Cf. supra VIII.

146 Cf. supra VI.

147 Cf. supra VII.A.

148 Cf. supra IV.C.1.

149 Cf. supra XI.A.

150 *Elagage du droit de surveillance*, rapport de la CFB sur l'examen de la réglementation actuelle des marchés financiers par voie d'ordonnances et de circulaires, Berne, juillet 2006.

151 Circ.-CFB 97/2, 93/1, 86/1, 81/1 et 72/1.

152 Communication nº 6 (questions d'interprétation des directives de la CFB sur les dispositions régissant l'établissement des comptes) ; annexe 2 f de la communication nº 3 (ordres donnés directement au *broker* par le client d'une banque).

difficiles à satisfaire. Dans ce domaine comme dans d'autres, la *politique des petits pas* – spécialité suisse – devrait l'emporter en fin de compte, même si cela est, à certains égards, regrettable. En somme, l'élagage est une entreprise louable, mais dont le succès substantiel et durable n'est aucunement assuré car il suppose de couper. Or il y a loin de la coupe aux lèvres !

RÉGLEMENTATION BANCAIRE ET FINANCIÈRE : INVENTAIRE DES PROJETS EN COURS

(Etat au 15 février 2007)

Inventaire réalisé par Aude PEYROT et Diana IVOSEVIC WOOLLCOMBE. Une version électronique, donnant accès aux documents cités en référence (liens hypertextes), est disponible sous www.unige.ch/cdbf. Pour un aperçu des développements intervenus en 2005, il est renvoyé à l'inventaire précédent (état au 11 janvier 2006) effectué par Alexandre RICHA, également disponible à cette adresse.

Plan

I. Bourses, sociétés cotées et valeurs mobilières (1 à 7)
II. Normes prudentielles, surveillance et réglementation des intermédiaires financiers (8 à 16)
III. Révision et audit (17 et 18)
IV. Lutte contre le blanchiment d'argent (19 à 25)
V. Placements collectifs et produits structurés (26 à 31)
VI. Trusts (32)
VII. Poursuite pour dettes et faillite (33)
VIII. Fiscalité (34 et 35)
IX. Autres projets en cours – pour mémoire

I. Bourses, sociétés cotées et valeurs mobilières

1. Transparence de la rémunération des cadres

Les nouvelles dispositions du Code des obligations, entrées en vigueur le 1er janvier 2007, réglementent la transparence des indemnités perçues par les membres du conseil d'administration et de la direction de sociétés anonymes dont les actions sont cotées en bourse. La modification instaure l'obligation pour ces sociétés d'indiquer dans l'annexe au bilan le montant des indemnités et des crédits accordés aux cadres supérieurs ainsi qu'à leurs proches. Les émetteurs sont tenus de rendre public le montant global accordé aux membres du conseil d'administration et le montant octroyé à chacun d'entre eux. Pour la direction, la publication porte uniquement sur le montant global accordé à ses membres et sur le montant accordé au membre dont la rémunération est la plus élevée. Les informations sur les participations, droits de conversion et d'option détenus

par chacun des membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif, ainsi que par leurs proches doivent également être divulguées.

Etat : La révision du Code des obligations est entrée en vigueur le 1er janvier 2007. Elle s'applique à l'exercice comptable débutant à la même date.

- *Communiqué du DFJP, du 24 mai 2006*
- *Modification du Code des obligations, du 7 octobre 2005, RO 2006 2629*
- *Message du Conseil fédéral, du 23 juin 2004, FF 2204 4223*
- *Anne Héritier Lachat, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 442 du 13 juin 2006*

2. Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable

L'avant-projet de révision du droit des sociétés anonymes et du droit comptable, mis en consultation fin 2005, vise à corriger les faiblesses et lacunes de l'actuel droit des sociétés. Le volet gouvernement d'entreprise tend à améliorer la position des actionnaires et moderniser les règles sur la tenue de l'assemblée générale. L'assouplissement de la structure du capital d'une société anonyme par l'introduction d'une "marge de fluctuation du capital" constitue le deuxième objectif majeur de la révision. L'avant-projet vise en outre une refonte d'envergure du droit comptable qui concernera toutes les sociétés de capitaux. Le régime comptable ne devrait plus dépendre de la forme sociale d'une entreprise, mais de son importance économique.

Etat : Les résultats de la procédure de consultation ont été publiés le 14 février 2007. Le Conseil fédéral devrait élaborer son message d'ici fin 2007.

- *Communiqué de presse du DFJP, du 14 février 2007*
- *Résumé des résultats de la procédure de consultation (février 2007)*
- *Feuille d'information de l'OFJ*
- *Communiqué du DFJP, du 5 décembre 2005*
- *Avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, du 2 décembre 2005*
- *Rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, du 2 décembre 2005*
- *Rashid Bahar, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 396 du 16 décembre 2005*

3. Directive "Corporate Governance" de la Bourse suisse (SWX)

Compte tenu de l'entrée en vigueur des règles sur la transparence des rémunérations des dirigeants dans le Code des obligations (cf. N. 1), la Bourse suisse a procédé à une révision de sa Directive concernant les informations relatives à la Corporate Governance (DCG). La plupart des dispositions qui ont trait à la présentation des rémunérations, des participations et des prêts accordés aux cadres supérieurs d'un émetteur de titres cotés à la Bourse suisse sont supprimées. Les sociétés suisses doivent désormais appliquer directement les nouvelles dispositions du

Code des obligations. Les sociétés étrangères cotées uniquement à la Bourse suisse (et non dans leur pays d'origine) doivent appliquer par analogie le nouvel article 663b^bis^ CO. Toutes les sociétés cotées à la Bourse suisse restent par ailleurs tenues de publier dans leur rapport de gestion les indications sur le contenu et la procédure de fixation des rémunérations. L'indication des représentations réciproques dans les conseils d'administration des sociétés cotées n'est plus exigée. En outre, le principe *comply or explain* s'applique à l'ensemble des prescriptions de la Directive. La Bourse suisse a actualisé son commentaire relatif à cette Directive en août 2006.

Etat : La modification de la Directive de la Bourse suisse sur la Corporate Governance est entrée en vigueur le 1er janvier 2007.

- *Communiqué de l'Instance d'admission n° 4/2006, du 28 juillet 2006 – modification de la Directive DCG*
- *Directive de la Bourse suisse (SWX) sur la Corporate Governance, modification du 29 mars 2006*
- *Commentaire relatif à la Directive sur la Corporate Governance (état au 1er août 2006)*

4. Nouveau règlement de la Bourse suisse relatif à la procédure d'enquête et de sanction

La SWX Swiss Exchange a adopté un nouveau Règlement de procédure (RP). Il s'applique à la procédure d'enquête et de sanction visant les émetteurs, les participants et les traders qui contreviennent au Règlement de cotation, aux règlements complémentaires ou aux Conditions générales de la SWX. Il introduit des nouveautés d'ordre organisationnel et procédural. Une nouvelle instance dite Commission des sanctions a remplacé la Commission disciplinaire. Elle regroupe en son sein tout le pouvoir judiciaire. L'Instance d'admission qui a renoncé à ses fonctions correspondantes conserve ses compétences législatives. La surveillance de l'application des règles de cotation et l'ouverture de procédures éventuelles contre les émetteurs incombent désormais au Département Admission. Le RP comprend en outre des dispositions générales (récusation, langue, déroulement des procédures, délais, prescription, frais), régit le déroulement de l'enquête et de la procédure devant la Commission de sanctions, les voies de recours et l'information du public. Il dote les organes d'enquête de nouveaux instruments (ordonnance de sanction, accord).

Etat : Le Règlement de procédure est entré en vigueur le 1er janvier 2007. Il ne s'applique pas aux enquêtes ouvertes avant cette date.

- *Règlement de procédure (RP)*
- *Communiqué de l'Instance d'admission n° 8/2006 du 20 novembre 2006*
- *Communiqué de presse*
- *Aude Peyrot, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 479 du 23 novembre 2006*

5.
L'adaptation de la réglementation relative au segment SWX "compatible UE" suite à la transposition de la Directive Transparence

La Directive Transparence de l'UE (DT) a été transposée au Royaume-Uni par le biais des *Disclosure and Transparency Rules* (DTR), entrées en vigueur le 20 janvier 2007. Ces nouvelles règles ont entraîné un ajustement de la réglementation relative au segment SWX "compatible UE", qui s'est effectué par une révision du Règlement complémentaire de cotation au segment SWX "compatible UE" (RC UE) et l'adoption de la Directive concernant les conditions pour le maintien de la cotation sur le segment SWX "compatible UE" (DMEU). La nouvelle réglementation introduit des nouveautés quant aux exigences en matière d'information périodique, aux devoirs d'information permanents, à la publicité des participations ainsi qu'aux devoirs d'annonce et de stockage.

L'Instance d'admission a par ailleurs décidé de supprimer, sans les remplacer, l'article 11 ch. 7 RC UE et le chiffre marginal 6 ch. 2 de la Directive concernant la procédure de cotation au segment SWX "Compatible UE" (DCEU). Ces dispositions ont été jugées comme non pertinentes dans le cadre législatif suisse, puisque, contrairement au droit communautaire, il ne connaît pas le prospectus d'admission au négoce.

Etat : Les modifications du RC UE et la nouvelle DMEU ont été adoptées le 1er novembre 2006. Elles sont entrées en vigueur le 20 janvier 2007. La DMEU remplace l'ancienne Directive concernant les obligations des émetteurs en vertu de l'article 23 du RC UE.

