



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 32

1997

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

	Seite
Verzeichnis der Abkürzungen	6
Erläuterungen der Auslandsbankenverordnung vom 21. Oktober 1996	9
Unerlaubte Banktätigkeit, Auflage von Anleihen	51
Funktionentrennung	61
Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors	66

Sommaire

Page

Tableau des abréviations	6
Commentaire de l'ordonnance sur les banques étrangères du 21 octobre 1996	31
Activité bancaire non autorisée, émission d'un emprunt	51
Séparation des fonctions	61
Diligence d'un réviseur sérieux et qualifié	66

Sommario

Pagina

Elenco delle abbreviature	6
Commentario dell'ordinanza sulle banche estere del 21 ottobre 1996	31
Attività bancaria non autorizzata, emissione di prestiti	51
Separazione delle funzioni	61
Diligenza richiesta da un revisore serio e qualificato	66

Verzeichnis der Abkürzungen

Tableau des abréviations

Elenco delle abbreviature

ABV	Verordnung über die ausländischen Banken in der Schweiz vom 21. Oktober 1996 (Auslandbankenverordnung, SR 952.111) OBE/OBE
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts RO/RU
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse BGE/DTF
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, SR 952.0) LB/LBCR
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, SR 952.02) OB/OBCR
BBi	Bundesblatt FF/FF
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, SR 954.1) LBVM/LBVM
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (Börsenverordnung, SR 954.11) OBVM/OBVM
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts ATF/DTF
CFB	Commission fédérale des banques EBK/CFB
CFB	Commissione federale delle banche EBK/CFB

EBK	Eidgenössische Bankenkommision CFB/CFB
FF	Feuille fédérale BBI/FF
FF	Foglio federale BBI/FF
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, RS 952.0) BankG/LBCR
LBCR	Legge federale su le banche e le casse di risparmio dell' 8 novembre 1934 (Legge sulle banche, RS 952.0) BankG/LB
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (Loi sur les bourses, RS 954.1) BEHG/LBVM
LBVM	Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobi- liari del 24 marzo 1995 (Legge sulle borse, RS 954.1) BEHG/LBVM
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (Ordonnance sur les banques, RS 952.02) BankV/OBCR
OBCR	Ordinanza su le banche e le casse di risparmio del 17 maggio 1972 (Ordinanza sulle banche, RS 952.02) BankV/OB
OBE	Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse du 21 octobre 1996 (Ordonnance sur les banques étrangères, RS 952.111) ABV/OBE
OBE	Ordinanza concernente le banche estere in Svizzera del 21 ottobre 1996 (Ordinanza sulle banche estere; RS 952.111) ABV/OBE

OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les bourses, RS 954.11) BEHV/OBVM
OBVM	Ordinanza sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sulle borse, RS 954.11) BEHV/OBVM
RO	Recueil officiel des lois fédérales AS/RU
RS	Recueil systématique du droit fédéral SR/RS
RS	Raccolta sistematica del diritto federale SR/RS
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali AS/RO
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts RS/RS

Erläuterungen der Auslandsbankenverordnung vom 21. Oktober 1996¹

I. Einleitung

Gemäss Art. 2 Abs. 1 BankG finden die Bestimmungen des Bankengesetzes sinngemäss Anwendung auf die von ausländischen Banken in der Schweiz errichteten Sitze, Zweigniederlassungen und Agenturen sowie auf die in der Schweiz tätigen Vertreter ausländischer Banken. Art. 2 Abs. 2 BankG ermächtigt die EBK, die nötigen Bestimmungen zu erlassen. Sie sind in der Auslandsbankenverordnung enthalten, deren vorhergehende Fassung vom 22. März 1984 datiert.² Eine Revision der ABV von 1984 war aus verschiedenen Gründen notwendig geworden. Die meisten Bestimmungen erfuhren zwar formelle Änderungen. In materieller Hinsicht änderte der Inhalt der ABV hingegen nicht wesentlich.

