



EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION  
COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES  
COMMISSIONE FEDERALE DELLE BANCHE  
CUMMISSIUN FEDERALA DA LAS BANCAS

# Bulletin

**EBK CFB**  
**EBK CFB**  
**EBK CFB**  
EB K CFB  
EB K CFB  
EB K CFB

**Heft / Fascicule 12**

Herausgeber Eidg. Bankenkommission  
Editeur Commission fédérale des banques

Marktgasse 37, Postfach, 3001 Bern  
Telefon 031 322 69 11  
Telefax 031 322 69 26

Vertrieb Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale  
Diffusion Office central fédéral des imprimés et du matériel

3000 Bern / 3000 Berne

Telefon 031 / 322 39 08  
Téléphone 031 / 322 39 08

Telefax 031 / 322 39 75  
Téléfax 031 / 322 39 75

## **Inhaltsverzeichnis / Sommaire**

Seite / Page

Abkürzungsverzeichnis /	4
Liste des abréviations	5
Consolidation des risques, retrait de l'autorisation	7/17
Verweigerung der Zustimmung zum Revisionsstellenwechsel	20
Zitervorschlag: EBK-Bulletin 12	
Proposition pour la citation: Bulletin CFB 12	

## **Abkürzungsverzeichnis**

AFG (LFP)	Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds (SR 951.31)
AFV (OFP)	Vollziehungsverordnung vom 20. Januar 1967 zum Bundesgesetz über die Anlagefonds (951.311)
AusIAFV (OFPétr)	Verordnung vom 13. Januar 1971 über die ausländischen Anlagefonds (SR 951.312)
BankG (LB)	Bundesgesetz vom 8. November 1934 / 11. März 1971 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BankV (OB)	Verordnung vom 17. Mai 1972 zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (SR 952.02)
EBK (CFB)	Eidgenössische Bankenkommission
ROG-EBK (RO-CFB)	Reglement vom 4. Dezember 1975 über die Organisation und Geschäftsführung der Eidgenössischen Bankenkommission (SR 952.721)
VAB (OBE)	Verordnung (der Eidgenössischen Bankenkommission) vom 14. September 1973 über die unselbständigen Niederlassungen ausländischer Banken in der Schweiz (SR 952.111)
BGE (ATF)	Bundesgerichtsentscheid

## Liste des abréviations

CFB (EBK)	Commission fédérale des banques
LB (BankG)	Loi fédérale du 8 novembre 1934 / 11 mars 1971 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LFP (AFG)	Loi fédérale du 1 <sup>er</sup> juillet 1966 sur les fonds de placement (RS 951.31)
OB (BankV)	Ordonnance d'exécution du 17 mai 1972 de la loi sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBE (VAB)	Ordonnance (de la Commission fédérale des banques) du 14 septembre 1973 concernant les établissements en Suisse qui dépendent de banques étrangères (RS 952.111)
OFFP (AFV)	Ordonnance d'exécution du 20 janvier 1967 de la loi fédérale sur les fonds de placement (RS 951.311)
OFFétr (AusIAFV)	Ordonnance du 13 janvier 1971 sur les fonds de placement étrangers (RS 951.312)
RO-CFB (ROG-EBK)	Règlement du 4 décembre 1975 concernant l'organisation et l'activité de la Commission fédérale des banques (RS 952.721)
ATF (BGE)	Arrêt du Tribunal fédéral

# Consolidation des risques / retrait de l'autorisation

## I **Article 12 alinéa 2 OB. Domination de sociétés exerçant une activité bancaire ou financière et de sociétés immobilières.**

*La notion de domination telle qu'elle est définie à l'article 12 alinéa 2 OB est identique à celle contenue à l'article 3bis alinéa 3 LB.*

## **Articles 21 alinéa 1 OB et 23bis alinéa 2 LB. Répartition des risques: annonce obligatoire sur une base consolidée.**

*L'article 23bis alinéa 2 LB autorise la CFB à requérir des banques les renseignements relatifs non seulement à leurs propres engagements mais aussi à ceux des banques et sociétés financières indigènes ou étrangères qu'elles contrôlent et à demander d'être informée lorsque les taux prévus par l'article 21 alinéa 1 OB appliqués au bilan consolidé sont atteints (confirmation de jurisprudence: cf. ATF 108 I b 78 ss = JT 1982 I 375 ss. = Bulletin CFB 9/58; 10/15).*

## **Articles 3 alinéa 2 lettre a LB et 23quinquies LB. Banque structurellement déficitaire. Menace du retrait de l'autorisation.**

*Une banque, qui apparaît structurellement déficitaire et ne peut subsister que par des versements supplémentaires, à fonds perdus, de ses actionnaires, présente, quant à sa fonction, une irrégularité qui peut conduire au retrait de l'autorisation.*

## **Art. 12 Abs. 2 BankV. Beherrschung von Unternehmen des Bank- und Finanzbereiches**

*Der Begriff der Beherrschung in Art. 12 Abs. 2 BankV entspricht dem in Art. 3 bis Abs. 3 BankG (ausländische Beherrschung).*