- *Règlement complémentaire de cotation au segment SWX "Compatible UE" (RC UE), modification du 1er novembre 2006*
- *Directive concernant les conditions pour le maintien de la cotation sur le segment SWX "Compatible UE" (DMEU)*
- *Directive concernant la procédure de cotation au segment SWX "Compatible UE" (DCEU), modification du 1er novembre 2006*
- *Communiqué de l'Instance d'admission n° 2/2007, du 19 janvier 2007*
- *Communiqué de l'Instance d'admission n° 17/2006, du 21 décembre 2006*
- *Communiqué de l'Instance d'admission n° 16/2006, du 21 décembre 2006*

6.
Présentation des comptes

Les Swiss GAAP RPC font actuellement l'objet d'une refonte totale. Le nouveau concept s'articule autour de trois éléments : le cadre conceptuel, les RPC fondamentales et les autres RPC. Il vise notamment à adapter les exigences à la taille et aux caractéristiques des entités qui doivent présenter leurs comptes et à proposer une gradation dans ces exigences. Selon le nouveau concept, les petites entreprises ont la possibilité de ne prendre en considération que le cadre conceptuel et les RPC fondamentales. Les autres entreprises qui présentent leurs comptes sur la base des Swiss GAAP RPC doivent appliquer l'intégralité du

référentiel. Le cadre conceptuel révisé est déjà entré en vigueur au début de l'année 2006, tandis que les RPC fondamentales et les autres RPC (à l'exception des RPC 14, 21 et 26) sont actuellement en cours de révision. Les RPC spécifiques à certaines branches (RPC 14, 21 et 26) demeureront inchangées.

Par ailleurs, la CFB a révisé ses Directives sur les dispositions régissant l'établissement des comptes (DEC-CFB) au terme de la procédure d'audition qui a couru jusqu'au 30 novembre 2006. Cette révision a notamment été motivée par le remaniement des Swiss GAAP RPC. Les Directives révisées intègrent les recommandations Swiss GAAP RPC qui sont pertinentes pour les banques et les négociants en valeurs mobilières et ne se contentent plus d'y renvoyer uniquement. Elles adaptent en outre certains points mineurs à la nouvelle ordonnance sur les fonds propres (Bâle II) (cf. N. 6) et incorporent divers éléments qui figuraient auparavant dans des documents dispersés. Le texte révisé comprend peu de modifications majeures par rapport au texte mis en consultation.

Etat: Le cadre conceptuel des Swiss GAAP RPC est entré en vigueur le 1er janvier 2006. Les RPC fondamentales ont été mises en consultation jusqu'à la mi-février 2006 et les autres RPC jusqu'à la fin avril 2006.

Les modifications des DEC-CFB ont été adoptées le 21 décembre 2006. Elles sont entrées en vigueur le 31 décembre 2006. Certains éléments sont applicables dès les bouclements arrêtés au 31 décembre 2006. Les autres modifications s'appliquent aux exercices qui commencent le 1er janvier 2007 ou ultérieurement pendant cette même année.

- *Refonte totale des Swiss GAAP RPC, mise en consultation des autres Swiss GAAP RPC*
- *Révision des Directives CFB régissant l'établissement des comptes (DEC-CFB), du 21 décembre 2006*
- *Projet de révision des Directives CFB régissant l'établissement des comptes (DEC-CFB), du 27 octobre 2006*
- *Communication de la CFB, du 30 octobre 2006*

7. Titres intermédiés

La refonte du droit suisse en matière de conservation et de gestion des papiers-valeurs comporte deux volets : d'une part l'introduction d'une nouvelle loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI), d'autre part la ratification de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire du 13 décembre 2002. Les deux instruments étant étroitement liés, les autorités compétentes ont opté pour une procédure commune. Dans la mesure du possible, une entrée en vigueur simultanée est également envisagée.

Le projet de loi sur le dépôt et le transfert de titres intermédiés a été présenté en juin 2004 par un groupe de travail dirigé par la BNS. Il vise à améliorer la sécurité juridique des transferts de titres et de la création de gages sur les titres. En regroupant dans un seul texte la plupart des règles sur les titres intermédiés et en

instaurant un régime identique pour les diverses formes de valeurs mobilières (titres en dépôts collectifs, certificats globaux et droits-valeurs), le projet favorise également la transparence et la lisibilité du droit suisse en la matière.

La Convention de La Haye du 13 décembre 2002 vise à uniformiser les législations applicables aux transactions internationales portant sur les titres. Elle contient des normes permettant de déterminer le droit applicable à la question du transfert de titres, à la constitution de sûretés portant sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, ainsi qu'à la nature des droits de l'investisseur.

Etat: Le 5 juillet 2006, la Suisse et les USA ont signé ensemble la Convention de La Haye sur les titres du 13 décembre 2002. Il s'agit à ce jour des deux seuls Etats signataires de la Convention. Trois instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont nécessaires pour que la Convention entre en vigueur. Le 15 novembre 2006, le Conseil fédéral a approuvé le Message relatif à la loi sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye. Le Message contient le projet de loi fédérale ainsi que le projet d'arrêté portant approbation et mise en œuvre de la Convention.

• Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés (version provisoire)

• *Communiqué de presse du DFF, du 15 novembre 2006*

• *Feuille d'information du DFF*

• *Communiqué du DFJP, du 9 décembre 2005*

• *Communiqué du DFF, du 7 septembre 2005*

• *Rapport concernant le projet de la loi sur les titres intermédiés et la Convention de La Haye sur les titres, du 15 juin 2004 (allemand)*

• *Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, du 13 décembre 2002*

• *Joël Veuve, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 455 du 18 juillet 2006*

II. Normes prudentielles, surveillance et réglementation des intermédiaires financiers

8. Bâle II – Fonds propres

a) Ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds propres

Le Conseil fédéral a approuvé le 29 septembre 2006 l'Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (OFR) transposant ainsi en droit suisse l'Accord Bâle II. Le nouveau régime s'applique à toutes les banques, mais d'une manière différenciée. Alors que la définition des fonds propres réglementaires et le ratio minimal requis restent inchangés, les banques et les

négociants en valeurs mobilières peuvent désormais, conformément à l'article 38 al. 1 OFR, opter entre trois approches distinctes pour mesurer les risques de crédit aux fins du calcul des fonds propres (1er pilier de Bâle II) : l'approche standard suisse (AS-CH), l'approche standard internationale (AS-BRI) et l'approche fondée sur les notations internes (IRB). La première est destinée aux banques exerçant principalement leur activité en Suisse et s'inspire largement de l'ancienne réglementation. La seconde est ouverte aux banques suisses à vocation internationale. Elle permet de calculer les fonds propres selon les prescriptions du Comité de Bâle et conformément aux directives de l'UE. L'approche IRB se divise en deux variantes (art. 65 al. 1 OFR) : l'IRB simple (*Foundation IRB*) et l'IRB avancée (*Advanced IRB*), toutes deux adaptées principalement aux besoins des grandes banques. Autre nouveauté introduite par Bâle II et transposée dans l'OFR : les exigences de fonds propres sont également requises pour la couverture du risque opérationnel, auquel appartient le risque juridique (art. 33 al. 2 let. d et 77 ss OFR). Quant aux dispositions sur les fonds propres additionnels (2e pilier), elles ont trait à la surveillance prudentielle en matière de gestion de risques qui ne sont pas, ou seulement partiellement, pris en compte par les approches générales de calcul du 1er pilier (risques de taux, de réputation, de concentration, risques stratégiques). Enfin, les dispositions transposant le 3e pilier de Bâle II visent à favoriser la discipline de marché en imposant aux banques des exigences de transparence accrues. Celles-ci doivent permettre aux acteurs du marché de mieux évaluer le profil de risque d'une banque ou d'un négociant et le niveau de sa capitalisation.

Etat : L'OFR est entrée en vigueur le 1er janvier 2007. L'application de ses dispositions est facultative dès cette date et deviendra obligatoire dès le 1er janvier 2008. Les approches les plus avancées, *Advanced IRB* pour les risques de crédit et les approches spécifiques à l'établissement pour les risques opérationnels, ne pourront pas être appliquées avant le 1er janvier 2008.

- *Ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (Ordonnance sur les fonds propres, OFR)*
- *Explications concernant la mise en œuvre en Suisse du nouvel accord de Bâle sur les fonds propres (octobre 2006)*
- *Communiqué du Département fédéral des finances, du 29 septembre 2006*
- *Nouvel Accord de Bâle sur les fonds propres*
- *Christian Bovet, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 470 du 19 octobre 2006*

b) Circulaire de la CFB "Adaptation des fonds propres de base"

La Circulaire de la CFB établit des instructions spécifiques concernant le calcul des fonds propres lorsqu'une banque applique l'un des standards internationaux reconnus par la CFB, possibilité offerte pour les comptes non-statutaires (bouclements consolidés et bouclements individuels supplémentaires). La faculté de calculer les fonds propres conformément

à un standard international trouve son fondement dans le fait qu'en vertu de l'article 13 OFR l'état des fonds propres doit être remis quatre fois par an à la BNS, alors que le bouclement statutaire est établi une fois par an et selon les directives de la CFB. La Circulaire et ses annexes contiennent diverses adaptations à apporter aux fonds propres établis selon les standards internationaux. Les corrections dites de "réconciliation des fonds propres" et "autres ajustements" doivent être remises exclusivement à la BNS. En outre, par cette circulaire, la CFB admet l'évaluation à la juste valeur de certains actifs et passifs n'appartenant pas aux opérations de négoce, moyennant le respect des exigences minimales du Comité de Bâle de juin 2006 ("*Supervisory Guidance*") et à condition qu'un "*Reporting* relatif à l'utilisation de l'option de juste valeur" soit remis directement à la CFB.