Das erste Ziel dieser Revision bestand darin, die anwendbaren Bestimmungen betreffend ausländische Banken, welche Dienstleistungen in oder von der Schweiz aus anbieten, mit den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 und der Ausführungsverordnung vom 2. Dezember 1996 zu harmonisieren. Das BEHG und die BEHV sind auf 1. Februar 1997 in Kraft getreten. Das BEHG, in seinen Art. 10 Abs. 3 und 4 und Art. 37, sowie die BEHV in ihren Art. 36–50 regeln die Geschäftstätigkeit ausländischer Effekthändler in der Schweiz oder von der Schweiz aus. Die Banken und die Effekthändler betreiben im Bereich des Effektenhandels eine identische Geschäftstätigkeit. Damit eine ungleiche Behandlung und eine Wettbewerbsverzerrung vermieden werden konnte, war es notwendig, ausländische Banken und ausländische Effekthändler, welche ihre Dienstleistungen in der Schweiz anzubieten gedenken, den gleichen Rechtsvorschriften zu unterwerfen, sofern die Ähnlichkeit ihrer Lage dies rechtfertigt.

Die Revision erlaubte ausserdem:

- die Festschreibung der bestehenden Praxis;
- die Aufhebung von Bestimmungen, welche ihren Zweck verloren hatten;

¹ Inkrafttreten am 1. Januar 1997 (AS 1997 62)

² Die Bestimmungen der Verordnung von 1984 sind nachstehend mit «aABV» bezeichnet. Die diesbezüglichen Erläuterungen sind im EBK Bulletin 13 S. 12 ff. veröffentlicht. Die Verordnungsbestimmungen von 1996 sind hingegen mit «ABV» bezeichnet.

- die textliche Systematisierung der ABV von 1984;
- die Einführung von Neuerungen, welche mit Blick auf die betreffend das BankG am 1. Februar und 1. Juli 1995 und betreffend die BankV am 1. Februar 1995 in Kraft getretenen Änderungen als nützlich betrachtet werden;
- die Berücksichtigung neuester Entwicklungen auf internationaler Ebene, hauptsächlich bezüglich der Mittel zur Sicherstellung einer Überwachung sämtlicher Aktivitäten eines Konzerns und der besseren Zusammenarbeit unter Aufsichtsbehörden.

Diese verschiedenen Gründe werden in Ziff. II der Erläuterungen der Vorschriften der neuen ABV ausführlich aufgenommen. Nachfolgend werden generell nur die neuen und die geänderten Vorschriften kommentiert.

Die ABV von 1984 stellte, im Vergleich mit beispielsweise den Vorschriften anderer europäischer Staaten, hinsichtlich der Tätigkeit ausländischer Banken eine sehr liberale Regelung auf. Sie liberalisierte das Angebot von grenzüberschreitenden Bankdienstleistungen, einzig die Entgegennahme von fremden Geldern bei einer Zahlstelle erforderte eine Bewilligung (Art. 1 Bst. b, Art. 17 und 18 aABV). Die Eigenheit von Zweigniederlassungen ausländischer Banken, welche in juristischer und wirtschaftlicher Abhängigkeit zu der ausländischen Bank stehen, konsequent weiterziehend, nahm die ABV von 1984 die Zweigniederlassungen von der Anwendung der Vorschriften in BankG und BankV zu den Eigenmitteln und der Risikoverteilung aus. Die neue ABV wird in ihrer Wirkung die Tätigkeitsbedingungen der ausländischen Banken in der Schweiz noch einmal erleichtern. Die ABV hebt die Bewilligungspflicht für die Entgegennahme von Geldern bei einer Zahlstelle auf, ebenso die Forderung nach Halten von 10% der Aktiven einer Zweigniederlassung in der Schweiz. Weiter gestattet sie den Zweigniederlassungen, ihre Rechnung gemäss den anwendbaren ausländischen Normen der Bank abzulegen, sofern jene Normen den entsprechenden international anerkannten Standards zu genügen vermögen. Schliesslich erlaubt sie die Übermittlung von Kundenaufträgen an die Bank im Ausland durch eine Vertretung.

