



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

Bulletin

EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB

Heft / Fascicule 3

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

Abkürzungen / Abréviations

4 / 5

Verfügungen der EBK / Décisions de la CFB

7

Korrigenda / Rectification

25

Gesetzesregister / Répertoire légal

26

Abkürzungsverzeichnis

AFG (LFP)	Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds (SR 951.31)
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 BankG (SR 952.02)
BGE (ATF)	Entscheid des Bundesgerichtes
EBK (CFB)	Eidgenössische Bankenkommission
ROG-EBK (RO-CFB)	Reglement vom 4. Dezember 1975 über die Organisation und Geschäftsführung der EBK (SR 952.721)
OR (CO)	Obligationenrecht
SR (RS)	Systematische Sammlung des Bundesrechts
VAB (OBE)	Verordnung der EBK vom 14. September 1973 über die unselbständigen Niederlassungen ausländischer Banken in der Schweiz (SR 952.111)
VNB (OPC)	Verordnung des Bundesgerichtes vom 11. April 1935 betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen (SR 952.831)
VwVG (PA)	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
ZGB (CC)	Zivilgesetzbuch

Liste des abréviations

ATF (BGE)	Arrêt du Tribunal fédéral
CC (ZGB)	Code civil (RS 210)
CFB (EBK)	Commission fédérale des banques
CO (OR)	Code des obligations (RS 220)
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 ^{er} 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 CFB du 14 septembre 1973 concernant les établissements en Suisse qui dépendent de banques étrangères (RS 952.111)
OPC (VNB)	Ordonnance du Tribunal fédéral du 11 avril 1935 concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne (RS 952.831)
PA (VwVG)	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
RO-CFB (ROG-EBK)	Règlement du 4 décembre 1975 concernant l'organisation et l'activité de la CFB (RS 952.721)
RS (SR)	Recueil systématique

Verfügungen der EBK / Décisions de la CFB

Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 BankG. Wirkungen der freiwilligen Liquidation auf Bankbewilligung und Unterstellung

Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb wird durch den Auflösungsbeschluss der Generalversammlung einer Bankaktiengesellschaft gegenstandslos, die Gesellschaft bleibt jedoch bis zu ihrer Löschung im Handelsregister weiterhin dem BankG und der Aufsicht unterstellt.

Art. 1 al. 1, art. 3 al. 1 LB. Effets d'une liquidation volontaire sur l'autorisation d'exercer une activité bancaire et l'assujettissement à la LB

La décision de dissolution prise par l'assemblée générale d'une banque organisée en société anonyme rend l'autorisation d'exercer une activité bancaire sans objet; la société reste toutefois assujettie à la LB et à la surveillance jusqu'à sa radiation du registre du commerce.

Sachverhalt:

Die EBK leitete gegen die Bank X AG ein Verfahren auf Bewilligungsentzug wegen grober Verletzung der gesetzlichen Pflichten und Nichterfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen ein. Nachdem von dritter Seite die Gläubiger sichergestellt worden waren, beschloss die ausserordentliche Generalversammlung der X AG, die Gesellschaft aufzulösen. Die EBK stellte fest, dass die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb als Bank der X AG durch den Auflösungsbeschluss gegenstandslos geworden ist, die Gesellschaft jedoch bis zu ihrer Löschung im Handelsregister weiterhin den Bestimmungen des BankG und der BankV untersteht.

Erwägungen:

1. Die ausserordentliche Generalversammlung der Bank X AG hat gemäss Art. 736 Ziff. 2 OR die Auflösung der Gesellschaft beschlos-

sen. Damit tritt die X AG gemäss Art. 738 OR in Liquidation. Der Auflösungsbeschluss der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft ist unwiderruflich (BGE 91 I 438 ff.). Die Generalversammlung kann auch nicht die Fortsetzung der Gesellschaft (sog. Rückgründung) beschliessen (Guhl/Merz/Kummer, OR, 6. Auflage, S. 643). Tritt eine Aktiengesellschaft in Liquidation, so behält sie gemäss Art. 739 OR zwar die juristische Persönlichkeit und führt ihre bisherige Firma, jedoch mit dem Zusatz «in Liquidation», bis die Auseinandersetzung auch mit den Aktionären durchgeführt ist. Doch ist von nun an der Gesellschaftszweck beschränkt auf die Liquidation. Insbesondere fällt während der Liquidation der Erwerbsszweck der Aktiengesellschaft dahin. Sie erstrebt nunmehr als einziges Ziel die Auflösung der rechtlichen Bindungen, die Verflüssigung des Vermögens, was die Verwertung der Aktiven und Tilgung der Schulden bedingt, um nachher die Verteilung eines eventuellen Liquidationsüberschusses unter die Aktionäre vornehmen zu können (Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar, N. 1/2 zu Art. 739 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, § 42 II c). Anstelle des ursprünglichen statutarischen Zweckes der X AG, nämlich der Durchführung von Bankgeschäften aller Art, tritt mit dem Auflösungsbeschluss der Generalversammlung der Liquidationszweck. Die von der X AG gehaltene Bewilligung zum Geschäftsbetrieb als Bank im Sinne von Art. 3 BankG ist damit gegenstandslos geworden (vgl. Reto A. Lyk, Wirtschaftspolitisch motivierte Bewilligungspflichten im schweizerischen Recht, Diss. iur. Bern, Zürich 1970, S. 50).