Etat: La Circulaire est entrée en vigueur le 1er janvier 2007. Elle est applicable dès cette date, indépendamment du moment choisi par la banque pour appliquer la nouvelle OFR. Un régime transitoire est prévu pour la période comprise entre l'entrée en vigueur de la Circulaire et l'application complète de l'OFR. La Circulaire abroge la Communication nº 32 de la CFB de 2003.

- *Circ.-CFB 06/8 "Adaptation des fonds propres de base", du 21 décembre 2006*
- *Rapport relatif à l'audition*
- *Lettre de la CFB, du 5 octobre 2006*

c) Communication de la CFB

La CFB a publié une Communication sur les informations techniques préliminaires relatives aux états des fonds propres. Elle a pour objectif de faciliter le passage au nouveau régime de Bâle II, en informant suffisamment tôt les établissements concernés sur le réaménagement de l'état des fonds propres qui en découlera. La CFB y donne un aperçu du régime transitoire, de la structure du nouvel état des fonds propres ainsi que des explications concernant les différents formulaires.

Etat: La Communication nº 40 de la CFB a été publiée le 19 juillet 2006.

- *Communication CFB nº 40, du 19 juillet 2006*
- *Etats de fonds propres (formulaires / explications)*

9. Bâle II – Risques

Les cinq nouvelles Circulaires adoptées fin septembre 2006 par la CFB visent à fournir des explications techniques et des prescriptions détaillées sur Bâle II. Elles concrétisent ainsi les nombreuses dispositions de l'Ordonnance sur les fonds propres (OFR). La Circulaire "Risques de crédit" renvoie directement aux normes minimales énoncées par le Comité de Bâle quant aux approches fondées sur la notation interne et se limite aux précisions strictement nécessaires. La Circulaire "Risques de marché" remplace la Circulaire 97/1 de la CFB en matière de description des risques de marché et de dotation correspondante en fonds

propres. La Circulaire "Risques opérationnels" donne des précisions sur le calcul des fonds propres en fonction des risques opérationnels. Quant à la Circulaire "Publication FP", elle précise les exigences relatives à la publication financière (3e pilier). Enfin, la Circulaire "Répartition des risques" est consacrée au traitement des dérivés de crédit, sous l'angle de la répartition des risques, ainsi qu'au traitement des positions interbancaires à court terme. Elle reprend en large partie les dispositions des Circulaires de la CFB 03/2 "Dérivés de crédit" et 00/1 "Créances interbancaires à court terme" qui ont par conséquent été abrogées.

Etat: Les cinq nouvelles Circulaires sont entrées en vigueur le 1er janvier 2007.

- *Explications de la CFB concernant la mise en œuvre en Suisse du nouvel accord de Bâle sur les fonds propres (octobre 2006)*
- *Circ.-CFB 06/1 "Risques de crédit", du 29 septembre 2006*
- *Circ.-CFB 06/2 "Risques de marché", du 29 septembre 2006*
- *Circ.-CFB 06/3 "Risques opérationnels", du 29 septembre 2006*
- *Circ.-CFB 06/4 "Publication FP", du 29 septembre 2006*
- *Circ.-CFB 06/5 "Répartition des risques", du 29 septembre 2006*
- *FAQ relatives à Bâle II (allemand)*
- *Explications de la CFB relatives à la Circulaire "Répartition des risques" (mars 2006)*

10. Bâle II – Agences de notation

La CFB a publié sa nouvelle Circulaire sur la reconnaissance des instituts de notation de crédit pour le calcul des fonds propres nécessaires (agences de notation), auxquels l'accord de Bâle II attribue un rôle majeur. Cette Circulaire régit la reconnaissance des prestataires pour le calcul des fonds propres des banques et des négociants en valeurs mobilières. Cette reconnaissance intervient de manière différenciée selon les segments de marché (secteur public, secteur privé, finance et produits de crédit structurés, titrisation). Les agences de notation doivent satisfaire à six critères d'éligibilité (objectivité, indépendance, accès aux notes de crédit/transparence, communication, ressources et crédibilité) et démontrer dans quelle mesure elles respectent le Code de conduite des agences de notation de l'Organisation internationale des commissions de valeurs. Outre l'activité d'agrément de prestataires à des fins prudentielles, la CFB diffuse la liste des organismes agréés, calcule, actualise et diffuse les tables de correspondance. Si les critères de reconnaissance ne sont plus remplis, la CFB peut prendre des mesures appropriées, voire retirer l'agrément. Elle peut également requérir à tout moment des renseignements ou des documents complémentaires. La Circulaire ne s'applique pas à la reconnaissance des agences de notation relatives aux placements collectifs de capitaux. Cette question sera traitée dans le cadre de la réglementation y relative.

Par ailleurs, dans la mesure où la procédure de reconnaissance n'a pu être achevée avant le 1er janvier 2007, la Circulaire autorise les banques à appliquer les notes de crédit d'une agence en cours de reconnaissance sur la base d'une table de correspondance, publiée provisoirement dans la Communication nº 42 de la CFB. La CFB a également publié la liste des agences reconnues à titre provisoire.

Etat : La Circulaire 06/7 de la CFB "Agences de notation" est entrée en vigueur le 1er janvier 2007.

- *Circ.-CFB 06/7 "Agences de notation"*
- *Rapport de la CFB consécutif à l'audition*
- *Explications de la CFB relatives au projet de Circulaire*
- *Communication CFB nº 42, du 21 décembre 2006*
- *Liste des agences de notation reconnues provisoirement*
- *Tables de correspondance provisoires*
- *Securitisation – Tables de correspondance provisoires SA-CH / SA-BIZ*
- *Securitisation – Tables de correspondance provisoires IRB*

11. Bâle II – Surveillance consolidée

La modification de la LB du 17 décembre 2004, entrée en vigueur le 1er janvier 2006 avec la loi fédérale sur la surveillance des assurances (LSA), a introduit la notion de surveillance des groupes et des conglomérats (art. 3c ss LB). La définition du périmètre de consolidation déterminant pour la surveillance par la CFB a fait l'objet d'une modification de l'Ordonnance sur les banques (OB), à l'occasion de l'introduction de la nouvelle Ordonnance sur les fonds propres (cf. N.8). Seules les sociétés actives dans le domaine financier d'un groupe financier ou d'un conglomérat financier font l'objet de la surveillance consolidée (art. 14 OB). Les notions de "domaine financier" et de "sociétés du groupe" sont désormais définies aux articles 11 et 13 OB. Le contenu de la surveillance consolidée est exposé à l'article 14a OB.

Quant à l'exigence de respecter sur une base consolidée les prescriptions sur les fonds propres (ancien art. 13a OB), elle est ancrée dorénavant dans la nouvelle Ordonnance sur les fonds propres (art. 6 à 12 OFR). Ce nouveau régime prévoit plusieurs allégements, notamment dans le domaine du traitement des participations minoritaires. Les banques pourront désormais choisir entre la consolidation proportionnelle et l'imputation de la participation en déduction de leurs fonds propres. Avec l'accord de la société d'audit, il est possible de renoncer à la consolidation intégrale des participations à des sociétés du groupe actives dans le domaine financier, si la détention est inférieure à une année. L'un des rares renforcements résultant par ailleurs des exigences posées par le Comité de Bâle concerne les sous-groupes financiers. Désormais, l'exemption de l'obligation de consolidation n'est accordée que lorsque les sociétés du groupe sont actives exclusivement en Suisse.

Etat : Les modifications de l'OB, introduites par le ch. 1 de l'annexe 7 de l'OFR,

sont entrées en vigueur à la même date que cette dernière, le 1er janvier 2007.

• *Modification de l'Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB).*

• *Ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (OFR)*

• *Explications concernant la mise en œuvre en Suisse du nouvel accord de Bâle sur les fonds propres (octobre 2006)*

• *Christian Bovet, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 470 du 19 octobre 2006*

12. Bale II – Reconnaissance du *netting* pour les produits dérivés

La technique de compensation de positions relatives à des produits dérivés (*netting*) présente de considérables avantages au niveau du bilan, notamment dans le domaine de la réduction des risques de crédit et de liquidités. Cette technique est reconnue par l'Accord de Bâle II. Si la transposition en droit suisse de cet Accord n'a pas entraîné de modifications substantielles par rapport au dispositif actuel régissant l'admissibilité du *netting*, elle a en revanche conduit à une révision de son cadre réglementaire. La compensation des positions résultant de contrats à terme et d'options avec la même contrepartie reste donc possible, à condition que les transactions soient évaluées quotidiennement au cours du marché et qu'un accord bilatéral ait été conclu avec cette contrepartie. Comme par le passé, il est exigé que cet accord soit reconnu et puisse être exécuté selon le droit du siège de la contrepartie, selon le droit régissant les transactions compensées et selon le droit régissant l'accord même.