II. Erläuterungen der Bestimmungen der ABV vom 21. Oktober 1996

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

1. Artikel 1: Ausländische Bank

1.1 Die ABV von 1984 definierte den Begriff der ausländischen Bank nicht. Gemäss Art. 1 ABV gilt als ausländische Bank jedes nach ausländischem Recht organisierte Unternehmen (vgl. 1.1.1 hienach), welches entweder im Ausland eine Bewilligung als Bank besitzt, oder zu irgendeinem Zweck den Ausdruck «Bank» oder «Bankier» benützt, oder die Banktätigkeit im Sinne von Art. 2a BankV betreibt (vgl. 1.1.2 hienach).

1.1.1 In Art. 3bis Abs. 1 BankG wird unterschieden zwischen **nach schweizerischem Recht organisierten Banken** mit beherrschendem ausländischen Einfluss und ausländischen Banken. Gemäss Art. 2 Abs. 1 und 2 BankG sind nur Zweigniederlassungen, Agenturen und Vertretungen von **ausländischen Banken** in der Schweiz von der ABV betroffen. Die Eigenheit der ausländischen Banken besteht darin, dass sie, im Gegensatz zu ausländisch beherrschten, nach schweizerischem Recht organisierten Banken, nach ausländischem Recht organisiert sind. Dieses erste Element ihrer Definition ist in Art. 1, 1. Satz ABV aufgenommen.

1.1.2 Artikel 1 Bst. a–c ABV zählt die Situationen auf, in welchen eine nach ausländischem Recht organisierte Unternehmung als Bank angesehen werden muss, und gibt damit eine weite Auslegung des Begriffes der ausländischen Bank. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich, weil nicht alle Länder den gleichen Begriff der Banktätigkeit kennen, dieser somit nicht überall deckungsgleich mit der Definition in der Schweiz verwendet wird. Buchstabe c könnte somit zur Anwendung gelangen, wenn das ausländische Recht einen engeren Begriff der Banktätigkeit kennt als das schweizerische Recht. Sein erster Anwendungszweck wird hingegen sein, zu verhindern, dass eine ausländische Gesellschaft ohne Bankcharakter mit einer Zweigniederlassung in der Schweiz eine Banktätigkeit entwickelt.

1.2 Gemäss Art. 1 Abs. 2 ABV darf die ausländische Bank nicht tatsächlich von der Schweiz aus geleitet werden, und ihre Geschäfte sollen nicht ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus abgewickelt werden. Sie muss sonst nach schweizerischem Recht organisiert sein. Diese Bestimmung ist eine Folge der aus dem Zusammenbruch der Bank of Commerce and Credit International gezogenen Lehre: Die rechtliche Struktur einer Bank muss mit der wirtschaftlichen übereinstimmen (vgl. EBK Jahresbericht 1991 S. 40).

Art. 1 Abs. 2 ABV ist das Gegenstück zu Art. 7 Abs. 4 BankV, welcher am 1. Februar 1995 in Kraft getreten ist. Demnach muss eine nach schweizerischem Recht organisierte Bank tatsächlich von der Schweiz aus geleitet werden. Art. 7 Abs. 4 BankV verbietet demgegenüber den schweizerischen Banken nicht, einen überwiegenden Teil ihrer Tätigkeit im Ausland zu entfalten, weil sonst den international tätigen schweizerischen Banken eine Entwicklung ihrer Tätigkeiten im Ausland verunmöglicht würde. Art. 1 Abs. 2 ABV verlangt ebenfalls nicht, dass die ausländische Bank den überwiegenden Teil ihrer Tätigkeiten am Ort ihres Hauptsitzes entfaltet. Anderenfalls könnten bestimmte international tätige Banken in der Schweiz keine Zweigniederlassung errichten.