## **Art. 23 bis Abs. 2 BankG und Art. 21 Abs. 1 BankV. Risikostreuung: Meldepflicht auf konsolidierter Basis.**

*Art. 23 bis Abs. 2 BankG erlaubt der EBK, von einer Bank nicht nur über ihre eigenen Forderungen Auskünfte zu verlangen, sondern auch über die der Unternehmen im Bank- und Finanzbereich, die sie beherrscht. Sie kann namentlich verlangen, dass ihr Forderungen der*

*Gruppe gemeldet werden, welche die Plafonds in Art. 21 Abs. 1 BankV übersteigen (Bestätigung der Rechtsprechung: BGE 108 Ib 78; EBK-Bulletin 9, 58; 10, 15).*

**Art. 3 Abs. 2 Bst. a und 23quinquies BankG. Androhung des Bewilligungszuges bei einer aus strukturellen Gründen defizitären Bank.**

*Wenn eine Bank aus strukturellen Gründen keinen Gewinn erwirtschaften und nur noch mit Hilfe von Aktionärszuschüssen (à-fonds-perdu) existieren kann, liegt ein Missstand vor, der zum Bewilligungszug führen kann.*

Extraits des faits:

A.– La Banque Commerciale SA, Genève (ci-après: Banque Commerciale SA) a un capital social de 9 millions de francs et comme seul actionnaire le dénommé A. Son conseil d'administration était formé des dénommés B, C et A, administrateur délégué; sa direction était assurée par les dénommés D, le directeur principal et F, directeur, fils de A.

La Banque Commerciale (Cayman) Ltd, aux Cayman Islands, BWI, a pour but l'exploitation d'une banque. Elle a un capital autorisé de 9 millions de francs suisses, dont 6 millions de francs suisses ont été libérés. Ses actionnaires sont, pour les deux tiers du capital autorisé A, et pour un tiers Banque Commerciale SA: les deux actionnaires ont libéré chacun la moitié du capital libéré. Le conseil d'administration se compose de trois membres, soit A, «Chairman Chief Executive Officer», D, «Director and Treasurer» et F, «Director and Secretary». Cette banque a un organe de révision conforme à la loi du pays.

Les deux banques entretiennent de très étroites relations d'affaires; l'activité de la banque étrangère est dirigée pour une large part depuis Genève.

B.– Le 17 mars 1978, pour la première fois, la CFB a édicté des directives de consolidation qui ont fait l'objet d'une circulaire adressée aux banques.

Après une intervention de la CFB, Banque Commerciale SA s'est déclarée disposée, par lettre du 3 janvier 1979, à réaliser la consolidation totale de sa participation et de celle de A.

Le 22 juin 1981, la CFB proposa notamment à la Banque Commerciale SA de soumettre les engagements consolidés du groupe aux plafonds de l'article 21 OB (répartition des risques), de lui annoncer jusqu'au 20 août 1981 les dépassements de crédit en résultant, conformément à l'article 21 alinéa 1 OB, de comptabiliser les versements de A à la banque pour commissions reçues par lui de ses propres clients et reversées à la banque, sous 1.7 «Divers» du compte P.P., et de prendre les mesures nécessaires jusqu'au 31 décembre 1982 pour que la banque ait une activité bénéficiaire.

La banque refusa d'accéder à cette demande.

C.– Le 4 décembre 1981, la CFB a rendu la décision suivante:

- «1. *La Banque Commerciale SA, procédera au 31 décembre de chaque année à la consolidation globale de son bilan et de celui de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd.*
2. *La Banque Commerciale SA est tenue dorénavant d'observer l'annonce obligatoire de l'article 21 alinéa 1 OB non seulement pour elle-même mais aussi, et ce en vertu de ce qui a été disposé sous chiffre 1 ci-dessus et par application analogique des directives de consolidation du 17 mars 1978, pour le groupe consolidé qu'elle forme avec la Banque Commerciale (Cayman) Ltd.*
3. *Le réviseur bancaire de la Banque Commerciale SA est chargé de procéder à la révision des comptes annuels du comptoir genevois de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd et de vérifier si la Banque Commerciale SA se conforme strictement au chiffre 2 ci-dessus de la présente décision.*
4. *Une procédure de retrait de l'autorisation d'exercer une activité bancaire en Suisse sera ouverte contre la Banque Commerciale SA, si d'ici au 31 décembre 1982 au plus tard elle ne réalise pas un bénéfice qui devra provenir uniquement de sa propre activité et ne plus résulter d'apports de fonds privés effectués par son actionnaire unique, A, ou d'opérations extraordinaires.*



5. *La Banque Commerciale SA comptabilisera dorénavant dans la rubrique 1.7 «Divers» de son compte pertes et profits les commissions et autres revenus que son actionnaire unique, A, lui rétrocède régulièrement et qui proviennent des activités que ce dernier exerce à titre privé.»*

D.– Agissant par la voie du recours de droit administratif, la Banque Commerciale SA a demandé au Tribunal fédéral d'annuler cette décision. La CFB a proposé le rejet du recours. Le Tribunal fédéral a rejeté celui-ci.