Depuis le 1er janvier 2007, le *netting* est régi par la nouvelle Ordonnance sur les fonds propres (art. 47 et 99 OFR) ainsi que par la nouvelle Circulaire CFB 06/1 sur les "Risques de crédit" (Cm 40-48 et 115), et non plus par l'article 12f OB. Le recours aux prises de position de la Chambre fiduciaire, fondées sur la Circulaire n° 1276 (1997) de l'ASB, a été abandonné. Il incombe désormais à chaque établissement concerné d'apporter la preuve de l'admissibilité du *netting* dans les pays concernés, à la demande du réviseur ou de l'Autorité de surveillance (art. 47 al. 2 OFR).

Afin de faciliter le passage au nouveau régime, l'ASB prépare pour le printemps 2007 une plateforme d'informations, comportant une sélection d'avis de droit importants sur le *netting*. Ces derniers sont sollicités tant par l'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) que par l'ASB. Pour l'ISDA, il s'agit d'assurer la reconnaissance dans un grand nombre de pays des dispositions sur la compensation se trouvant dans son *ISDA Master Agreement*.

Etat : L'Ordonnance sur les fonds propres et la Circulaire "Risque de crédit" sont entrées en vigueur le 1er janvier 2007. Les prises de position annuelles de la Chambre fiduciaire ont été abandonnées à cette date.

• *Ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières (OFR)*

• *Circ.-CFB 06/1 "Risques de crédit", du 29 septembre 2006*

• *Communiqués de l'Association suisse des banquiers, des 3 novembre et 18 décembre 2006*

13. Reporting prudentiel

La Circulaire CFB 05/4 "*Reporting* prudentiel à la suite des bouclements annuels et semestriels" recense les informations qui doivent être communiquées annuellement et semestriellement par les banques et les négociants en valeurs mobilières à la CFB, respectivement à la BNS dans le cadre du *reporting* prudentiel. La communication s'effectue au moyen de formulaires d'annonce homogènes ainsi que sous format électronique. Le contenu des annonces est mentionné dans les deux annexes à la Circulaire. Il s'agit du bilan, du compte de résultat et des informations relatives aux correctifs de valeurs et de provisions, aux instruments financiers et aux avoirs de clientèle (art. 3 al. 2 let. c bis LB et art. 10 al. 2 let. d LBVM). Alors que le *reporting* annuel fournit l'ensemble de ces informations, le *reporting* semestriel, obligatoire uniquement pour les établissements tenus d'établir un bouclement intermédiaire (art. 23b OB), ne contient que les éléments du bilan et du compte de résultat (art. 25 et 25a OB). La nouvelle Circulaire remplace la Circulaire CFB 99/3 "Information préalable". Par rapport à cette dernière, le champ des informations communiquées sous forme électronique est élargi et le régime d'annonce provisoire est simplifié : si le *reporting* annuel doit toujours être transmis dans un délai de 60 jours dès la date de bouclement, la seconde annonce n'est désormais nécessaire qu'en cas de modification des chiffres transmis et doit intervenir dans un délai de 7 mois suivant la date du bouclement annuel.

Etat : La Circulaire sur le *reporting* prudentiel est entrée en vigueur le 31 décembre 2005. Dans une Communication du 20 février 2006, la CFB et la BNS ont défini le cercle d'établissements tenus de déclarer le *reporting* prudentiel semestriel sur base individuelle et sur base consolidée à partir du 30 juin 2006.

• *Communication de la CFB et de la BNS, du 20 février 2006*

• *Circulaire CFB 05/4 "Reporting prudentiel à la suite des bouclements annuels et semestriels", du 24 novembre 2005*

• *Annexe 1 : Composante des annonces*

• *Annexe 2 : Détenteurs de participations qualifiées ou prépondérantes*

14. Surveillance intégrée des marchés financiers

Le projet de loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) a été publié le 1er février 2006, au terme d'un laborieux processus. Son principal objectif est de créer une autorité de surveillance intégrée afin de renforcer la surveillance des marchés financiers, et de lui donner davantage de poids et de visibilité sur le plan international. La CFB, l'OFAP et l'Autorité de contrôle LBA seront regroupés dans une seule autorité sous la désignation d'"Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers"

(FINMA). Elle sera dotée d'un conseil d'administration exerçant des compétences générales et d'une direction qui prendra les décisions les plus importantes. Le conseil d'administration garde toutefois le pouvoir décisionnel dans les affaires de grande portée. Le projet n'énonce que les principes généraux de réglementation : l'actuelle législation sur les banques, les fonds de placement, la bourse et les assurances sera maintenue, de même que le système d'autorégulation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. En revanche, le projet innove dans le domaine de l'harmonisation des instruments de surveillance et des sanctions. La palette des sanctions administratives pouvant être prononcées par la FINMA est renforcée et élargie. Le projet révise et consolide le régime de sanctions pénales administratives qui reste dans les compétences du DFF et du Tribunal pénal fédéral. Une réorganisation des compétences en matière d'OPA est également envisagée. Ainsi, la Commission des OPA aura la possibilité de prendre formellement des décisions, qui pourront faire l'objet d'un recours à la FINMA, puis au Tribunal administratif fédéral.

Etat : Le Message du Conseil fédéral et le projet de loi ont été publiés le 1er février 2006. La date d'entrée en vigueur de la loi, qui coïncidera avec celle de la constitution formelle de la FINMA, sera fixée par le Conseil fédéral.

- *Communiqué de presse du DFF, du 1er février 2006*
- *Projet de loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), du 1er février 2006, FF 2006 2829*
- *Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN), du 1er février 2006, FF 2006 2741*
- *Alain Hirsch, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 410 du 2 février 2006*

15. Elagage du droit de la surveillance

En juin 2005, la CFB a lancé un processus consistant à examiner la réglementation actuelle sur les marchés financiers, en vue d'abroger les textes normatifs dont l'intérêt est jugé faible. A la suite d'une audition le 1er décembre 2006, elle a décidé d'abroger cinq circulaires et deux communications. Cette décision de la CFB ne concerne pas les circulaires et les communications abrogées à la suite de la mise en œuvre de l'Accord Bâle II et du nouveau cadre réglementaire relatif aux placements collectifs de capitaux. La CFB devrait poursuivre ce processus d'élagage, en consultant les représentants des associations professionnelles et la Bourse suisse.

- *Circulaires abrogées*
- *Communications abrogées*
- *Prises de position résultant de l'audition*
- *Rapport de la CFB sur l'élagage du droit de la surveillance*
- *Annexe : Inventaire des textes examinés*

16. Surveillance de la prévoyance professionnelle

A la suite de la remise du rapport de la commission d'experts Optimisation en avril 2004, le Conseil fédéral a mis sur pied en août 2004 une commission de suivi, dite commission d'experts Réforme structurelle, chargée d'élaborer des conclusions sur le renforcement de la surveillance et de la haute surveillance de la prévoyance professionnelle. Sur la base des conclusions de cette commission, le Conseil fédéral a établi un rapport sur la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle qu'il a mis en consultation le 5 juillet 2006. Ce projet propose principalement de confier la surveillance directe – exercée jusqu'ici par la Confédération et les cantons – à des institutions cantonales et/ou régionales (sauf pour le Fonds de garantie, l'Institution supplétive et les fondations de placement) et la haute surveillance à une commission décisionnelle indépendante, dotée d'un secrétariat rattaché à l'OFAS d'un point de vue administratif. La haute surveillance devra notamment assurer la coordination et l'uniformisation des principes de surveillance en élaborant des normes et des directives. Cette révision s'inscrit dans un cadre plus large de réforme de la prévoyance professionnelle qui prévoit, outre le renforcement de la surveillance, l'assainissement des institutions de droit public et l'élaboration d'une forme juridique propre aux institutions de prévoyance.

Etat: La procédure de consultation relative au projet de réforme structurelle de la prévoyance professionnelle a pris fin le 31 octobre 2006.

• *Communiqué de l'OFAS, du 5 juillet 2006*

• *Rapport du Conseil fédéral sur la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle*

III. Révision et audit

17. Surveillance et contrôle interne

La CFB avait mis en consultation en mai 2005 un projet de Circulaire sur la surveillance et le contrôle interne qui avait rencontré des oppositions parmi les grandes associations bancaires. La CFB a tenu compte de certaines de ces critiques dans sa nouvelle Circulaire "Surveillance et contrôle interne" adoptée le 27 septembre 2006 et publiée le 4 octobre 2006. Celle-ci réglemente notamment les tâches du conseil d'administration en matière de contrôle interne, les exigences d'indépendance de celui-ci, l'instauration et la mission d'un comité d'audit, les devoirs de la révision interne, ainsi que la mise en place et les responsabilités de la fonction de *compliance* et d'un contrôle des risques. A la suite de certaines critiques, il a été renoncé à la procédure de dénonciation d'éventuelles irrégularités au sein de l'établissement (*whistleblowing*). Par ailleurs, la Circulaire prévoit la possibilité pour les banques de ne pas ap-

pliquer certaines dispositions (règles sur l'indépendance des administrateurs et sur l'instauration d'un "comité d'audit"), à condition de justifier cette décision dans le rapport annuel (*comply or explain*). La nouvelle Circulaire remplace la Circulaire CFB 95/1 "Révision interne" ainsi que les "Directives pour le contrôle interne" de l'ASB.

Etat : La nouvelle Circulaire est entrée en vigueur le 1er janvier 2007. Les établissements doivent se mettre en conformité avec les dispositions de la Circulaire d'ici au 1er janvier 2008 au plus tard. S'agissant des exigences relatives à l'indépendance du conseil d'administration et du comité d'audit, un délai transitoire est accordé jusqu'au 1er janvier 2009.