2. Artikel 2: Bewilligungspflicht

2.1 Der Verweis in den Bestimmungen des Bankengesetzes in Art. 2 Abs. 1 BankG ebenso wie Art. 3bis Abs. 1 BankG, welche ausdrücklich die Tätigkeit der ausländischen Banken erwähnen, legen das Prinzip ebenso wie die Bewilligungsvoraussetzungen für Zweigniederlassungen, Vertretungen und Agenturen der ausländischen Banken in der Schweiz fest. Jene Artikel bilden die Grundlage des Bewilligungssystems der ABV. Art. 2 ABV ändert am Bewilligungssystem der ABV von 1984 nichts. Nur aus systematischen Gründen sind die verschiedenen bewilligungspflichtigen Tätigkeiten vereinigt und in der gleichen Bestimmung definiert worden.

Die Errichtung von Sitzen, Zweigniederlassung und Agenturen von ausländischen Banken oder Banken in ausländischen Händen sowie auch die Errichtung von Vertretungen ausländischer Banken

sind bewilligungspflichtig (Art. 2 Abs. 1 und Art. 3bis Abs. 1 BankG). Es wäre an sich denkbar gewesen, die Bewilligungspflicht für Agenturen einer Zweigniederlassung einer ausländischen Bank fallenzulassen, weil ja die Agentur integrierter Bestandteil der Zweigniederlassung darstellt, von welcher sie abhängt, mit Ausnahme des Ortes der Geschäftstätigkeit der Zweigniederlassung. Bei der Agentur handelt es sich um eine Geschäftsstelle, welche die Zweigniederlassung mit dem Zweck, eine ständige Tätigkeit zu entwickeln, unterhält. Schon jetzt ist die Eröffnung der Zweigniederlassung selbst an strenge Bedingungen geknüpft. Die Bewilligungspflicht für die Eröffnung von Agenturen von Zweigniederlassungen ausländischer Banken wiederum ist direkt durch das BankG vorgesehen. Es erwies sich daher als unmöglich, die Gesetzesbestimmung über eine Ausführungsverordnung abzuändern. Zudem hätte sonst eine ungleiche Behandlung insofern gedroht, als die Eröffnung einer Agentur einer ausländisch beherrschten, nach schweizerischem Recht organisierten Bank gemäss Art. 3bis Abs. 1 BankG eine Bewilligung erfordert.

2.2 Eine ausländische Bank, welche in der Schweiz gewerbsmässig und dauernd Personal beschäftigt, hat, je nach der Art, wie ihre Tätigkeit organisiert und abgegrenzt ist, eine Bewilligung als Zweigniederlassung, Vertretung oder Agentur nötig. Im Gegensatz zu der ABV von 1984, welche nur die Begriffe der Agentur und der Vertretung definierte, enthält die ABV auch eine Definition der Zweigniederlassung:

2.2.1 Die Zweigniederlassung: Wenn eine ausländische Bank in der Schweiz eine Organisationseinheit zu betreiben wünscht, welche die Aufgabe hat, Geschäfte für die Bank abzuschliessen, und zudem die Zuständigkeit, letztere damit rechtlich zu verpflichten, schreibt Art. 2 Abs. 1 Bst. a ABV die Form der Zweigniederlassung vor. Die Zweigniederlassungen ausländischer Banken müssen darüber hinaus der Definition der Zweigniederlassung des Handelsrechts entsprechen (BGE 117 II 87, 108 II 124): Danach ist die Zweigniederlassung eine kaufmännische Niederlassung, welche in wirtschaftlicher Abhängigkeit zu einem Hauptunternehmen steht, als Teil dessen sie rechtlich anzusehen ist, und die auf Dauer in von dem Hauptunternehmen getrennten Räumen eine gleichartige Tätigkeit entfaltet, wobei sie in der Wirtschafts- und Geschäftswelt über eine gewisse Autonomie verfügen muss.