Considérant en droit:

«1.– a) aa) L'article 12 alinéa 2 OB impose aux banques, aux conditions prévues, l'obligation d'établir un bilan consolidé. La recourante conteste à tort la légalité de cette disposition, introduite par le Conseil fédéral le 1<sup>er</sup> décembre 1980 (ROLF 1980, page 1814). Le Tribunal fédéral a en effet jugé récemment (ATF 108 I b 80 et ss consid. 3)<sup>1</sup> que l'article 12 alinéa 2 OB repose sur une base légale suffisante (article 4 alinéa 2 LB). Il n'y a pas lieu de revenir sur cette jurisprudence.

bb) L'article 12 alinéa 2 OB impose aux banques un bilan consolidé des sociétés exerçant une activité bancaire ou financière et des sociétés immobilières «qu'elles dominent directement ou indirectement».

Cette notion juridique imprécise peut être définie de façon plus précise par l'administration, à laquelle la jurisprudence laisse une certaine marge de décision (ATF 106 I b 120 et les arrêts cités), dont elle peut faire usage dans le cadre de circulaires (cf. en général ATF 103 I a 501 et, spécialement pour la Commission des banques, ATF 103 I b 355, 99 I b 310).

La loi évoque toutefois elle-même la notion de domination d'une société à l'article 3bis alinéa 3 LB, à propos de la domination étrangère d'une banque organisée selon le droit suisse; cette dis-

position admet qu'il y a domination directe ou indirecte 1° en cas de détention de plus de la moitié du capital social, 2° en cas de détention de plus de la moitié des voix et 3° en cas de domination d'une autre manière. Or, il n'y a pas de raison d'appliquer à ces deux dispositions une notion différente de la domination. La définition de l'article 3bis alinéa 3 LB doit donc aussi être utilisée pour définir quand il y a une domination au sens de l'article 12 alinéa 2 OB.

Dans la mesure où elles concernent le cas d'espèce, les directives de consolidation édictées par la Circulaire du 17 mars 1978 de la Commission des banques prévoient ce qui suit:

«Domination

3.2.1 1) *La participation est dominante dès qu'elle s'élève à plus de la moitié du capital social ou des voix.*

2) *Dans le cas de participation indirecte, il y a une domination lorsque la société-mère détient en totalité plus de 50%, directement et/ou indirectement.*

3.2.2 1) *Une participation est également dominante lorsque les taux de participation mentionnés au chiffre 3.2.1 ne sont pas atteints, mais que la maison-mère a une influence dominante d'une autre manière.*

2) *C'est par exemple le cas lorsque:*

- la maison-mère par une convention (option etc.) s'est assurée l'acquisition des actions manquantes pour exercer une domination,*
- la direction de la maison-mère décide de la politique de la société-fille dont elle n'a pas la majorité du capital ou des voix, ou qu'elle adapte les grandes questions de direction à ses impératifs.»*

Ces directives tiennent compte de la définition de l'article 3bis alinéa 3 et n'excèdent pas le pouvoir laissé sur ce point à l'administration.

cc) L'article 12 alinéa 2 OB ne précise pas non plus comment doit s'effectuer la consolidation en cas de participation minoritaire.

Les directives de consolidation établies par la Commission des banques prévoient ce qui suit (4.7):

«Les participations minoritaires sont à traiter dans le bilan consolidé de telle manière que n'apparaisse que la part des actifs et passifs correspondant au pourcentage de la participation.»

Sur ce point non plus, la Commission n'a pas excédé sa marge de décision, la règle adoptée n'apparaissant pas contraire au système et au but de la consolidation.

b) aa) En l'espèce, selon le critère des voix, Banque Commerciale SA et Banque Commerciale (Cayman) Ltd sont l'une et l'autre directement dominées par leur actionnaire majoritaire A, sans que la première ne domine la seconde.

Selon le critère du capital social – que l'on se fonde sur le capital libéré ou le capital autorisé – Banque Commerciale SA ne dominerait pas non plus Banque Commerciale (Cayman) Ltd, puisque la première ne détient pas *plus* de 50% du capital de la seconde.

Compte tenu de la marge de décision laissée à l'administration pour préciser la notion d'influence dominante d'une autre manière et du but poursuivi par la consolidation du bilan et des fonds propres, on ne saurait reprocher à la Commission des banques d'avoir abusé de ce pouvoir en admettant ici l'existence d'une influence dominante. C'est ainsi que la Banque Commerciale SA détient déjà 50% du capital libéré de l'autre banque, sans qu'on sache si le montant correspondant à la différence entre le capital libéré et le capital autorisé sera jamais appelé à contribution. Au demeurant, la dépendance de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd à l'égard de la Banque Commerciale SA réside dans le fait que pour une large part en tout cas, la première est dirigée depuis Genève, que les organes de gestion sont pratiquement formés des mêmes personnes dans l'une et dans l'autre et que les deux établissements entretiennent des liens commerciaux très étroits. La Commission des banques pouvait considérer, dans ces conditions, que la recourante domine l'autre société.

...