Der Bewilligungsentzug gemäss Art. 23quinquies Abs. 1 BankG erübrigt sich unter diesen Umständen. Ohne den Auflösungsbeschluss der Generalversammlung wären die Voraussetzungen hierzu zwar zweifellos erfüllt gewesen. Der Bewilligungsentzug ist jedoch nicht eine pönale Sanktion gegenüber den Organen und Eigentümern einer Bank, sondern eine verwaltungsrechtliche Massnahme, die einzig den Schutz der Gläubiger bezweckt. Gemäss Art. 23quinquies Abs. 2 BankG bewirkt der Entzug der Bewilligung bei Aktiengesellschaften deren Auflösung und damit ihre Liquidation. Der Bewilligungsentzug durch die EBK kommt also in seinen Wirkungen auf den Fortbestand und Zweck einer Gesellschaft der freiwilligen Auflösung durch Beschluss der Generalversammlung gleich. Ein Unterschied besteht lediglich darin, dass gemäss Art. 23quinquies

Abs. 2 BankG beim Bewilligungsentzug die EBK den Liquidator bezeichnet, während bei der freiwilligen Auflösung – sofern die Liquidation nicht durch den Verwaltungsrat besorgt wird – gemäss Art. 740 Abs. 1 OR die Generalversammlung oder allenfalls gemäss Art. 741 OR der Richter hierfür zuständig ist. Die EBK überwacht jedoch sowohl die Tätigkeit eines von ihr selbst eingesetzten Liquidators (Art. 23quinquies Abs. 2 a.E. BankG) als auch die eines von der Generalversammlung ernannten Liquidators. Der Aufsicht der EBK sind nämlich auch diejenigen Banken weiterhin unterstellt, die sich aufgrund eines freiwilligen Auflösungsbeschlusses in Liquidation befinden (BGE 69 I 136 ff.). Nach dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1943 sind die Revisionsstelle und die EBK zum Eingreifen befugt, wenn im Liquidationsverfahren Handlungen vorkommen, die die Sicherheit der Gläubiger gefährden (BGE 69 I 140). Die Interessen der Gläubiger können somit nach dem Auflösungsbeschluss der Generalversammlung ebensogut gewahrt werden wie nach dem Bewilligungsentzug durch die EBK. Es genügt somit festzustellen, dass die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb als Bank der X AG gegenstandslos geworden ist.

2. Vom Schicksal der Bewilligung zum Geschäftsbetrieb als Bank ist die Frage der Unterstellung unter die Bestimmungen des Bankengesetzes und die Aufsicht der EBK zu unterscheiden. Auch nach dem Zeitpunkt, in dem einer Bank die Bewilligung entzogen oder diese gegenstandslos geworden ist, untersteht eine Bank weiterhin der Aufsicht der EBK, und zwar bis die Liquidation vollständig durchgeführt ist (BGE 69 I 139). Ausgenommen hiervon sind einzig diejenigen Banken, die in Konkurs gefallen sind oder mit ihren Gläubigern einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen haben; diese werden ausschliesslich durch die Konkurs- bzw. Nachlassbehörden beaufsichtigt. Das Bundesgericht räumt zwar ein, dass während des Liquidationsstadiums einzelne Vorschriften des Bankengesetzes und anderer Gesetze praktisch nicht mehr angewandt werden könnten, weil die Voraussetzungen dafür nicht mehr zuträfen. Alle Vorschriften, deren Anwendung noch möglich sei, müssten dagegen eingehalten werden. Vor allem habe die Bank die Anordnungen, die die Gesetzgebung zur Sicherung der Gläubiger aufstellt, einzuhalten (BGE 69 I 140). Die X AG bleibt somit bis zu ihrer Löschung im Handelsregister gemäss Art. 746 OR grundsätzlich allen

Bestimmungen des Bankengesetzes unterstellt, die für den Schutz ihrer Gläubiger während des Liquidationsverfahrens von Bedeutung sein können. So bleiben beispielsweise die Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 BankG sinngemäss anwendbar. Dies bedeutet, dass die X AG eine der Liquidationstätigkeit entsprechende Organisation aufweisen muss und dass ihre Organe Gewähr für eine einwandfreie Durchführung der Liquidation bieten müssen. Aus diesem Grunde wäre es ausgeschlossen, dass Y – dessen fristlose Entlassung zwar vorgesehen, möglicherweise aber noch nicht vollzogen ist – im Sinne von Art. 739 Abs. 2 OR weiterhin Organfunktionen ausüben könnte, wie dies von der Revisionsstelle befürchtet wird. In Abweichung von Art. 8 Abs. 1 BankV genügt dagegen ein auf eine einzige Person reduzierter Verwaltungsrat. Das in Art. 4 Abs. 1 Bst. a BankG und Art. 13 BankV vorgeschriebene Eigenmittelverhältnis findet auf eine Bank in Liquidation keine Anwendung. Nach Bodmer/Kleiner/Lutz (Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1976, 10. Abschn., N. 12 zu Art. 23quinquies BankG) fällt auch die Einhaltung der Liquiditätsvorschriften ausser Betracht. Demgegenüber ist zu bemerken, dass während des Liquidationsverfahrens eher erhöhte Liquiditätsbedürfnisse als während des ordentlichen Bankbetriebes bestehen dürften. Gemäss Art. 743 Abs. 1 OR haben nämlich die Liquidatoren die Aktiven zu verwerten und die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen. Eine Bank in Liquidation untersteht weiter den Bestimmungen über die Erstellung und Veröffentlichung der Jahresrechnungen (Bodmer/Kleiner/Lutz, a. a. O., 4. Abschn., N. 110 zu Art. 6 BankG). Dasselbe gilt für die Pflicht zur Prüfung durch eine anerkannte bankengesetzliche Revisionsstelle (Bodmer/Kleiner/Lutz, a. a. O., 9. Abschn., N. 14 zu Art. 18 – 22 BankG). Auch wenn die Liquidatorin selbst eine anerkannte bankengesetzliche Revisionsstelle ist, so muss sich die Bank dennoch durch eine andere bankengesetzliche Revisionsstelle prüfen lassen. Die Liquidatoren sind nämlich Organe der Gesellschaft (Forstmoser/Meier-Hayoz, a. a. O., § 42 III d), die einen wesentlichen Teil der sonst der Verwaltung einer Aktiengesellschaft zustehenden Befugnisse ausüben (Bürgi, a. a. O., N. 30 – 32 zu Art. 739 OR). Aus diesem Grunde kann eine Person nicht gleichzeitig Liquidatorin und bankengesetzliche Revisionsstelle einer Bank sein. Die vorstehenden Ausführungen darüber, welchen Bestimmungen des Bankengeset-