2.2.2 Die Vertretung: Art. 2 Abs. 1 Bst. b ABV definiert die Vertretung in Abgrenzung von der Zweigniederlassung und führt einige Beispiele von geeigneten Tätigkeiten an, welche eine Vertretung ausführen kann. Eine Vertretung einer ausländischen Bank darf nicht nur Werbe- oder Vertretungshandlungen für die Bank wahrnehmen, zum Beispiel gegenüber den Behörden. Art. 2 Abs. 1 Bst. b ABV sieht vor, dass sie auch Kundenaufträge an die Bank weiterleiten darf. Gerade das Weiterleiten von Kundenaufträgen an die Bank war bis anhin immer als Tätigkeit betrachtet worden, welche den Rahmen der erlaubten Tätigkeiten der Vertretung einer ausländischen Bank gemäss Art. 14 aABV überschreite. Vor kurzem ist aber eine Praxisänderung erfolgt, wobei, begünstigt durch einen Einzelfall, in Erwägung gezogen worden ist, dass das Weiterleiten eines Auftrages durch die Vertretung an die ausländische Bank im Rahmen der durch Art. 14 aABV erlaubten Tätigkeiten sei. Art. 2 Abs. 1 Bst. b ABV behält diese Lösung bei und liberalisiert damit den Tätigkeitsspielraum einer Vertretung. Sobald Kundenkonti eröffnet werden oder die Bank rechtlich verpflichtet werden kann, wird hingegen davon auszugehen sein, dass es sich um eine Zweigniederlassung handelt, für welche die Bewilligungsvoraussetzungen strenger sind.

2.2.3 Die Agentur: Die Definition der Agentur gemäss Art. 12 aABV bleibt unverändert (Art. 2 Abs. 2 ABV).

2.3. Es kann für eine Aufsichtsbehörde interessant sein, über die im Ausland stattfindende Tätigkeit eines ihrer Aufsicht unterstellten Institutes informiert zu sein. Art. 2 Abs. 3 ABV ist eine Potestativbestimmung, welche der Bankenkommission die Möglichkeit gibt, tätig zu werden, ohne sie dabei zu einem Handeln zu verpflichten.

2.4 Im Gegensatz zur ABV von 1984 (vgl. Art. 1 Bst. b, Art. 17 und 18 aABV) ist gemäss der ABV die **Entgegennahme von Geldern in der Schweiz durch ausländische Banken bei einer Zahlstelle**, beziehungsweise gemäss neuer Formulierung von Art. 1 Abs. 2 BankG die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikums-einlagen, nicht mehr bewilligungspflichtig. Die grenzüberschreitenden Bankdienstleistungen, welche eine ausländische Bank in der

Schweiz anbietet, ohne über eine Niederlassung zu verfügen, sind somit völlig frei. Erst der Einsatz von Personal in der Schweiz führt zur Bewilligungspflicht.

Die Bewilligungspflicht für die Entgegennahme von Publikums-einlagen in der Schweiz durch eine Zahlstelle rechtfertigte sich nicht mehr. Unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes stellte die Bewilligung keine Garantie für die Kontrolle der Zahlungsfähigkeit der ausländischen Bank dar, an welche die Gelder weitergeleitet wurden. Im Gegenteil, die Bewilligung erweckte fälschlicherweise den Eindruck einer Kontrolle durch die schweizerische Aufsichts-behörde. Es ist zwar zutreffend, dass die Bewilligungspflicht gemäss der ABV von 1984 erlaubte, gemäss Art. 17 Abs. 3 Bst. a und b aABV, Banken aus Staaten fernzuhalten, welche keine inter-nationalen Standards genügende Aufsicht kennen. Zudem liess sich erreichen, dass aus der Werbung eindeutig hervorgeht, dass das Geld dazu bestimmt ist, ins Ausland geschickt zu werden. Diese Massnahmen rechtfertigten sich nicht mehr. Eine ausländische Bank durfte in der Schweiz nämlich frei Werbung betreiben, solange sie kein Geld bei einer Zahlstelle entgegennahm. Aufgrund der Entwicklung der Geldüberweisungsmöglichkeiten nach dem Ausland konnte eine ausländische Bank zum gleichen Resultat gelangen, der Einlage von Publikumsgeldern bei ihr im Ausland, ohne noch eine Zahlstelle im Sinne von Art. 17 aABV einschalten zu müssen und ohne einer Bewilligungspflicht zu unterstehen. Eine spezielle Beaufsichtigung der Werbung ausländischer Banken war ebensowenig gerechtfertigt. Die angebotene Dienstleistung der ausländischen Banken richtet sich an ein Zielpublikum ausländischer Arbeitnehmer in der Schweiz, welche die Dienstleistung beanspruchen, weil sie gerade wünschen, dass ihr Geld im Aus-land auf Konten gutgeschrieben wird, deren Inhaber sie bei den ausländischen Banken sind. Solche Kunden sind sich folglich der Überweisung ins Ausland eindeutig bewusst.