Le chef No 1 de la décision attaquée doit dès lors être confirmé.

2.-

a) Selon une jurisprudence récente, l'article 21 alinéa 1 OB relatif à la répartition des risques dans la banque s'applique seulement à la banque elle-même et ne saurait, faute de base légale, être appliqué aux groupes de sociétés sur la base du bilan consolidé; en revanche, l'article 23bis alinéa 2 LB autorise la Commission à requérir des banques des renseignements relatifs non seulement à leurs propres engagements mais aussi à ceux des banques et sociétés financières qu'elles contrôlent, et à demander d'être informée lorsque les taux prévus par l'article 21 alinéa 1 OB appliqués au bilan consolidé sont atteints (ATF 108 I b 82 et ss consid. 4-5)<sup>1</sup>. Le Tribunal fédéral n'a pas de raison de modifier cette jurisprudence.

Le chef No 2 du dispositif de la décision attaquée n'est pas contraire à cette jurisprudence et la décision attaquée doit être comprise dans ce sens.

b) La recourante fait valoir que la décision attaquée obligerait Banque Commerciale (Cayman) Ltd à violer le secret bancaire qui lui est imposé par la loi des Cayman Islands, ce qui serait contraire à la souveraineté internationale de ce pays et exposerait les organes de ladite banque à des sanctions pénales.

Cette objection est mal fondée. Dans la mesure où la Banque Commerciale (Cayman) Ltd exerce une activité en Suisse, elle est soumise à la souveraineté suisse, également selon les principes du droit des gens, et l'exercice régulier de la souveraineté suisse ne saurait violer la souveraineté étrangère.

Au demeurant, il appartient à une banque suisse qui choisit de diriger un groupe de sociétés d'organiser ce groupe d'une manière lui permettant de respecter elle-même ses obligations selon la loi suisse, en particulier de donner à l'autorité suisse de surveillance les renseignements que celle-ci est en droit de requérir. Cela peut impliquer qu'elle obtienne de clients importants les autorisations nécessaires.

Le chef No 2 de la décision attaquée doit donc être aussi confirmé.

<sup>1</sup> = JT 1982 I 375 ss = Bulletin CFB 9/58; 10/15.

3.-

a) La Commission des banques et la recourante admettent, de façon concordante, que le chef No 3 du dispositif de la décision attaquée n'est pas limité au réviseur bancaire de la Banque Commerciale SA et que la banque pourrait choisir un autre organe de révision bancaire. C'est donc dans ce sens que doit être comprise cette partie de la décision attaquée.

b) La compétence de la Commission des banques de charger un organe de révision bancaire de réviser Banque Commerciale (Cayman) Ltd et de vérifier que la recourante exécute ses obligations se fonde sur l'article 23bis alinéa 2 LB. La Commission n'a pas abusé de ce pouvoir en l'espèce.

Le chef No 3 du dispositif de la décision attaquée doit ainsi également être confirmé, dans le sens des considérants.

4.- La Commission des banques motive les chefs No 4 et 5 du dispositif de la décision attaquée par la considération que le compte de pertes et profits de la Banque Commerciale SA n'a été équilibré et n'a pu être positif, ces dernières années, que par des versements personnels à fonds perdus de A, actionnaire unique.

...

La recourante conteste que les versements de A représentent des versements à bien plaie d'un actionnaire. Elle affirme que ces versements sont dûs à la banque par son administrateur, en vertu des liens contractuels l'unissant à elle, parce que ces commissions auraient été réalisées par lui dans le cadre d'une activité exercée en son propre nom mais pour le compte de la banque, forme choisie pour des raisons de discrétion.

...

5.- ...

a) Avec raison, la recourante ne conteste pas que la Commission des banques ait eu en l'espèce un motif suffisant pour intervenir.

En effet, une banque qui apparait structurellement déficitaire et ne peut subsister que par des versements supplémentaires, à fonds perdus, de ses actionnaires présente, quant à sa fonction, une irrég-

gularité propre à mettre en péril les intérêts des créanciers. Il est dès lors légitime que la Commission des banques intervienne pour tenter de mettre un terme à cette irrégularité.

Même si l'on suit la version des faits proposée par la banque dans le cadre du présent recours, la présentation des comptes et des documents donnait à tout le moins l'apparence que la banque n'avait pas une activité bénéficiaire et ne survivait que grâce aux apports de fonds de son actionnaire unique; on pouvait y voir une irrégularité justifiant une mesure de la Commission des banques destinée à y apporter remède.

b) Il y a dès lors lieu d'examiner si les charges imposées à la banque sont conformes à la loi.

aa) La disposition litigieuse exige d'abord que la banque réalise un bénéfice. Hormis l'exception réservée par l'article 620 alinéa 3 CO, le but de la société anonyme est économique et tend en principe à la réalisation de bénéfices. Ces bénéfices sont propres à renforcer la situation financière de la société, notamment en lui permettant de former des réserves légales et volontaires. Dès lors que la loi sur les banques tend à assurer la stabilité de celles-ci dans l'intérêt des créanciers (cf. article 3 LB, ATF 108 I b 81, 106 I b 363 et les arrêts cités), l'exigence qu'une banque organisée en société anonyme réalise en principe des bénéfices est en soi légitime.