zes eine Bank in Liquidation untersteht, sind nicht abschliessend. Sie sollen lediglich den eingangs erwähnten Grundsatz veranschaulichen.

(Verfügung vom 23. August 1978)

Art. 1 al. 1, art. 3 al. 1 LB. Reprise des actifs et des passifs d'une banque

Une banque dont la plupart des actifs et passifs ont été repris (par une autre banque) et qui renonce à exercer une activité bancaire, reste assujettie à la LB et à la surveillance aussi longtemps que les intérêts des créanciers l'exigent.

Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 BankG. Übernahme von Aktiven und Passiven einer Bank

Eine Bank, deren Aktiven und Passiven grösstenteils (von einer anderen Bank) übernommen wurden und die auf die Ausübung der Banktätigkeit verzichtet, bleibt dem BankG und der Aufsicht insoweit und so lange unterstellt, wie die Interessen der Bankgläubiger es verlangen.

Une banque étrangère a conclu une convention avec la Banque suisse Y, aux termes de laquelle elle créerait une filiale en Suisse (Banque X) qui reprendrait la plupart des actifs et des passifs de la Banque Y, qui se transformerait en société financière.

Cette convention a été conclue sous réserve que la nouvelle banque obtienne l'autorisation de la CFB d'exercer son activité. L'autorisation lui a été accordée.

L'ancienne Banque Y restera toutefois soumise à la LB aussi longtemps que la CFB n'aura pas décidé de la libérer du statut bancaire. Une telle décision pourra être prise lorsque l'institution dérévision bancaire, dans un rapport, aura attesté que soit toutes les créances contre la Banque Y ont été remboursées ou reprises par la Banque X, soit les créanciers subsistants ont donné leur accord écrit à la libération du statut bancaire et de la surveillance de la CFB.

Pendant les deux ans durant lesquels la Banque Y restera responsable vis-à-vis des créanciers repris par la Banque X, en vertu de l'art. 181 al. 2 CO, elle ne procédera à aucune distribution de dividendes ou de capital à ses actionnaires. La CFB se réserverait des moyens de contrôles et des mesures si la décision sur la libération du statut bancaire était prise avant l'expiration de ce délai de deux ans.

(Résumé d'une décision du 26 septembre 1978)

A. Art. 3 al. 2 lettre c LB. Garanties d'une activité irréprochable

Un directeur de banque qui est impliqué dans des affaires louches et qui ne fait pas preuve des compétences professionnelles exigées d'un banquier sérieux ne présente plus toutes garanties d'une activité irréprochable. La notion de «bonne réputation» est contenue dans celle de «garanties d'une activité irréprochable».

B. Principe de proportionnalité

A. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit

Ein Bankdirektor, der in zweifelhafte Geschäfte verwickelt ist und der nicht die von einem Bankier verlangten beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, bietet nicht mehr Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Der Begriff des «guten Rufes» ist in demjenigen der «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» enthalten.

B. Verhältnismässigkeitsprinzip

Extraits des faits:

En août 1976, le Secrétariat de la CFB a été avisé par l'institut de révision de la Banque régionale X que le directeur de celle-ci, M. Y, s'était livré à l'opération suivante:

M. Y fut contacté par deux hommes d'affaires suisses pour que la Banque X serve d'intermédiaire à un groupe financier qui se pro-

posait d'octroyer un prêt de 7 millions à M. A. Les deux hommes d'affaires demandèrent à M. Y de bien vouloir remettre en espèces à Londres à un certain M. B du groupe financier une commission de 5 700 000 francs qui devait permettre la mise en vigueur du contrat de prêt. La restitution de ce montant devait avoir lieu dès réception des fonds destinés au prêt. M. Y préleva une somme de 570 000 francs en espèces sur le compte de la Banque X auprès d'un correspondant et se rendit à Londres où il fut victime d'une bande d'escrocs qui le dépouillèrent de la somme. M. Y fut contraint de rembourser ce montant, y compris les intérêts, à la banque.

En novembre 1977, l'institution de révision a fait savoir au Secrétariat de la CFB qu'elle venait d'apprendre qu'une nouvelle enquête pénale était en cours à l'encontre du directeur de la Banque X, M. Y, au sujet d'un transfert douteux de fonds en provenance d'Angleterre.