• *Communiqué de la CFB, du 4 octobre 2006*

• *Circulaire de la CFB "Surveillance et contrôle interne", du 27 septembre 2006*

• *Alain Hirsch, www.unige.ch/cdbf, actualité no 464 du 10 octobre 2006*

18. Révision des sociétés et surveillance des réviseurs

Les dispositions de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR) instituant la nouvelle Autorité fédérale de surveillance sont entrées en vigueur de façon anticipée le 1er novembre 2006. La nouvelle autorité devrait entamer ses activités dans le courant du deuxième semestre 2007. Elle sera chargée de surveiller les entreprises de révision qui fournissent des prestations aux sociétés ouvertes au public. Elle sera également amenée à agréer les réviseurs afin de garantir la qualité des prestations. La mise en place de cette autorité constitue l'une des premières étapes de la réforme consacrée à la surveillance de la révision, qui sera opérée par une modification des dispositions du Code des obligations et par l'entrée en vigueur des autres dispositions de la LSR. Cette réforme vise notamment à soumettre toutes les formes juridiques d'entreprises (sauf raisons individuelles et sociétés de personnes) à l'obligation de révision (ordinaire ou restreinte). Les devoirs des réviseurs et les exigences relatives à leur indépendance seront par ailleurs étendus.

Etat : Les dispositions instituant la nouvelle Autorité de surveillance sont entrées en vigueur de façon anticipée le 1er novembre 2006. Les autres dispositions de la LSR et les modifications du Code des obligations entreront en vigueur ultérieurement. Le délai référendaire a expiré dans les deux cas le 6 avril 2006. La date de leur entrée en vigueur n'a pas encore été fixée.

• *Ordonnance sur l'entrée en vigueur anticipée des dispositions d'organisation de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision*

• *Modification du Code des obligations du 16 décembre 2005, FF 2005 6809*

• *Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR), du 16 décembre 2005, FF 2005 6867*

• *Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 23 juin 2004, FF 2004 3745*

• *Feuille d'information de l'OFJ*

• *Henry Peter, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 241 du 7 septembre 2004*

IV. Lutte contre le blanchiment d'argent

19. Mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI

En janvier 2005, le Conseil fédéral avait mis en consultation un projet de mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI. Ce projet ayant globalement reçu un accueil négatif par les milieux économiques, le Conseil fédéral a chargé le DFF en automne 2005 de le revoir. Par ailleurs, le système suisse a fait l'objet d'une évaluation au mois de novembre 2005 par le GAFI, portant sur sa conformité avec les recommandations. Le rapport d'évaluation conclut que la Suisse dispose d'un système efficace, largement ou entièrement conforme aux standards internationaux dans les principaux secteurs. Selon l'évaluation, il subsiste toutefois quelques lacunes, conclusion à laquelle parvient également un rapport du DFF ("Mise en œuvre des Recommandations du GAFI à l'étranger et conséquences économiques des Recommandations") paru en mai 2006 et approuvé le 29 septembre 2006 par le Conseil fédéral. Sur la base de ces constats, le Conseil fédéral a défini en date du 29 septembre 2006 les grandes lignes du remaniement du projet et a chargé le DFF de lui présenter un message d'ici à mi-2007. Le projet révisé reprendra certains éléments du texte mis en consultation (introduction de nouvelles infractions préalables au blanchiment d'argent, extension du champ d'application de la loi au financement du terrorisme, introduction d'une obligation de communiquer même lorsqu'une relation d'affaires n'aboutit pas, etc.). Il reprendra également certaines mesures sur la base des résultats de l'examen de la Suisse par le GAFI (participation des autorités douanières à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, introduction d'une obligation pour les intermédiaires financiers d'identifier les représentants de personnes morales, ainsi que d'une obligation d'identifier le but et la nature de la relation d'affaires souhaitée par le client, etc.). Ces mesures n'étant pas comprises dans le projet mis en consultation, le DFF procédera à une audition à leur sujet. En outre, le Conseil fédéral entend renoncer à certaines propositions présentées initialement lors de la consultation, comme l'assujettissement à la LBA des paiements en liquide pour certaines activités commerciales. Des adaptations dans les ordonnances des autorités de surveillance compétentes seront également nécessaires pour mieux aligner la législation suisse sur les recommandations révisées du GAFI.

Etat : Le Conseil fédéral a chargé le DFF de lui remettre d'ici à mi-2007 un message prenant en compte les remaniements du projet.

• *Communiqué du DFF, du 29 septembre 2006*

• *Rapport du DFF relatif à la mise en œuvre des recommandations du GAFI à l'étranger et conséquences économiques des Recommandations (mai 2006)*

• *3e rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme du GAFI (novembre 2005)*

• *Riccardo Sansonetti, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 465 du 11 octobre 2006*

20. Opérations d'initiés

Le projet de mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI proposait une révision partielle de la norme pénale sur les opérations d'initiés. Le Conseil fédéral a cependant décidé le 29 septembre 2006 de retirer de ce dossier la révision partielle de la norme pour la traiter en urgence. En date du 8 décembre 2006, le Conseil fédéral a publié son Message visant l'abrogation de l'article 161 ch. 3 CP, qui limite l'interdiction d'exploiter des faits confidentiels à certaines situations. Il est ainsi prévu d'étendre le champ d'application de la norme, afin qu'elle puisse s'appliquer à tous les faits susceptibles d'influencer les cours boursiers. Sont notamment visées les ventes de titres opérées avant l'annonce d'une chute des bénéfices dans le but d'éviter les effets d'une baisse de cours. Cette modification du Code pénal ne concerne en revanche pas les mesures permettant de qualifier certaines opérations d'initiés et manipulations de cours comme des crimes, et non plus comme des délits (infractions préalables au blanchiment d'argent). Celles-ci seront mises œuvre dans le projet relatif aux recommandations du GAFI.

Etat : Le Message du Conseil fédéral relatif à la révision partielle de la norme pénale sur le délit d'initié a été publié le 8 décembre 2006.

• *Message concernant la modification du Code pénal suisse (abrogation de l'art. 161 du ch. 3 CP) (version provisoire)*

• *Communiqué du DFF, du 29 septembre 2006*

• *Ursula Cassani, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 485 du 18 décembre 2006*

• *Riccardo Sansonetti, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 465 du 11 octobre 2006*

21. Activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire

En avril 2005, l'Autorité de contrôle LBA avait mis en consultation un projet de révision de l'article 4 OAP-LBA, en vue d'augmenter de CHF 20000 à CHF 250000 la limite du produit brut pour considérer qu'une opération de crédit au sens de l'article 2 al. 3 LBA est effectuée à titre professionnel. Cette proposition a finalement été concrétisée par une modification de l'OAP-LBA du 21 mars 2006 qui a introduit diverses nouveautés. Le nouvel article 10a, spécialement consacré aux opérations de crédit, prévoit désormais que ces opérations ne sont effectuées à titre professionnel que si : a) le produit réalisé durant une année civile est supérieur à CHF 250000, b) le volume des crédits octroyés dépasse CHF 5 mio à un moment donné. En outre, l'article 3 a

subi deux modifications : d'une part l'extension de la notion de personnes proches (let. e), d'autre part l'adoption d'une définition relative au produit des opérations de crédits (let. f). Enfin, l'article 9 a été abrogé pour faire suite à l'abrogation de l'article 2 al. 3 let. d LBA le 1er janvier 2006, qui a levé l'assujettissement des distributeurs et des représentants de fonds de placement.

Etat : La modification de l'OAP-LBA du 21 mars 2006 est entrée en vigueur le 1er mai 2006.

• *Ordonnance de l'Autorité de contrôle LBA concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel, modification du 21 mars 2006, RO 2006 1359*

• *Pratique de l'Autorité de contrôle en matière d'assujettissement des opérations de crédit à la loi sur le blanchiment d'argent*

22. Assujettissement des opérations de crédit à la LBA

L'Autorité de contrôle LBA a réexaminé la question de l'assujettissement des opérations de crédit au regard de l'article 2 al. 3 let. a LBA et a publié sa pratique en la matière. Elle considère en premier lieu que l'assujettissement des opérations de crédit ne peut dépendre de la provenance des moyens financiers cédés par le bailleur. Une opération de crédit est donc assujettie non seulement lorsque son refinancement est réalisé au moyen de fonds provenant de sources extérieures, mais également lorsqu'il est effectué exclusivement avec les ressources propres de l'intermédiaire financier. Elle considère en deuxième lieu que les opérations de crédit effectuées à titre professionnel sont axées sur le profit et par conséquent assujetties à la LBA, alors que les simples octrois de crédits y échappent, indépendamment du type de crédit. Font partie de cette dernière catégorie les octrois de crédit i) entre une société et son associé si ce dernier détient une participation significative dans la société, ii) entre un employeur et son employé, lorsque l'employeur est tenu de verser des contributions sociales pour l'activité dépendante de ce dernier, iii) entre personnes proches, ce concept étant défini à l'article 3 let. e OAP-LBA (modification du 21 mars 2006). Enfin, l'Autorité de contrôle recense divers types de crédits et d'opérations commerciales (crédits en espèces, crédits à la consommation, financement commercial, affacturage, financement à forfait, leasing financier, recouvrement de créances, etc.) en indiquant lesquels sont assujettis à la LBA et, le cas échéant, à quelles conditions.