Comme toute autre entreprise économique une banque est cependant exposée à essuyer des pertes, pouvant se traduire par un déficit d'exercice. Le seul fait qu'une banque (sans remplir les conditions de l'article 725 CO) essuie une perte – par exemple pour des raisons conjoncturelles ou liées à de mauvaises affaires durant l'exercice – ne saurait donc autoriser la Commission des banques à entamer une procédure de retrait d'autorisation, s'il n'y a pas de raison de penser que les intérêts des créanciers en seraient anormalement mis en péril.

La situation peut être différente si le déficit d'exercice a des causes structurelles, propres à produire à l'avenir les mêmes effets. Dans ce cas, ces structures déficientes peuvent, en elles-mêmes, mettre en péril les droits des créanciers et justifier dans leur intérêt une intervention de la Commission dans l'intérêt de ceux-ci.

bb) La décision attaquée exige ensuite de la banque que son bénéfice provienne «uniquement de sa propre activité». Le sens de cette disposition apparaît surtout à la lumière des conditions suivantes, soit la non-prise en considération d'apports de l'actionnaire unique et du fruit d'opérations extraordinaires. On doit donc raisonnablement comprendre l'expression de «propre activité» comme visant le fruit d'une activité bancaire exercée dans le cadre du but statutaire de la société, sans exclure les revenus acquis à la banque par des contrats ou par le fruit de participations dans d'autres sociétés.

L'exigence est en elle-même légitime car elle tend à obtenir que la banque ait une structure rentable.

cc) La disposition précise encore que, pour déterminer s'il y a bénéfice de la banque, il ne faudra pas prendre en considération des «apports de fonds privés effectués par son actionnaire unique». Tant la lettre de cette disposition que son contexte (cf. chiffre 5 du dispositif) et les motifs de la décision («versements à fonds perdus de l'actionnaire unique») montrent que la Commission des banques vise ainsi les versements supplémentaires d'un actionnaire à la société anonyme, justifié par sa qualité de sociétaire.

Dans ce sens, cette exigence n'est qu'une précision de la précédente et elle est tout aussi justifiée. Elle tend en effet à éviter que les déficits réguliers d'exercice dûs à une structure bancaire déficiente ne soient masqués par des apports de fonds nouveaux de la part de l'actionnaire unique.

dd) Selon la décision attaquée, l'existence d'un bénéfice devrait se déterminer en laissant de côté le fruit «d'opérations extraordinaires»; les motifs précisent: «opérations extraordinaires, qui de par leur nature ne se répèteront pas».

L'exigence n'apparaît justifiée que pour autant qu'elle ne soit pas interprétée extensivement, car l'activité normale d'une banque (surtout d'une banque d'affaires) peut également comprendre certaines opérations commerciales sortant de l'ordinaire ou ne se répétant pas, et leur fruit doit aussi normalement être inclus dans le compte de pertes et profits; la règle se justifie en tant qu'elle vise des opérations anormales destinées ou propres à masquer un déficit de la banque.

c) Dans le choix de la mesure, la Commission des banques n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation ni n'en a abusé.

...

6.– L'obligation imposée par le chiffre 5 a la banque de comptabiliser sous la rubrique 1.7 «Divers» les apports à fonds perdus d'un actionnaire, destinés à couvrir des pertes de la banque, est conforme à la loi (article 6 LB, 23 à 25 OB) et à une jurisprudence récente (ATF 105 I b 409 ss) qui n'est pas contestée et qu'il n'y a pas lieu de remettre en question.

Vu le but et les motifs de la décision, les revenus de A provenant «des activités que ce dernier exerce à titre privé» doivent raisonnablement être compris comme visant effectivement des apports à fonds perdus d'un actionnaire pour une activité exercée par lui en son nom et pour son compte, à l'exclusion de revenus dûs à la banque en raison d'une activité exercée pour le compte de celle-ci.

...

Le chiffre 5 de la décision attaquée doit donc lui aussi être confirmé.»

(Arrêt du Tribunal fédéral du 9 août 1982)

## **II Article 23quinquies LB. Retrait de l'autorisation avec effet immédiat**

*L'autorisation d'exercer une activité bancaire est retirée avec effet immédiat lorsqu'il existe de sérieux indices que la banque est surendettée et lorsque la direction et son conseil d'administration ont violé si gravement leurs obligations légales qu'il serait inadmissible, du point de vue de la protection des créanciers, d'attendre l'entrée en vigueur de la décision pour l'exécuter.*

### **Art. 23quinquies BankG. Bewilligungsentzug mit sofortiger Wirkung**

*Einer Bank wird die Bewilligung mit sofortiger Wirkung entzogen, wenn der dringende Verdacht auf Überschuldung besteht und die Geschäftsleitung so schwere Pflichtverletzungen begangen hat, dass*



*es vom Gläubigerschutz her unverantwortlich wäre, mit der Vollstreckung den Eintritt der Rechtskraft abzuwarten.*