3. Artikel 3: Anwendbares Recht

3.1 Art. 2 Abs. 1 aABV, welcher Erleichterungen von den gesetz-lichen Erfordernissen gemäss BankG und BankV enthält, ist in Art. 3 Abs. 1 ABV übernommen. Die frühere Erwähnung einer «sinngel-

mässen» Geltung von BankG und BankV wurde fallengelassen, gab er doch einzig zur Verwirrung Anlass.

3.2 Art. 3 Abs. 2 ABV ist neu und erlaubt der EBK, in besonderen Fällen auf die Erleichterungen des Abs. 1 zurückzukommen, wenn die Vorschriften am ausländischen Sitz der Bank entsprechende Erleichterungen für dortige Tätigkeiten schweizerischer Banken nicht kennen sollten.

Diese Bestimmung, welche als Mittel der Aussenwirtschaftspolitik betrachtet werden muss, sollte den schweizerischen Banken im Ausland eine ähnlich liberale Ordnung betreffend die Entwicklung ihrer Aktivität erlauben, wie sie den ausländischen Banken in der Schweiz geboten wird. Die Bestimmung entspricht ausserdem dem Ziel des Gegenrechtserfordernisses gemäss Art. 3bis Abs. 1 Bst. a BankG und Art. 5 BankV. Es soll nicht aus dem Auge verloren werden, dass schon die ABV von 1984 und noch mehr die neue ABV die grenzüberschreitenden Bankdienstleistungen einseitig liberalisiert und dereguliert haben. Es ist daher legitim, sich das Recht und die Möglichkeit vorzubehalten, auf gewährte Erleichterungen gegenüber ausländischen Banken zurückzukommen, damit gegebenenfalls von einem ausländischen Staat die gleiche Behandlung schweizerischer Banken auf dessen Territorium bewirkt werden kann. Das Vorgehen, auf Erleichterungen zurückzukommen, wird allerdings nur möglich sein, solange keine internationalen Verpflichtungen entgegenstehen. Eine derartige Einschränkung ergibt sich zum Beispiel aufgrund des im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO) abgeschlossenen Allgemeinen Dienstleistungsabkommens (General Agreement on Trade in Services, GATS), welches die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel vorsieht.

2. Abschnitt: Zweigniederlassungen

4. Artikel 4: Bewilligungsvoraussetzungen

4.1 Die Bewilligungsvoraussetzungen in der ABV entsprechen weitgehend der ABV von 1984. Folgende Änderungen wurden eingeführt:

4.2 Art. 4 Abs. 1 Bst. b ABV legt fest, dass die angemessene Aufsicht einer Bank deren Zweigniederlassung mit einschliesst. Es han-

delt sich hier um eine einfache Klarstellung, die am Konzept der angemessenen Aufsicht gemäss ABV von 1984 nichts ändert.