Etat : La pratique de l'Autorité de contrôle a été publiée le 30 mars 2006.

• *Communiqué de presse de l'AFF, du 30 mars 2006*

• *Pratique de l'Autorité de contrôle LBA en matière d'assujettissement des opérations de crédit à la loi sur le blanchiment d'argent*

23. Interprétation de l'article 7 LBA

L'Autorité de contrôle a publié le 13 novembre 2006 la Circulaire 2006/2 rela-

tive à l'interprétation de l'article 7 LBA, et en particulier à la conservation électronique des documents. Il est admissible qu'un intermédiaire financier directement soumis à la surveillance de l'Autorité de contrôle conserve sa documentation exclusivement sous forme électronique, moyennant le respect des conditions posées dans l'Ordonnance du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes. Dans sa Circulaire, l'Autorité de contrôle précise que l'intermédiaire financier doit par ailleurs conserver sa documentation en Suisse. Cette règle vise à garantir que l'intermédiaire puisse répondre dans un délai raisonnable aux demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de la poursuite pénale, conformément à l'article 7 al. 2 LBA. Selon la Circulaire, le serveur qui contient les documents pertinents doit être situé en Suisse. Si tel n'est pas le cas, l'intermédiaire financier doit disposer en Suisse d'une copie papier ou électronique actuelle, en particulier en ce qui concerne les transactions. L'intermédiaire peut toutefois déroger à cette dernière exigence s'il apporte la preuve que les possibilités de séquestre par les autorités suisses de la poursuite pénale sont garanties par l'Etat dans lequel se trouve le serveur et où sont conservés les documents. Cette preuve peut découler de l'existence d'une convention d'entraide judiciaire entre la Suisse et l'Etat concerné. Dans ce cas, l'intermédiaire financier est néanmoins tenu de disposer en Suisse d'une copie papier ou électronique de l'ensemble de la documentation pertinente à la date du contrôle fixée par le réviseur ou l'instance de surveillance.

Etat : La Circulaire 2006/2 a été publiée le 13 novembre 2006.

• *Circulaire 2006/2 sur l'interprétation de l'art. 7 LBA, en particulier la conservation électronique des documents, du 13 novembre 2006*

24. Taxe de surveillance dans le secteur non bancaire

L'Autorité de contrôle a publié divers documents en rapport avec la taxe de surveillance qui viennent compléter l'ordonnance y relative : informations et exemples de calcul de la taxe, formulaire de relevé des données (IFDS/OAR). Elle a par ailleurs calculé le montant de la taxe de surveillance des IFDS sur la base d'un relevé de données effectué auprès des intéressés et indique que ce montant s'avère plus élevé que prévu.

Etat : Les documents relatifs à la taxe de surveillance ont été publiés le 4 avril 2006.

• *Communiqué de l'AFF, du 5 septembre 2006*

• *Informations et calcul de la taxe de surveillance*

• *Formulaire de relevé des données (IFDS)*

• *Formulaire de relevé des données (OAR)*

25.
Echange d'information entre les OAR et l'Autorité de contrôle LBA

L'Autorité de contrôle a publié le 18 avril 2006 sa nouvelle Circulaire 2006/1 du 10 avril 2006 relative à l'échange d'information avec les OAR au sujet des affiliations, exclusions et démissions d'intermédiaires financiers. Cette Circulaire remplace les dernières lettres d'information en la matière, auxquelles l'Autorité de contrôle entend renoncer à l'avenir.

Etat : La Circulaire est entrée en vigueur le 18 avril 2006, à la date de sa publication.

- *Circulaire 2006/1, du 10 avril 2006*

V. Placements collectifs et produits structurés

26.
Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux

La nouvelle loi sur les placements collectifs (LPCC) vise notamment à adapter la législation suisse aux normes européennes, à renforcer la protection des investisseurs par une transparence accrue et à augmenter l'attrait de la place suisse des fonds de placement. Le nouveau texte propose une réglementation générale des placements collectifs de capitaux (ouverts ou fermés), et non pas uniquement des formes contractuelles de placement. Il introduit de nouvelles formes juridiques pour les placements collectifs : la société d'investissement à capital variable (SICAV), la société d'investissement à capital fixe (SICAF), et la société en commandite de placements collectifs. Les fondations de placement sont en revanche exclues du champ d'application de la loi. La LPCC prévoit une protection différenciée entre investisseurs ordinaires et qualifiés. Elle pose les jalons d'un régime assez libéral pour les produits structurés (art. 5). Ceux-ci ne doivent remplir que deux conditions : être émis, garantis ou distribués par un intermédiaire financier soumis à la surveillance prudentielle et faire l'objet d'un prospectus simplifié. Enfin, l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est accompagnée de nombreuses modifications sur le plan fiscal.

Etat : La nouvelle loi sur les placements collectifs de capitaux est entrée en vigueur le 1er janvier 2007.

- *Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC)*
- *Message du Conseil fédéral concernant la loi sur les placements collectifs de capitaux, FF 2005 5993*
- *Feuille d'information du DFF*
- *Alain Hirsch, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 456 du 24 juillet 2006*
- *Olivier Stahler, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 448 du 28 juin 2006*
- *Lionel Aeschlimann, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 420 du 16 mars 2006*

27.
Ordonnances relatives à la LPCC

L'Ordonnance d'exécution du Conseil fédéral sur les placements collectifs de capitaux (OPCC) met en œuvre de nombreuses dispositions de la LPCC. L'Ordonnance précise notamment qu'une publicité adressée exclusivement à des investisseurs qualifiés n'est pas un appel au public. Elle range parmi les investisseurs qualifiés notamment les particuliers fortunés, soit toute personne qui dispose de placements financiers d'au moins CHF 2 mio, et les investisseurs ayant conclu un contrat écrit de gestion de fortune avec un gestionnaire indépendant (pour autant que ce dernier soit soumis à la LBA, qu'il respecte les règles de conduite d'une organisation professionnelle et que le contrat de gestion de fortune soit conforme aux directives d'une telle organisation). L'OPCC introduit des nouveautés en rapport avec les produits structurés. Elle supprime notamment l'obligation d'établir le prospectus simplifié si le produit structuré est coté à la bourse suisse ou s'il est distribué à partir de la Suisse (mais non en Suisse), à condition que la transparence soit garantie par les réglementations étrangères. S'agissant des placements autorisés, la principale nouveauté consiste dans la mention expresse des dérivés de crédit et des produits structurés. En outre, en rendant les placements alternatifs autorisés pour les sociétés en commandite de placements collectifs, l'OPCC crée un cadre juridique pour accueillir les *hedge funds* et les fonds de *private equity*.

La CFB a édicté une Ordonnance sur les placements collectifs de capitaux (OPCC-CFB) qui concrétise certaines dispositions de la LPCC et de l'OPCC relatives aux techniques de placement (prêt de valeurs mobilières, opération de pension, dérivés), ainsi qu'à la tenue des livres, l'évaluation, la présentation des comptes et la révision.

Etat: L'OPCC et l'OPCC-CFB sont entrées en vigueur respectivement le 1er janvier et le 15 février 2007. (A titre transitoire, pour le passage de la LFP à la LPCC/OPCC, cf. la modification de la Circulaire 03/1 "Appel au public" du 25/26 janvier 2006, entrée en vigueur le 1er avril 2006).

- *Ordonnance du Conseil fédéral sur les placements collectifs de capitaux (OPCC), du 22 novembre 2006*
- *Ordonnance de la CFB sur les placements collectifs de capitaux (OPCC-CFB), du 21 décembre 2006*
- *Communiqué de presse du DFF, du 22 novembre 2006*
- *Rapport explicatif sur l'OPCC (juillet 2006)*
- *Communiqué de presse du DFF, du 19 juillet 2006*
- *Lionel Aeschlimann, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 483 du 30 novembre 2006*
- *Communiqué de la CFB, du 13 mars 2006*
- *Modification de la Circulaire de la CFB "Appel au public au sens de la législation sur les fonds de placement", du 25/26 janvier 2006*
- *Lionel Aeschlimann, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 419 du 16 mars 2006*

28.
Directive de la CFB concernant les obligations du représentant de fonds de placement étranger

Le 1er mai 2006, la CFB a publié une nouvelle Directive visant à fournir aux représentants de fonds de placement étrangers en Suisse une vue d'ensemble de leurs obligations à son égard et envers les investisseurs, en particulier leurs devoirs d'annonce et de publication. Ce catalogue d'obligations découlant de la loi sur les fonds de placement, de la pratique de la CFB et des normes d'autoréglementation n'est toutefois pas exhaustif, puisque la CFB conserve le droit d'exiger dans un cas particulier des documents ou informations supplémentaires. La Directive confirme l'obligation de motiver brièvement dans la publication toute modification matérielle de la documentation du fonds. Le représentant dispose d'un délai de deux semaines courant à partir de l'entrée en vigueur de la modification pour la notifier à la CFB et lui remettre la documentation s'y rapportant dans une langue officielle suisse. La Directive introduit une nouveauté, dans la mesure où les rapports annuels et semestriels doivent être accompagnés d'une *checklist* dans laquelle le représentant devra démontrer que le rapport périodique respecte les exigences légales suisses.

Etat : La Directive a été adoptée le 1er mai 2006.