*A.– Retrait de l'autorisation avec effet immédiat*

En exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 août 1982, la Banque Commerciale SA informa seulement en mars 1983 la CFB qu'une seule avance de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd, celle de feu M. Z., dépassait le 40% des fonds propres consolidés. A la lecture du dossier que la banque lui remit, la CFB constata:

- que cette avance représentait 142% des fonds propres consolidés;
- que cette avance à M. Z. constituait plus du 66% des actifs de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd;
- que les dirigeants de cette dernière, qui étaient au demeurant les mêmes que ceux de la Banque Commerciale SA, avaient, dans le cadre de leur gestion, fait fi d'un principe fondamental en matière de banque, à savoir celui de la saine répartition des risques;
- que les dépôts fiduciaires effectués par la Banque Commerciale SA pour le compte de ses clients auprès de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd représentaient les trois quarts des dettes de cette dernière;
- qu'en maintenant ces placements auprès de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd, alors qu'ils savaient que l'existence de celle-ci dépendait entièrement de la solvabilité de feu M. Z., les dirigeants de la banque genevoise avaient gravement contrevenu aux dispositions de l'article 3 alinéa 2 lettre c LB;
- que la solvabilité de feu M. Z. était des plus douteuses puisque, depuis plus d'une année, il n'y avait plus eu de mouvement sur les comptes de ce dernier, sauf les charges correspondant aux intérêts et frais, et qu'il n'existait aucune documentation sur la valeur des gages remis en nantissement.

Jugeant que ces graves irrégularités étaient propres à mettre en danger les intérêts des créanciers de la banque et que dès lors des

mesures devaient être prises sans tarder, le Président de la CFB nomma immédiatement un observateur.

Dans les jours qui suivirent, l'observateur fit part à la CFB des constatations suivantes:

– la Banque Commerciale SA n'était aucunement en mesure de fournir des indications précises sur la valeur vénale des gages remis en garantie de cette avance et sur les possibilités de leur réalisation. Les chances d'obtenir un remboursement total ou partiel de l'avance accordée à M. Z. étaient minimes pour ne pas dire nulles. Par conséquent, il existait une importante présomption de surendettement de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd.

– La Banque Commerciale S.A. a maintenu des placements pour le compte de ses clients auprès de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd, alors qu'elle savait depuis de nombreuses années que l'existence de celle-ci dépendait entièrement de la position de feu M.Z. La Banque Commerciale SA encourait une responsabilité qui pouvait l'amener à répondre des dommages que subiraient ses clients du fait de la liquidation probable de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd., ce qui entraînerait son surendettement.

Après que la Banque Commerciale SA ait été entendue une nouvelle fois, la CFB décida, en séance du 29 mars 1983, de lui retirer avec effet immédiat l'autorisation d'exercer une activité bancaire.

#### *B.– Justifications du retrait immédiat de l'autorisation*

D'après l'article 111 alinéa 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16.12.1943 (RS 173.110), les décisions n'ayant pas pour objet une prestation en argent sont immédiatement exécutoires. La CFB attend normalement l'entrée en force de la décision avant de l'exécuter pour respecter le droit de la banque de recourir au Tribunal fédéral en prenant toutefois des mesures provisoires dans l'intérêt des créanciers. Dans le cas présent, qui constitue une exception, l'autorisation a été retirée avec effet immédiat, car le moindre retard à l'exécution de la décision ne pouvait être toléré dans l'intérêt légitime des créanciers. La CFB a notamment considéré ce qui suit:

a.– Il existait une très forte présomption de surendettement de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd et, partant, de la Banque Commerciale SA que ni l'un ni l'autre de ces deux établissements n'avaient réussi à renverser. Dans ces circonstances, la fermeture immédiate de cette dernière banque semblait nécessaire si on ne voulait pas que certains de ses créanciers, ceux qui y laisseraient leurs fonds ou qui en déposeraient de nouveaux, soient indûment désavantagés par rapport à ceux, notamment les initiés, qui les retireraient.

b.– Après avoir très gravement manqué à leurs obligations (notamment non respect du principe fondamental de la répartition des risques, maintien des dépôts des clients de la Banque Commerciale SA auprès de la Banque Commerciale (Cayman) Ltd, alors que l'existence de celle-ci dépendait entièrement de la position fort compromise de feu M. Z., absence de documentation dans les crédits), les dirigeants de la Banque Commerciale SA ont mis 8 mois, à compter du moment où le Tribunal fédéral a rendu son arrêt, pour informer la CFB de l'existence de la position de feu M. Z. Ceux-ci ont démontré par là, non seulement qu'ils ne donnaient plus la garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 lett. c LB), mais qu'au surplus on ne pouvait plus en aucune manière leur faire confiance.

Dans ces circonstances, la CFB a jugé que, si on les autorisait à continuer à administrer et à gérer la banque jusqu'à ce que la décision de retrait entre en vigueur, les intérêts des créanciers seraient gravement mis en péril.