Die schweizerische Zweigniederlassung ist nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich integrierter Bestandteil der ausländischen Bank und verfügt zudem nur über eine begrenzte Entscheidungsfreiheit oder organisatorische Autonomie. Ihre Solvenz und Funktionsfähigkeit lassen sich losgelöst von der ausländischen Gesamtbank nicht richtig beurteilen. Entsprechend beschränkt sind die Kontrollmöglichkeiten des Gastlandes, und um so grösser ist die Verantwortung der Behörde des Herkunftslandes. Art. 4 Abs. 1 Bst. b ABV zieht eine erste Schlussfolgerung aus diesem Sachverhalt und erhebt die angemessene Aufsicht über die ausländische Bank zur Bewilligungsvoraussetzung für die Errichtung einer Zweigniederlassung einer ausländischen Bank in der Schweiz. Der nächste Schritt, der sich folgerichtig aus der Natur der Zweigniederlassung ergibt, müsste die Zulassung von Vor-Ort-Kontrollen in der Schweiz durch ausländische Aufsichtsbehörden sein. Das Prinzip der Vor-Ort-Kontrolle einer Bank, sei dies eine Zweigniederlassung oder eine Tochtergesellschaft, durch die Aufsichtsbehörde des Herkunftslandes der Bank, ist kürzlich durch einen Bericht mit dem Titel «Grenzüberschreitende Bankenaufsicht»³, veröffentlicht durch den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, bestätigt worden. Der Bericht behandelt Fragen der Umsetzung des im Juni 1992 durch denselben Ausschuss veröffentlichten Dokumentes «Mindestanforderungen für die Beaufsichtigung internationaler Bankkonzerne und ihrer grenzüberschreitenden Niederlassungen» (vgl. EBK Bulletin 23 S. 44 ff.) und empfiehlt praktische Lösungen.

Im Gegensatz zur schweizerischen Ordnung kennen die meisten Bankenaufsichtssysteme keine externen Revisionsstellen. Die Kontrolle wird in jenen Fällen von der für eine Bank zuständigen Aufsichtsbehörde selbst durchgeführt. Folglich stellt sich konkret die Frage von Kontrollen, die in der Schweiz durch ausländische staatliche Organe auszuführen wären. Die Frage der Vor-Ort-Kontrollen

³ Dieser Bericht wurde von einer Arbeitsgruppe von Mitgliedern des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht und der Offshore-Gruppe von Bankenaufsichtsbehörden erarbeitet. Der Text ist im EBK Bulletin 31 S. 59 ff. veröffentlicht (vgl. auch EBK Jahresbericht 1995 S. 91ff.)

durch ausländische Behörden stellt sich heute in noch dringenderer Weise, gestaltet die ABV doch die auf Zweigniederlassungen anwendbare Regelung noch freiheitlicher als die ABV von 1984. Aus Art. 271 des Strafgesetzbuches geht «a contrario» hervor, dass ein fremder Staat auf schweizerischem Gebiet hoheitliche Handlungen vornehmen kann, wenn ihm zuvor die Erlaubnis erteilt wurde. Von der Möglichkeit, solche Eingriffe zu erlauben, wurde bislang nie Gebrauch gemacht. Das Parlament hat diese Frage im Rahmen des Folgeprogrammes nach dem verworfenen Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (Swisslex) diskutiert und sich geweigert, solche Bewilligungen zu gewähren. Das gleiche Problem stellt sich in konkreter Weise im Rahmen der 1994 begonnenen Verhandlungen mit Deutschland im Hinblick auf die Freistellung schweizerischer Bankzweigniederlassungen in Deutschland von bestimmten aufsichtsrechtlichen Erfordernissen (vgl. EBK Jahresbericht 1994 S. 81, 1995 S. 99 und 1996 S. 113). Das Problem wurde anlässlich der Revision der ABV von 1984 nicht gelöst, letztlich ist auch nicht die EBK zu einer Lösung befugt.

4.3 Art. 4 Abs. 1 Bst. e ABV führt eine neue Bewilligungsvoraussetzung ein, wonach die ausländischen Aufsichtsbehörden in der Lage sein müssen, der EBK Amtshilfe zu leisten. Das Basler Konkordat von 1983, durch den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht verabschiedet, unterstreicht die Notwendigkeit, eine Zusammenarbeit und fortlaufende Kontakte zwischen den Aufsichtsbehörden des Gastlandes und des Herkunftslandes zu unterhalten, um eine leistungsfähige Überwachung der Banken im Ausland sicherzustellen. Im April 1990 hat der gleiche Ausschuss eine «Sicherstellung eines ausreichenden Informationsaustausches zwischen den Bankaufsichtsbehörden» betitelte Ergänzung des Konkordates publiziert (vgl. EBK Bulletin 22 S. 56 ff.). Die in diesen Dokumenten hervorgehobenen Grundsätze wurden in der Ergänzung von Juni 1992 und im Bericht vom Oktober 1996 über die grenzüberschreitende Bankenaufsicht bestätigt (vgl. oben, Ziff. II/4.2). Der am 1. Februar 1995 in Kraft getretene Art. 23sexies BankG verankert die Grundsätze, die vom Basler Ausschuss veröffentlicht wurden, gibt der EBK die Möglichkeit, zur Durchsetzung des BankG ausländische Aufsichtsbehörden um Auskünfte zu ersuchen, und setzt die Bedingungen fest, unter denen die EBK bankenaufsichtsrelevante Aus-