Le 9 décembre 1976, la Banque X reçut d'un correspondant quatre ordres de paiement télégraphiques en faveur de différents comptes, un des comptes correspondant à celui ouvert dans les livres de la Banque X au nom de M. Y. Le 13 décembre 1976, M. Y remit à M. C, client de la banque qui souhaitait transporter des fonds d'Angleterre en Suisse, quatre chèques émis par la Banque X et tirés sur elle-même à l'ordre de M. C. M. Y se basa sur une procuration, dont il avait dicté le texte, qui précisait que la Banque X devait remettre à M. C le montant de 891 550 francs moins les frais, en paiement de marchandises livrées en Italie et que M. C était autorisé à donner valablement quittance pour les fonds déposés auprès de la Banque X sous les numéros correspondant aux numéros des ordres de transfert (et non aux numéros de comptes).

M. Y a déclaré que M. C était la seule personne qui pouvait disposer des fonds, tout en reconnaissant qu'il avait lui-même dicté la lettre servant de procuration.

Le 11 mai 1978, M. Y a été entendu par le juge d'instruction d'un canton en tant que prévenu de complicité d'escroquerie, en présence de M. C en détention préventive.

La CFB a exigé de la Banque X qu'elle écarte M. Y de la direction sous menace du retrait de l'autorisation.

Extraits des considérants:

1. Selon l'article 3 alinéa 2 lettre c de la LB, les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque doivent jouir d'une «bonne réputation» et présenter «toutes garanties d'une activité irréprochable». Il s'agit là d'une des conditions pour qu'une banque bénéficie de l'autorisation d'exercer son activité.

La jurisprudence a interprété la notion de «bonne réputation» en appliquant l'article 35 OB relatif aux conditions de la reconnaissance d'une institution de révision, et a précisé qu'elle impliquait de l'intégrité, de la droiture, de la conscience et de la fermeté de caractère, ainsi que des compétences professionnelles (ATF 99 Ib 111).

La doctrine a confirmé cette interprétation (Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 2. Abschnitt, ad art. 3, Nos 16 à 18; C. Müller, Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer nach schweizerischem Recht organisierten Bank, p. 99 ss) et a même soutenu avec raison que la notion de «bonne réputation» était contenue dans celle plus générale de «garanties d'une activité irréprochable» (C. Müller, op. cit. p. 97).

Cette condition, introduite par la révision partielle de la loi du 11 mars 1971, signifie donc qu'un directeur de banque doit avoir des dispositions de caractère et des compétences professionnelles suffisantes pour conduire aux destinées d'un établissement de crédit. Elle est d'une importance primordiale, dans la mesure où les relations d'une banque sont basées sur la confiance qu'on peut faire en ses dirigeants. Elle tend à prévenir l'accès à des fonctions dirigeantes dans des banques de personnes qui, par leur incompétence, peuvent ruiner un établissement, causer des pertes aux créanciers et mettre en jeu le sérieux de la place financière suisse (cf. Bulletin CFB, fascicule 1, novembre 1977, p. 16).

Selon les articles 23ter et 23quinquies LB, lorsque la CFB apprend que des infractions aux prescriptions légales ou d'autres irrégularités ont été commises, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités et elle doit retirer à la banque qui ne remplit plus les conditions requises ou qui viole gravement ses obligations légales, l'autorisation d'exercer son activité. Il découle de ces dispositions que les conditions d'autorisation d'exercer une activité bancaire doivent être

maintenues en permanence et que l'autorisation doit être retirée si une des conditions fait défaut; la CFB jouit cependant d'une certaine marge d'appréciation, dans la mesure où elle doit appliquer des notions juridiques imprécises (ATF 98 Ib 272).

2. Comme directeur de la Banque X, M. Y est, au sens de la LB, une personne «chargée de gérer la banque» et doit par conséquent «jouir d'une bonne réputation et présenter toutes garanties d'une activité irréprochable».

Il convient donc d'analyser si M. Y, directeur de la Banque X, a agi, dans les deux affaires précitées, comme doit le faire un banquier qui remplit les exigences de cette condition légale. Lors de la première affaire, il ne fait aucun doute que M. Y a dépassé ses compétences en prélevant un montant de Fr. 570 000.– pour une opération dont la nature exigeait une autorisation du conseil d'administration, conformément à l'article 23 chiffre 7 des statuts. L'opération elle-même comportait un risque certain et sortait du cadre de l'activité d'une banque régionale telle qu'elle est prévue par les articles 2 et 3 des statuts. Elle apparaissait à l'évidence louche et M. Y ne s'est pas douté que ce financement pouvait être contraire aux prescriptions légales suisses et anglaises. M. Y ne pouvait en aucun cas se déplacer à l'étranger pour remettre la commission de Fr. 570 000.– en billets de banque.

Lors de la seconde affaire, qui est survenue alors qu'une enquête administrative était encore en cours, le directeur M. Y a tout d'abord indiqué son numéro de compte pour y recevoir des fonds destinés à des tiers, mais ces fonds n'ont pas été crédités sur ce compte. Le directeur M. Y a autorisé le retrait des fonds avant d'avoir identifié et déterminé exactement les titulaires et les bénéficiaires. La procura-tion qui lui fut remise constatait des faits qui n'étaient pas réels puisqu'il ne s'agissait pas d'une vente de marchandises en Italie. Aucun document ne prouve que M. C était bénéficiaire de ces fonds ou autorisé à les retirer.