• *Directive de la CFB concernant les obligations du représentant, édition du 1er mai 2006*

• *Olivier Stahler, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 436 du 11 mai 2006*

29.
Révision de certaines directives de la CFB concernant les fonds de placement

La CFB a revu et corrigé la Directive concernant le changement de direction de fonds ou de banque dépositaire. Ces modifications sont d'ordre technique.

Etat : La Directive été adoptée le 1er mai 2006.

• *Directive de la CFB concernant l'approbation d'une modification du règlement d'un fonds de placement, du changement de direction de fonds et du changement de banque dépositaire, édition du 1er mai 2006*

30.
Distribution de fonds de placement étrangers eurocompatibles

La CFB a mis à jour ses Directives pour la distribution de fonds de placement étrangers eurocompatibles. Celles-ci contiennent les indications et les documents qui doivent figurer dans les requêtes en autorisation pour la distribution de parts de fonds étrangers eurocompatibles. Elles s'appliquent aux requêtes relatives aux fonds qui remplissent les conditions de la Directive 85/611/CEE du 20 décembre 1985, ainsi qu'à celles relatives aux fonds qui remplissent les conditions de la même Directive modifiée par les deux Directives 2001/107/UE et 2001/108/UE (OPCVM/UCITS III). Les deux Directives visent à codifier la pratique de la CFB dans l'application de l'article 45, al. 2 et 4 de la LPC. Le texte mis à jour recense expressément toutes les exigences relatives à l'adéquation entre le nom du fonds et sa politique de placement.

Etat : Les Directives ont été adoptées le 19 octobre 2006.

• *Directives pour des requêtes en autorisation pour la distribution de parts de fonds de placement étrangers qui remplissent les conditions de la Directive 85/611/CEE (OPCVM/UCITS)*

• *Directives pour des requêtes en autorisation pour la distribution de parts de fonds de placement étrangers qui remplissent les conditions de la Directive 85/611/CEE, telle que modifiée par les deux Directives 2001/107/CE et 2001/108/CE (OPCVM/UCITS III)*

• *Olivier Stahler, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 476 du 13 novembre 2006*

31. Modification des règlements de cotations des placements collectifs

En raison de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), l'Instance d'admission de la Bourse suisse a procédé à une modification du Règlement complémentaire de cotation des fonds de placement du 17 avril 2002, du Règlement complémentaire de cotation des sociétés d'investissement du 13 octobre 1997, ainsi que de sa Circulaire n° 5 concernant les devoirs d'annonce dans le cadre du maintien de la cotation des fonds de placement du 1er juillet 2002. La plupart de ces modifications ont trait aux adaptations terminologiques liées à l'introduction du concept de placement collectif de capitaux et à l'extension du champ d'application aux nouvelles formes de placements collectifs. La seule adaptation substantielle, toujours sur la base de la LPCC, consiste en l'élargissement des exigences imposées aux sociétés d'investissement quant au contenu du prospectus de cotation.

Etat : Les modifications des Règlements complémentaires et de la Circulaire sont entrées en vigueur le 1er janvier 2007.

• *Communiqué de l'Instance d'admission n° 15/2006, du 19 décembre 2006*

• *Règlement complémentaire de cotation des placements collectifs de capitaux*

• *Règlement complémentaire de cotation des sociétés d'investissement*

• *Circulaire n° 5 "Devoirs d'annonce dans le cadre du maintien de la cotation des fonds de placement", du 1er novembre 2006*

VI. Trusts

32. Convention de La Haye sur les trusts

A la suite du Message du Conseil fédéral du 2 décembre 2005 et de l'approbation du Conseil des Etats du 23 mars 2006, le Conseil national a approuvé le 20 décembre 2006 le projet d'arrêté fédéral portant approbation et exécution de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. A l'échéance du délai référendaire, le Conseil fédéral sera autorisé à ratifier la Convention, ce qui permettra de renforcer la sécurité juridique en Suisse en matière de trusts (qualification, droit applicable, etc.). Il fixera par

ailleurs l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LDIP (définition du siège et de l'établissement des trusts, compétence *ratione loci* pour les affaires relevant du droit des trusts, reconnaissance des décisions étrangères, publicité, etc.) et de la LP (poursuite pour les dettes du patrimoine d'un trust, distraction du patrimoine du trust en cas de faillite du trustee).

Etat : Le Conseil national a approuvé le 20 décembre 2006 le projet d'arrêté fédéral portant approbation et exécution de la Convention de La Haye. Le texte a été adopté en votation finale à la même date. Le délai référendaire court jusqu'au 13 avril 2007. L'entrée en vigueur des modifications du droit matériel suisse devrait probablement être fixée au 1er juillet 2007.

- *Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 1er juillet 1985*
- *Arrêté fédéral portant approbation et exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 20 décembre 2006, FF 2007 41*
- *Message du Conseil fédéral concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, du 2 décembre 2005, FF 2006 561*
- *Feuille d'information de l'OFJ*

VII. Poursuite pour dettes et faillite

33. Projet de révision du droit de la faillite

Diverses interventions parlementaires ont requis un examen de la question de la nécessité de réviser le droit de la faillite. Un groupe d'expert a été mandaté dans ce sens par l'OFJ en été 2003. Le groupe d'experts a remis son rapport en avril 2005, dans lequel il se prononce en faveur de réformes ponctuelles. En août 2006, l'OFJ a institué un groupe d'experts Procédure concordataire chargé d'élaborer un avant-projet sur la base du rapport d'avril 2005.

- *Feuille d'information de l'OFJ*
- *Rapport du groupe d'experts d'avril 2005*

VIII. Fiscalité

34. Opérations de prêt et de mise en pension de titres

L'AFC a publié le 1er septembre 2006 une nouvelle Circulaire no 13 "Opérations de prêt et de mise en pension de titres en tant qu'objet de l'impôt anticipé, de retenues à la source étrangères, des droits de timbre et de l'impôt fédéral direct". La Circulaire régit le traitement de paiements relatifs aux opérations de prêt de titres portant sur des valeurs mobilières

suisses et étrangères, notamment du point de vue de l'impôt anticipé, et dans une moindre mesure de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les bénéfices. Elle annule la Circulaire ASB n° 6586 du 29 mai 1990, la Circulaire ASB n° 6910 du 29 décembre 1998, la Circulaire ASB n° 1456D du 12 août 1999, ainsi que la Circulaire AFC "Opérations de 'Repo'" de décembre 1998.

Etat : La Circulaire est entrée en vigueur au moment de sa publication, le 1er septembre 2006. Compte tenu des mesures que doivent prendre les participants au marché, un délai de transition est toutefois accordé jusqu'au 1er janvier 2007.

• *Circulaire de l'AFC, du 1er septembre 2006*

39. Traitement fiscal des obligations et des produits dérivés

L'AFC a publié, le 7 février 2007, la Circulaire n° 15 sur les obligations et les instruments financiers dérivés en tant qu'objet de l'impôt fédéral direct, de l'impôt anticipé et des droits de timbre. Elle reprend pour l'essentiel le contenu de la précédente Circulaire n° 4 du 12 avril 1999. Cette dernière avait concrétisé les dispositions fiscales dans le domaine de la fortune mobilière privée et avait fixé les principes permettant de distinguer, parmi les produits financiers combinés non dissociables, les rendements de placement de capitaux (imposables) des gains en capital provenant des opérations à terme et d'option (exonérés). La nouvelle Circulaire n° 15 innove en intégrant la pratique actuelle en matière de transparence ultérieure des produits combinés non dissociables. Cette pratique est devenue possible grâce à de nouveaux instruments, tels que le système *BondFloor-Pricing*, le programme "Produits dérivés" de l'Association suisse des banquiers et le *swap-rate*.

Etat : La Circulaire n° 15 est entrée en vigueur le 7 février 2007. Elle s'applique aux échéances de revenus à partir du 1er janvier 2007. Elle remplace la Circulaire n° 4 du 12 avril 1999.

• *Circulaire n° 15 de l'AFC, du 7 février 2007*

IX. Autres projets en cours (pour mémoire)

Les projets législatifs indiqués ci-après n'ont pas connu de nouveaux développements en 2006. Ils sont mentionnés pour mémoire dans le présent texte. Pour un descriptif de ces projets, il est renvoyé à l'inventaire précédent (état au 11 janvier 2006).