(Décision de la CFB du 29 mars 1983)

### **Art. 39 Abs. 2 BankV; Verweigerung der Zustimmung für den Revisionsstellenwechsel**

*Stellt die bankengesetzliche Revisionsstelle in einer Bank schwere Mängel fest, so kann die Bankenkommission die Zustimmung zum Wechsel der Revisionsstelle verweigern, bis die bisherige Revisionsstelle die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes bestätigt.*

## **Art. 39 al. 2 OB. Refus de l'agrément pour le changement d'institution de révision**

*Lorsque l'institution de révision a constaté de graves manquements dans une banque, la Commission des banques peut refuser de donner son agrément à son changement jusqu'à ce que cet institution de révision ait confirmé le retour à une situation régulière.*

Sachverhalt:

Die bankengesetzliche Revisionsstelle X beanstandete im Bericht über die Prüfung der Jahresrechnung 1980 u. a. die fehlende Meldung von Klumpenrisiken gemäss Art. 21 BankV, die Art und Weise, wie Treuhand- und Kreditgeschäfte behandelt wurden (ungenügende Vorbereitung, fehlende Kreditdossiers) sowie im Bereich der Organisation fehlende Kreditlimiten und nicht vorhandene oder revisionsbedürftige Reglemente.

Im Revisionsbericht 1981 mussten die Beanstandungen wiederholt und die entsprechenden Fristen zur Behebung der gerügten Mängel verlängert werden. Die Revisionsstelle gab unter diesen Umständen die Bestätigung, wonach die leitenden Organe der Bank Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten, nur unter dem Vorbehalt ab, dass die Mängel innerhalb der angesetzten Frist behoben würden.

Am 5. August 1982 teilte die Bank der Bankenkommission mit, sie beabsichtige rückwirkend auf 1. Januar 1982 das bankengesetzliche Revisionsmandat der Firma Z zu übertragen. Die Bankenkommission verweigert die Zustimmung zum Revisionsstellenwechsel.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 39 Abs. 2 BankV verweigert die Eidg. Bankenkommission die Zustimmung zu einem Revisionsstellenwechsel, wenn die vorgesehene neue Revisionsstelle unter den gegebenen Verhältnissen nicht Gewähr für eine ordnungsgemässe Revision bietet.
2. Die Rechtsbeziehungen zwischen der Bank und der bankengesetzlichen Revisionsstelle basieren auf einem privatrechtlichen Auf-

tragsverhältnis, wobei jedoch im öffentlichen Interesse der Inhalt des Prüfungsauftrages weitgehend gesetzlich vorgeschrieben und die Wahl der Revisionsstelle auf die von der Eidg. Bankenkommission anerkannten Gesellschaften beschränkt ist und der Zustimmung der Aufsichtsbehörde bedarf (Art. 19 und 20 BankG; Art. 39 Abs. 2 BankV). Das Zustimmungserfordernis dient nicht dem Schutze der alten Revisionsstelle (Besitzstandgarantie), sondern soll sicherstellen, dass auch die neue Revisionsstelle ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen in der Lage ist. Dieses Erfordernis kann etwa bei einer ungenügenden personellen Ausstattung oder bei mangelnder Erfahrung in gewissen, von der Mandantin gepflegten Geschäftsbereichen fehlen. Der Gesetzgeber bringt dies mit der im 2. Satz von Art. 39 Abs. 2 BankV gewählten Formulierung klar zum Ausdruck und räumt gleichzeitig der Aufsichtsbehörde einen gewissen Ermessensspielraum bei der Würdigung der «gegebenen Verhältnisse» ein.

3. a. ...

Im Interesse eines optimalen Gläubigerschutzes – dessen Bedeutung durch die zahlreichen Beanstandungen und die zum Vorbehalt führenden Missstände noch unterstrichen wird – drängt sich die Überprüfung der Beseitigung der Missstände bzw. die allfällige Wiederherstellung und Bestätigung des gesetzmässigen Zustandes durch die die Beanstandungen anbringende Revisionsstelle auf. Sie hat aufgrund ihrer Erfahrungen und Sachkenntnis die Missstände aufgedeckt sowie die zur Behebung geeigneten Massnahmen vorgeschlagen und trägt auch die Verantwortung für deren Wirksamkeit und Angemessenheit. Sie ist somit in erster Linie in der Lage, innert nützlicher Frist und ohne unverhältnismässigen Aufwand ein Urteil über die Entwicklung abzugeben und gegebenenfalls den Wegfall des Vorbehaltes zu bestätigen. So verpflichtet beispielsweise auch Art. 41 Abs. 1 BankV die Revisionsstelle bei Ansetzung einer Frist zur Behebung von Missständen nach deren Ablauf eine Nachrevision durchzuführen. Ein Revisionsstellenwechsel kommt damit sinnvollerweise erst dann in Betracht, wenn die bisherige Revisionsstelle die Beseitigung der wesentlichen Beanstandungen und den Wegfall des Vorbehaltes bezüglich der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit durch die leitenden Bankorgane bestätigen kann.