Il en résulte que, dans les deux affaires, le directeur M. Y n'a pas agi conformément à la pratique bancaire en faisant preuve des compétences professionnelles exigées d'un banquier sérieux. Il faut encore ajouter que M. Y est prévenu de complicité d'escroquerie pour la dernière affaire.

On peut donc déduire que M. Y ne présente plus toutes garanties d'une activité irréprochable.

3. ...

4. L'autorité administrative, sans méconnaître le principe de proportionnalité, estime que le départ de M. Y doit être plus rapproché dans le temps. Le conseil d'administration ne paraît pas avoir saisi la gravité de ces deux affaires et compris que la Banque X pourrait subir un tort moral et être ruinée à l'avenir par les agissements du directeur actuel. Si le conseil d'administration semble vouloir assumer ce risque, l'autorité administrative ne saurait l'accepter. Il faut souligner que le directeur, M. Y, occupe une place très influente dans une banque de moyenne importance. De lui dépend la confiance qu'on peut faire en un établissement bancaire. Il est vrai que le départ précipité d'un directeur bien connu d'une banque régionale peut jeter la suspicion sur l'établissement. Mais lorsque l'on met en balance le risque que fait courir aux créanciers le maintien du directeur ne donnant pas les garanties nécessaires et le risque que fait courir son départ, le choix se porte incontestablement sur la solution du départ.

Le délai à accorder doit cependant être raisonnable. Il ne saurait être question d'un écartement immédiat. Mais le délai du 31 décembre 1978 est approprié aux circonstances. Il ne faut pas oublier que le conseil d'administration a attendu trois mois pour prendre la décision qui s'imposait et s'est ménagé des délais beaucoup trop longs pour exécuter celle-ci.

5. Jusqu'au départ du directeur M. Y, celui-ci ne doit plus pouvoir engager de quelque manière la Banque X et, par conséquent, ne doit plus pouvoir signer sans l'autorisation expresse d'un membre du conseil d'administration ou de son comité. De cette façon, on évitera tout risque pour les créanciers de la Banque X.

6. Si la Banque X ne se sépare pas de son directeur M. Y, les conditions de son autorisation ne seraient plus remplies et la CFB devrait procéder au retrait de celle-ci, ce qui signifierait pour la Banque X la dissolution et la liquidation.

(Décision du 13 juillet 1978)

Art. 3 al. 2 lettre c / Art. 23quinquies LB. Garanties d'une activité irréprochable / violation grave des obligations légales

Un directeur de banque ne donne plus les garanties d'une activité irréprochable s'il établit un faux bilan pour l'obtention de l'autorisation et ne comptabilise pas certains engagements résultant des exercices précédant et suivant la fondation de la banque. La banque doit se laisser imputer les agissements du directeur qui constituent pour elle une violation grave des obligations légales.

Art. 3 Abs. 2 lit. c / Art. 23quinquies BankG. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit / grobe Verletzung gesetzlicher Pflichten

Ein Bankdirektor bietet nicht mehr Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, wenn er zwecks Erlangung der Bewilligung eine falsche Bilanz erstellt und ausserdem gewisse Verpflichtungen der Bank auch nachher nicht verbucht. Die Bank muss sich das Verhalten des Bankdirektors als grobe Verletzung ihrer gesetzlichen Pflichten zurechnen lassen.

Extraits des faits:

Le 1^{er} novembre 1976, le Secrétariat de la CFB a été informé que des obligations de caisse de la Banque X, née de la transformation d'une société financière, étaient offertes dans «le milieu financier», bien en dessous de leur valeur nominale. Des papiers-valeurs avaient été remis par le directeur de la Banque à un financier genevois aux activités douteuses. Le Secrétariat a ordonné à l'institution de révision de procéder à un contrôle intermédiaire et de déterminer si la Banque X était en danger. Celle-là a confirmé diverses irrégularités, dont notamment des émissions de billets à ordre et des acceptations d'effets de change non comptabilisées.

Le 17 décembre 1976, la CFB a confirmé une révision extraordinaire de la banque, demandée par le Secrétariat. Elle a nommé un observateur auprès de la Banque X.

Le 4 février 1977, la Société Anonyme de Contrôle Bancaire et Industriel a remis à la CFB un rapport relatif à la révision extraordi-

naire effectuée à la Banque X. Le rapport faisait état de nombreuses irrégularités constatées dans le bilan de la société financière et dans celui de la Banque X qui lui a succédé. On peut les résumer ainsi:

a. Période précédant la création de la Banque X:

Compensations non autorisées de comptes; non comptabilisation d'effets de change et d'engagements conditionnels; fausses déclarations d'intégralité du bilan.

b. Période suivant la création de la Banque X:

Violations des prescriptions de la LB (art. 17), de l'OB (art. 9, 21) et du règlement interne de la banque; transactions douteuses des papiers-valeurs; risques non évaluables.

La direction avait agi sciemment et à l'insu du conseil d'administration. Dès réception du rapport, le comité du conseil d'administration, puis le conseil d'administration lui-même, a immédiatement retiré au directeur ses pouvoirs, lui demandant toutefois de rester momentanément à disposition afin d'éclaircir certains faits. Pour remplacer provisoirement la direction, le conseil d'administration a désigné un comité de gestion et de direction transitoire de trois membres, choisis parmi le conseil d'administration, ayant des connaissances bancaires et juridiques lui permettant de remplir la fonction de l'organe dirigeant de la banque. Le comité de gestion et de direction a été chargé d'entreprendre la révision de tous les dossiers présentant des risques quelconques et de veiller à faire respecter immédiatement les prescriptions légales violées par la direction.