– Projet de loi fédérale sur les avoirs non réclamés

– Modification du Code des obligations du 16 décembre 2005 relative à l'obligation de révision dans les sociétés

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos 5

Auteurs 7

Sommaire 11

Abréviations 13

Le séquestre civil et la localisation des avoirs bancaires **21-49**
Nicolas Jeandin & Saverio Lembo

I. Introduction 21
II. La compétence ratione loci en matière de séquestre 21
A. Généralités 21
B. Biens tangibles 23
C. Biens non tangibles 23
D. Les avoirs bancaires en particulier 24
III. Le séquestre des avoirs situés, en Suisse, ailleurs qu'au siège de la banque 27
A. Généralités 27
B. Un bien non tangible peut-il être localisé auprès d'une succursale ? 27
1. Critère du point de rattachement prépondérant 27
2. Inconvénients pour le créancier séquestrant 28
C. Extension à la succursale suisse du séquestre exécuté auprès du siège 29
1. Généralités 29
2. Succursale suisse d'une banque suisse 29
a) Distinction entre succursale et filiale 30
b) Champ d'application de la jurisprudence du 17 février 1999 31
c) Extension à des biens localisés auprès de la succursale d'un séquestre exécuté au siège 32
d) Quid des agences ? 33
3. Succursales suisses d'une banque étrangère 34
D. Extension au siège de la banque du séquestre exécuté auprès d'une succursale ? 34
IV. Séquestre au siège en Suisse d'avoirs situés auprès d'une succursale étrangère 36
A. Généralités 36
B. La récente jurisprudence du Tribunal fédéral 36
C. Atteinte au principe de territorialité 37
D. Opposabilité au siège de la confidentialité des données de la succursale 38
E. Risque de double paiement pour la banque 39

V. Constats issus de la pratique bancaire, problèmes et solutions — 40
A. Pratique observée par les banques 40
B. Problématique du séquestre investigatoire 43
1. Distinction entre séquestre investigatoire et séquestre générique 43
2. Concrétisation du risque 44
C. Solutions proposées 45
1. Le fardeau de la désignation des biens 46
2. Le juge, filtre préalable 46
3. L'importance de la localisation des biens 47
4. La réelle portée des règles visant à faciliter la mise en œuvre du séquestre d'avoirs bancaires 48
VI. Conclusion — 49

Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye **51-105**
Luc Thévenoz

I. La forme de l'acte de trust — 53
II. Le choix de la loi applicable — 54
III. L'élection de for — 56
IV. Le choix des trustees et la localisation des actifs — 58
V. Conflit avec le régime successoral applicable au settlor — 59
VI. Le transfert des biens au trustee — 61
A. Acquisition d'un immeuble par le trustee 63
B. Mention du trust au registre foncier 64
C. Propriété immatérielle 65
VII. Protection des créanciers du settlor — 66
VIII. Trusts internes — 66
IX. Relations avec les intermédiaires financiers — 70
X. Remarque finale — 71
Annexe I :
Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance 72
Annexe II :
Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance 100

L'imposition des sociétés dites "offshore" : un arsenal peu cohérent de mesures disparates **107-127**
Xavier Oberson

I. Introduction 107
II. Six mesures anti-abus pour lutter contre les sociétés offshore 108
A. La théorie de la transparence fiscale 108
1. Le point de départ : les relations intercantonales 108
a) Introduction 108
b) L'évolution de la jurisprudence 109
2. L'application aux sociétés offshore 111
B. La théorie de la gestion effective 113
1. La jurisprudence intercantonale 113
2. L'application aux sociétés offshore 114
a) Les impôts directs sur le bénéfice et sur le capital 114
b) L'impôt anticipé 115
C. La présence d'un établissement stable en Suisse 116
D. La théorie du mandataire (Panama) 117
E. La problématique des prix de transfert (prestation appréciable en argent) 118
1. Généralités 118
2. Application aux sociétés offshore 119
F. Une nouvelle arme : la théorie de la "consolidation" fiscale 120
1. Généralités 120
2. Les faits (résumés) 120
3. Analyse fiscale 121
4. Prise de position 122
III. Synthèse 124
Bibliographie 126

Jurisprudence bancaire et financière 2005-2006 en Suisse (droit privé) **129-164**
Mario Giovanoli

I. Gestion de fortune et placements 130
A. Gérants de fortune indépendants 130
B. Transactions diverses dans le cadre de la gestion de fortune 135
C. Fiction de ratification 139
II. Aspects successoraux 142
A. Droit de renseignement des héritiers 142
B. Instructions post mortem 144

III. Crédits et sûretés — 145
A. Crédits 145
B. Sûretés personnelles 146
1. Garanties indépendantes et porte-fort 146
2. Cautionnement 149
C. Sûretés réelles 151
1. Gage 151
2. Cédules hypothécaires et fiducie-sûreté 153
3. Leasing immobilier 153
IV. Virements et opérations de paiement — 154
A. Ordres de paiement contrefaits et paiements erronés 154
B. Modalités et effet libératoire du paiement 158
C. Crédit documentaire 159
D. Chèques 160
Annexe :
Supplément à la chronique de jurisprudence de la RSDA 2006 163

Procédure devant la CFB ("enforcement"): drame en cinq actes et épilogue **165-195**
Urs Zulauf

Sommaire ou les cinq actes de la procédure CFB 165
I. Enquête préliminaire suite à des indices d'irrégularités — 165
A. Processus clés de "surveillance" et d'"enforcement" 166
B. La procédure dans le cadre de l'activité de surveillance de la CFB 166
C. Organisation de l'"enforcement" de la CFB 169
D. Déroulement de l'enquête préliminaire 170
II. Ouverture d'une procédure formelle — 171
A. "Procédure administrative contraignante" 171
B. Mesures possibles 172
C. Critères pour l'ouverture d'une procédure 174
D. Délimitation de l'objet de la procédure 175
E. Signification de l'ouverture d'une procédure 176
F. Information des médias ? 176
III. Enquête — 178
A. Qui est partie ? 178
B. Moyens d'investigation 179
C. Chargés d'enquête 180
D. Décisions superprovisoires 181
E. Principaux droits des parties 182

F. Principales obligations des parties 185
G. Coopération avec les autorités pénales 185
H. Devoir de collaborer vs. droit au silence 187
I. Prise de position sur l'état de fait 188
IV. Décision de la CFB 189
A. Proposition du Secrétariat 189
B. Récusation en cas de partialité 189
C. Délibérations et décision 190
D. Informer les médias de la décision ? 191
V. Exécution de la décision 192
A. Exécution immédiate de la décision ? 192
B. Mesures provisoires 193
VI. Epilogue 193
A. Le point de vue des personnes concernées 193
B. Stratégie d'"enforcement" de la CFB 194
C. Position de base concernant l'"enforcement" 194

De la CFB 2007 à la FINMA 20.. **197-217**
Christian Bovet

I. Introduction 197
II. Procédure devant la CFB 2007 199
A. Actes matériels 199
B. Communications procédurales électroniques 202
III. Structure de la FINMA 203
A. Forme juridique et autonomie 203
B. Organisation interne 206
IV. Innovations procédurales 208
A. Communications aux intéressés et au public 208
1. Annonce de l'ouverture d'une procédure 208
2. Information de tiers en cours de procédure 210
3. Publication de la décision en tant que sanction 210
B. Mesures et sanctions 212
C. Entraide 214
D. Procédure administrative 216

Chronique de la jurisprudence administrative et de la réglementation **219-246**
Vincent Martenet

I. Introduction — 219
II. Nouvelle législation sur les placements collectifs de capitaux — 220
A. Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, du 23 juin 2006 (LPCC) 220
B. Ordonnances fédérales de mise en œuvre de la LPCC 223
C. Adaptation de la pratique de la CFB concernant les produits structurés 223
III. Fonds de placement — 224
A. Révision de la circulaire de la CFB sur l'appel au public du 28 mai 2003 224
B. Adoption et modification de diverses directives 225
1. Directive de la CFB concernant les obligations du représentant 225
2. Modification de plusieurs directives de la CFB en matière de fonds de placement 225
C. Pratique de la CFB relative au devoir de loyauté (art. 20 LFP) 226
IV. Banques, négociants en valeurs mobilières, groupes et conglomérats financiers — 226
A. Surveillance et contrôle interne 226
B. Projet de circulaire "Adaptation des fonds propres de base" 227
C. Pratique de la CFB relative aux conditions d'autorisation 227
1. Retrait d'une autorisation bancaire / Octroi d'un délai pour trouver un repreneur 228
2. Filiale suisse d'une banque étrangère ou d'un groupe financier étranger 228
D. Pratique de la CFB relative au contrôle sur place (art. 23septies LB) 228
V. Mise en œuvre de "Bâle II" en Suisse — 229
A. Ordonnance du Conseil fédéral sur les fonds propres des banques et des négociants en valeurs mobilières, du 29 septembre 2006 229
B. Circulaires de la CFB 229
VI. Blanchiment d'argent et droit de surveillance — 230
VII. Entraide internationale — 231
A. Entraide pénale : procédure américaine de confiscation civile du produit d'une infraction 231
B. Entraide administrative : nouvel article 38 LBVM 232
VIII. Blocage d'avoirs par le Conseil fédéral — 232
IX. Concurrence dans le secteur bancaire et financier — 233
A. Cartes de crédit 234
B. Cartes de débit 235
C. Retraits d'argent aux distributeurs d'une banque tierce ou de La Poste 236
D. Opérations de concentration 236

X. Libre prestation de services / libre circulation des capitaux dans l'Union européenne — 236
XI. Divers — 238
A. Loi fédérale sur le Tribunal fédéral / Loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral 238
B. Sociétés cotées en bourses : nouvelles règles sur la transparence des indemnités des dirigeants 239
C. Loi fédérale sur la transparence 240
D. Placement de la fortune d'une institution LPP 240
XII. Conclusion — 240
A. Des autorités politiques parfois un peu suivistes 241
B. Un droit et une pratique en phase d'intégration partielle 243
C. Des autorités d'application du droit plutôt pragmatiques 244
D. L'élagage du droit de surveillance ? 245

Réglementation bancaire et financière : inventaire des projets en cours 247-271

I. Bourses, sociétés cotées et valeurs mobilières 247
II. Normes prudentielles, surveillance et réglementation des intermédiaires financiers 252
III. Révision et audit 260
IV. Lutte contre le blanchiment d'argent 262
V. Placements collectifs et produits structurés 266
VI. Trusts 269
VII. Poursuite pour dettes et faillite 270
VIII. Fiscalité 270
IX. Autres projets en cours – pour mémoire 271