b. Jeder Revisionsstellenwechsel bedingt ein gründliches Einarbeiten der neuen Revisionsstelle. Herrschen bei einer Bank besondere Missstände, so hat dies für die neue Revisionsstelle naturgemäss einen grösseren Zeit- und Arbeitsaufwand zur Folge, um einerseits die Situation bei der Mandantin kennenzulernen und andererseits die Wirksamkeit der von einer anderen Gesellschaft nach deren eigenem Ermessen veranlassten Massnahmen beurteilen zu können. Hinzu kommt, dass solche Fälle meist eine gewisse zeitliche Dringlichkeit aufweisen, um die für die Gläubiger bestehenden Gefahren möglichst rasch zu beseitigen. Es liegt somit sowohl im Interesse des Gläubigerschutzes wie der betroffenen Bank und nicht zuletzt auch der neuen Revisionsstelle, dass der Revisionsstellenwechsel erst erfolgt, nachdem die alte Revisionsstelle die Beseitigung der von ihr gerügten Mängel und den Wegfall des Vorbehaltes bestätigt hat.

c. ...

Die Bank machte in ihrer Begründung geltend, die Revisionsstelle X verfüge über zuwenig erfahrene und fachlich qualifizierte Bankrevisoren und sei zudem im internationalen Bankgeschäft zu wenig erfahren. Diese Rüge erweist sich als unbegründet: Die Revisionsstelle X ist eine der grössten anerkannten Revisionsgesellschaften und verfügt derzeit über ca. 42 Mandate, darunter mehrere Banken mit einer Bilanzsumme von über 2 Mia. Franken. Es ist deshalb nicht einzusehen, inwiefern ihr die Revision einer Bank mit einer Bilanzsumme von 61 Mio. Franken aus organisatorischen oder fachlichen Gründen Probleme aufgeben sollte. Sie hat durch ihr Vorgehen im vorliegenden Fall vielmehr ihre fachlichen Fähigkeiten anerkanntermassen unter Beweis gestellt.

...

Die Bank fühlt sich durch die X schlecht beraten und macht geltend, bei besserer Beratung hätten sich die in den Revisionsberichten 1980 und 1981 gemachten Beanstandungen – deren materielle Berechtigung im übrigen nicht bestritten werden konnte – erübrigt. Die Eidg. Bankenkommission ist der Ansicht, dass die – auch in ihren Augen gerechtfertigten – Beanstandungen keinesfalls auf mangelnde Beratung durch die X zurückgeführt werden können, zumindest was das von ihr einzig zu prüfende bankengesetzliche Revisionsmandat

anbelangt. Die Beanstandungen und der Vorbehalt erweisen sich als durchaus gerechtfertigt, nachdem die für die Geschäftsführung verantwortlichen Organe (Direktion und Verwaltungsrat) aufgrund der Beanstandungen im Revisionsbericht 1980 die sich aufdrängenden Massnahmen nicht ergriffen hatten und gravierende Beanstandungen im Revisionsbericht 1981 nebst weiteren, neuen, Beanstandungen wiederholt werden mussten. Geeignete Massnahmen unterblieben, obwohl die X und das Sekretariat der EBK mehrfach mündlich und schriftlich auf die Probleme hinwiesen und diese erläuterten. Die von der X getroffenen Massnahmen erweisen sich damit als berechtigt und erfüllen die ihr vom Bankengesetz auferlegten Pflichten.

Die von der Bank vorgebrachten Gründe für den Revisionsstellenwechsel können somit nicht als gewichtig und für einen raschen Revisionsstellenwechsel sprechend betrachtet werden. Es drängt sich vielmehr gar der Verdacht auf, dass diese bloss als Vorwand dazu dienen sollen, einer durch ihre offene und ungeschminkte Darstellung der Missstände offensichtlich unbequem gewordenen Revisionsstelle das Mandat zu entziehen und diese damit für die pflichtgemässe und letztlich auch im Interesse der Bank liegende Erfüllung der gesetzlichen Pflichten zu bestrafen. Da die privatrechtlichen Revisionsgesellschaften auf Honorareinnahmen und damit auf die Acquisition und Bewahrung von Mandaten angewiesen sind, könnte ein solches Vorgehen zweifellos zu Gefahren und Problemen bezüglich der Wirksamkeit des zweistufigen schweizerischen Bankenaufsichtssystems führen.

...

5. Jede Verfügung der Eidg. Bankenkommission hat dem im Verwaltungsrecht grundlegenden Prinzip der Verhältnismässigkeit zu entsprechen. Die Zustimmung zur Übertragung des bankengesetzlichen Revisionsmandates kann daher bloss solange verweigert werden, bis die bisherige Revisionsstelle in ihrem ordentlichen Bericht über die Revision der Jahresrechnung die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes bestätigen kann, was frühestens im Bericht über die Jahresrechnung 1982 der Fall sein könnte. Erst bei Erfüllung dieser Voraussetzung ist unter den gegebenen Verhältnissen Gewähr für eine ordnungsgemässe Revision durch die neue Revisionsgesellschaft geboten. Ein erneutes Gesuch um Genehmigung

des Revisionsstellenwechsels kann somit frühestens bei Vorliegen des Revisionsberichtes 1982 geprüft werden.

(Verfügung der EBK vom 1. November 1982)