Le conseil d'administration a, en outre, fait valoir que les fautes commises et reprochées au directeur n'étaient pas imputables aux administrateurs. Dans ces circonstances, il a soutenu qu'il apparaissait exclu qu'une décision de révocation ou de retrait de licence bancaire intervienne à la suite d'activités répréhensibles d'une seule personne, même s'il s'agissait du directeur. Le conseil d'administration a également souligné le besoin d'une banque dans la région. Il a demandé à la CFB de pouvoir poursuivre ses activités en tenant compte des mesures prises et de celles qu'il prendrait pour le bien de la banque, notamment la nomination d'un directeur compétent.

La CFB a retiré l'autorisation d'exercer une activité bancaire à la Banque X.

Extraits des considérants:

1. Selon l'article 23quinquies de la LB, la CFB retire à la banque qui ne remplit plus les conditions requises ou qui viole gravement ses obligations légales, l'autorisation d'exercer son activité. La jurisprudence constante du Tribunal fédéral confirme que la CFB n'a un pouvoir d'appréciation que pour déterminer si les conditions de l'autorisation sont remplies. Lorsqu'elles ne le sont pas, la CFB doit retirer l'autorisation (cf. ATF du 14.12.1972 dans la cause Alpha Bank AG et ATF 98 Ib 272).

Les faits montrent que la CFB a octroyé à la Banque X une autorisation d'exercer son activité, alors que les conditions n'étaient pas remplies. Les comptes de la société financière étaient falsifiés et ne correspondaient pas à la situation patrimoniale effective de la société. La CFB a été trompée et, pour ce motif, l'autorisation doit être révoquée.

L'autorisation doit être aussi révoquée car les conditions ne sont actuellement toujours pas remplies. La direction ne présente pas les garanties d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 lettre c LB). Il est vrai que le directeur s'est vu retirer ses pouvoirs. Cependant, la banque ne possède plus, d'une part, des organes de direction et, d'autre part, des organes préposés à la haute direction de façon à garantir une surveillance appropriée de la gestion (art. 3 al. 2 lettre a LB).

Le conseil d'administration fait valoir que les mesures qu'il a déjà prises et sa volonté ferme de reprendre en mains la banque devraient dissuader la CFB de retirer l'autorisation. Cet argument ne peut être retenu. Il est vrai que l'autorité de surveillance peut envisager une exception au retrait de l'autorisation lorsqu'une banque a pris des mesures telles que la sécurité des créanciers est totalement sauvegardée. Ce principe se déduit d'une jurisprudence ancienne concernant l'application de la LFP (ATF 96 I 481). En l'espèce, les mesures prises par le conseil d'administration n'assurent que l'existence transitoire de la banque. Sans aucun doute, elle fonde de légitimes espoirs pour un redressement. Cependant, ces espoirs ne sont pas suffisants face au danger que courent les créanciers. Il y a lieu de remarquer, dans ce contexte, qu'il n'est pas possible, selon l'organe de révision, de déterminer précisément la situation patrimoniale de la Banque X. D'une part, il se peut que des effets de change non

comptabilisés soient encore en circulation. D'autre part, la situation de la société financière proche de la Banque X, qui a subsisté, est susceptible de causer des pertes supplémentaires à la banque.

2. Le retrait de l'autorisation selon l'article 23quinquies LB se justifie non seulement parce que les conditions requises ne sont pas remplies, mais aussi parce que la Banque X a gravement violé ses obligations légales.

Le rapport de l'organe de révision a constaté des violations de la LB, de l'OB, du règlement interne de la banque et des principes généralement reconnus en comptabilité. Plusieurs faits constituent d'ailleurs des infractions pénales contre le patrimoine. Le conseil d'administration, qui n'a pas contesté les constatations de l'organe de révision, prétend qu'on ne peut lui imputer les fautes de la direction. Bien que la CFB soit convaincue de la bonne foi des membres du conseil d'administration, elle doit juger les actes de la personne morale engagée par ses organes, notamment par la direction (art. 55 CC, ATF 81 II 223).

(Décision du 22 mars 1977)

Remarque de la rédaction: La décision a fait l'objet d'un recours de droit administratif de la banque au Tribunal fédéral qui l'a confirmée.

Art. 23ter Abs. 4 BankG. Anzeigepflicht der EBK für strafbare Handlungen

Art. 23ter Abs. 4 BankG begründet eine unbedingte Pflicht der EBK, Strafanzeige zu erstatten wegen Verbrechen und Vergehen, die im Geschäftsbetrieb einer Bank begangen wurden.

Art. 23ter al. 4 LB. Obligation pour la CFB de dénoncer les infractions

L'art. 23ter al. 4 LB institue l'obligation absolue pour la CFB de dénoncer les crimes et les délits qui ont été commis par une banque dans son activité.

I.

Am 15. Juni 1978 meldete die Revisionsstelle R der EBK gemäss Art. 21 Abs. 4 BankG, dass vom mittlerweile aus anderen Gründen fristlos entlassenen früheren Leiter X einer Filiale der Bank A Unregelmässigkeiten bezüglich eines Inhaber-Sparheftes begangen wurden.

Der Sachverhalt war der folgende:

Im Jahre 1976 war H. Inhaber eines Sparheftes, das einen Stand von über 600 000 Fr. auswies. H. machte mit dem ihm persönlich bekannten X ab, dieses Guthaben über den Steuerstichtag des 1. Januar 1977 abzuziehen und nachher wieder einzulegen. Das Sparheft wurde saldiert. H. behändigte das Geld für die Übergangszeit jedoch nicht, sondern liess es in den Händen von X. Im neuen Jahr eröffnete X ein neues Inhaber-Sparheft, in welches er wiederum den gleichen Betrag von über 600 000 Fr. von Hand einsetzte. Diese Einlage verbuchte er jedoch nicht. Die Buchhaltung verzeichnete lediglich einen Betrag von ca. 60 Fr. auf diesem Büchlein. Das Geld brauchte X indessen für die Gewährung persönlicher Darlehen an einen Kreis Verwandter und Bekannter. Wann genau X H. von dieser Verwendung benachrichtigte und wann er ihm das Büchlein aushändigte, ist unklar. Jedenfalls machte H. 1978 seine durch das Inhaber-Sparheft rechtsverbindlich ausgewiesene Forderung gegenüber der Bank geltend, wodurch die ganze Angelegenheit ans Licht kam.

II.

In der Folge führten die Verhandlungen zwischen den Beteiligten zu folgendem Ergebnis: X erklärte gegenüber H., den ganzen Betrag persönlich zu schulden, und bezahlte ihm bereits Fr. 200 000.–. H. gibt sich damit zufrieden, leistete gegenüber der Bank eine Verzichtserklärung und händigte ihr das Sparbüchlein aus.

III.

Mit dieser Lösung wird an sich den Interessen aller Beteiligten Rechnung getragen. Die Bank erleidet keinen Verlust und muss keine

negative Publizität fürchten. H. kommt dank des Umstandes, dass Verwandte und Bekannte dem X zur Seite stehen, wieder zu seinem Geld. Ausserdem dürfte ihm eine lautlose Regelung aus fiskalischen Gründen genehm sein. X schliesslich wird nicht in ein Strafverfahren einbezogen, weil die anderen Beteiligten unter diesen Voraussetzungen kein Interesse an einer Strafanzeige mehr haben.

IV.

Es besteht der Verdacht, dass durch das Verhalten des X Straftatbestände verwirklicht wurden. Es fallen in Betracht Veruntreuung, ungetreue Geschäftsführung und Urkundenfälschung sowie nicht ordnungsgemässe Führung von Geschäftsbüchern nach Art. 46 Abs. 1 lit. 1 BankG. Nach Art. 23ter Abs. 4 BankG ist die EBK verpflichtet, die entsprechenden Strafanzeigen zu erstatten.

V.

Die Bank macht nun aber geltend, dass für eine solche Strafanzeige jegliche Veranlassung fehle. Der verantwortliche X sei nicht mehr Angestellter der Bank und sei überhaupt nicht mehr im Bankensektor tätig. Ausserdem erleide die Bank keinen Schaden aus dem Vorfall; dies gelte aller Voraussicht nach auch für H., der sich überdies mit der Regelung ausdrücklich einverstanden erklärte.

Würde demgegenüber eine Strafanzeige erstattet, so verlören die Angehörigen des X ihr Interesse an seiner Unterstützung, und X könnte seinen Verpflichtungen nicht nachkommen. Die Verzichtserklärung H.'s würde ebenfalls dahinfallen, da sie aus diesem Grund an die Bedingung geknüpft ist, dass keine Strafanzeige gegen X erfolge. Somit würde die Bank einen Verlust erleiden, weil ihr Regressanspruch gegen X praktisch wertlos sei. Eine Strafanzeige bringe also für alle Beteiligten nur Nachteile, und es sei deshalb darauf zu verzichten.

VI.

Es stellt sich die Frage, ob derlei Argumente im Hinblick auf Art. 23ter Abs. 4 BankG gehört werden können.

a) Dieser Artikel begründet eine nach dem Wortlaut eindeutige Pflicht der EBK zur Anzeige von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen an die zuständige kantonale Strafverfolgungsbehörde. Indem der Bundesgesetzgeber eine solche Anzeigepflicht einer Bundesbehörde vorsieht, will er der ebenfalls von ihm erlassenen Strafrechtsordnung eine bessere Durchsetzung ermöglichen. Dabei dürfte die Überlegung wegleitend sein, dass nur bei Beachtung der strafrechtlich geschützten Verhaltensnormen der vom BankG bezweckte Schutz der Gläubiger gewährleistet ist. Konsequenterweise besteht deshalb bei Verletzung dieser Normen das Bedürfnis nach Bewährung der Rechtsordnung. Die general- und spezialpräventive Wirkung von durchgeführten Strafverfahren soll zudem zukünftige Delikte vermeiden helfen.

b) Nun kann es im Einzelfall vorkommen, dass vordergründig die Anzeigepflicht der EBK mit deren Hauptauftrag, dem Gläubigerschutz, kollidiert, wofür im Fall der Bank A eine gewisse Gefahr besteht. Dadurch, dass die Bank für 600 000 Fr. in Anspruch genommen wird, wird ihr Haftungssubstrat vermindert, was für die Gläubiger des betreffenden Institutes an sich nachteilig ist.

Gleichwohl besteht kein echter Zielkonflikt. Der Gläubigerschutz darf nicht allzusehr auf das Einzelinstitut ausgerichtet werden. Für den Gläubigerschutz im umfassenderen Sinn (d.h. für die Gesamtheit der Gläubiger aller dem BankG unterstehenden Unternehmen) ist langfristig mehr gewonnen, wenn den Strafrechtsnormen kompromisslos Nachachtung verschafft wird. Würde nämlich bekannt, dass im Bankenbereich bei Abdeckung des Schadens der Bank aus einer strafbaren Handlung auf die Durchführung von Strafverfahren verzichtet wird, könnte sich daraus eine Verminderung der präventiven Wirkung der Strafrechtsnormen ergeben.

c) Bei Officialdelikten besteht innerhalb der Verjährungsfrist der Strafanspruch des Staates unabhängig davon, ob dies den Interessen der Beteiligten entspricht oder nicht. Es geht nicht an, dass die Einhaltung oder Nichteinhaltung von gesetzlichen Pflichten durch die EBK zur Bedingung von privatrechtlichen Abmachungen gemacht wird und damit versucht wird, Druck auf die EBK auszuüben.

d) Aus BGE 93 I 86 geht hervor, dass sich die Pflicht der EBK zur Anzeige von Verbrechen und Vergehen zum Nachteil von Ban-

kengläubigern bereits aus ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde ergibt: «Es wäre mit dem Sinn und Zweck des Aufsichtsrechts nicht zu vereinbaren, wenn die Kommission Strafsachen, die ihren Aufgabenkreis betreffen, auf sich beruhen lassen könnte.»

e) Gegen die Annahme, dass die EBK bei Anwendung von Art. 23ter Abs. 4 BankG das Opportunitätsprinzip spielen lassen könne, sprechen im übrigen die folgenden Überlegungen.

– Würde man im Hinblick auf die Abdeckung des Schadens der Bank auf eine Strafanzeige verzichten, hätte das eine Ungleichbehandlung von Angeschuldigten zur Folge, je nach dem, ob sie die dafür notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung haben oder nicht.

– Die im Bankgewerbe tätigen Personen dürfen auf keinen Fall den Eindruck bekommen, man verzichte aus Diskretionsgründen immer dann auf Strafverfahren wegen solchen Delikten, wenn der Schaden der Bank daraus abgedeckt wird. Die Wiedergutmachung des Schadens wird erst im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt (Art. 64 StGB).

– Mit der Durchsetzung der Strafrechtsordnung sind spezielle Strafverfolgungsbehörden betraut. Diese haben über die Einleitung eines Strafverfahrens zu entscheiden. Verzichtet die EBK trotz Vorliegens eines ernsthaften Verdachts auf die Erstattung der Strafanzeige, bedeutet dies im Endeffekt, dass kein Strafverfahren durchgeführt wird. Die EBK trifft damit einen Entscheid, der nicht in ihre Kompetenz fällt.

Aus diesen Gründen und in Anwendung von Art. 23ter Abs. 4 BankG hat die EBK folgenden Beschluss gefasst:

Das Sekretariat wird beauftragt, in der Angelegenheit «X / Inhaber-Sparheft» der Bank A die entsprechenden Strafanzeigen zu erstatten, falls dies nicht durch die Bank selbst erfolgt.

(Beschluss vom 26. September 1978)

Korrigenda

Das letzte Heft des Bulletins (Nr. 2, Juni 1978) enthält zwei auf Redaktionsversehen beruhende Fehler.

Der letzte Absatz des Sachverhaltes auf Seite 5 sollte richtigerweise lauten:

«Die EBK verpflichtete die Bank A, in ihrem Geschäftsreglement vorzusehen, dass Zirkulationsbeschlüsse von Verwaltungsrat und Verwaltungsratsausschuss nur *bei Einstimmigkeit* gültig zustande kommen.»

Rectification

Une autre erreur s'est glissée à la page 12, à propos du cas Overseas Development Bank, Genève. Il fallait lire:

«Le 5 mai 1976, Schneider & Münzing KG a vendu les actions d'ODB à Syndikats AG, Zurich, et le capital social de 5 millions de francs de *cette dernière société* (au lieu de: la banque) fut porté à 10 millions de francs.»

Gesetzesregister / Répertoire légal

BankG LB	BankV OB	Andere Erlasse Autres lois	Heft Fasc.	Seite Page
1 Abs. 1			3	49
1 Abs. 1			3	54
2		12, 13, 14 VAB/OBE	1	8
3 Abs. 1			3	49
3 Abs. 1			3	54
3 Abs. 2a			2	5
3 Abs. 2a	8 Abs. 2 u. 3		1	12
3 Abs. 2c			1	14
			1	18
3 Abs. 2c	35		3	56
3 Abs. 2c			3	62
3bis Abs. 1			2	8
3bis Abs. 1a			1	25
				27
3bis Abs. 1b			1	27
			1	30
3bis Abs. 3			1	22
			2	12
3ter			2	12
3ter Abs. 2			1	22
				25
				27
4 Abs. 3			2	19
4bis	21		2	23
4ter			2	23
6 Abs. 2		665 OR/CO	2	28

BankG LB	BankV OB	Andere Erlasse Autres lois	Heft Fasc.	Seite Page	
20 Abs. 1	35 Abs. 2 38 a u. b		2	31	
			2	31	
20 Abs. 4			2	31	
21 Abs. 4			2	31	
23ter Abs. 1			2	31	
23ter Abs. 1			3	59	
23ter Abs. 4			3	68	
23quinqües			2	12	
23quinqües			37 Abs. 2	2	31
23quinqües				3	51
23quinqües	3	59			
23quinqües		55 ZGB/CC	3	62	