künfte an ausländische Aufsichtsbehörden übermitteln darf (vgl. EBK Jahresbericht 1992 S. 23). Art. 4 Abs. 1 Bst. e ABV sollte sicherstellen, dass die ausländische Behörde mit der EBK zusammenarbeiten und ihr mindestens im gleichen Umfang, wie in Art. 23sexies BankG vorgesehen, diejenigen Informationen mitteilen wird, welche zur Überwachung der Zweigniederlassung notwendig sind.

4.4 Art. 4 Abs. 1 Bst. f ABV erwähnt Absatz 1bis von Art. 3bis BankG nicht, welcher am 1. Juli 1995 in Kraft getreten ist. Das Erfordernis einer konsolidierten Aufsicht des ganzen Konzerns wird in Art. 4 Abs. 2 ABV aufgeführt (vgl. nachstehend Ziffer II/4.8), weshalb es nicht notwendig erschien, die konsolidierte Aufsicht an dieser Stelle zu wiederholen.

4.5 Bezüglich der beiden Bewilligungsvoraussetzungen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und des Wohnsitzes der Mitglieder der Geschäftsführung verweist Art. 4 Abs. 1 Bst. g ABV auf Art. 3 Abs. 1 Bst. c und d BankG, wie es schon die ABV von 1984 tat (Art. 3 Abs. 2 Bst. e aABV). Was hingegen die Bewilligungsvoraussetzungen betreffend Geschäftsreglement und Verwaltungsorganisation der Zweigniederlassung angeht, verweist Art. 4 Abs. 1 Bst. g ABV nicht mehr auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, dessen Formulierung der Eigenart der Zweigniederlassung nicht gerecht wird. Die Zweigniederlassung befindet sich in der rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der ausländischen Bank. Die Zweigniederlassung besitzt somit weder Statuten noch Gesellschaftsvertrag. Überdies sind auch die Organe für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle der Zweigniederlassung Organe der ausländischen Bank.

Die Bewilligungsvoraussetzung von Art. 3 Abs. 2 Bst. cbis BankG, welche am 1. Februar 1995 eingeführt wurde und gewährleisten soll, dass die Personen, welche an der Bank eine qualifizierte Beteiligung halten oder deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen können, gewährleisten, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt, ist auf die Zweigniederlassung einer ausländischen Bank nicht anwendbar. Die ausländische Aufsichtsbehörde ist für die Überwachung der Aktionäre der ausländischen Bank verantwortlich. Die EBK steht dieser Frage jedoch keineswegs gleich-

gültig gegenüber. Sollte die ausländische Behörde diese Kontrolle nicht vornehmen, müsste nämlich angenommen werden, dass ihre Tätigkeit dem Erfordernis einer angemessenen Aufsicht gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. b ABV nicht genügt.

4.6 Art. 4 Abs. 1 Bst. f aABV sah vor, dass die Bank den Beweis zu erbringen hatte, dass die Zweigniederlassung im Handelsregister eingetragen werden konnte. Diese Bestimmung bezweckte, zu verhindern, dass die EBK eine Zweigniederlassung bewilligt, deren Eintragung im Handelsregister nachträglich aus handelsrechtlichen Gründen verweigert würde. In der Praxis benötigt die EBK einzig einen Vorbescheid betreffend die Eintragung der Firma. Einerseits bewilligt die EBK formell selbst eine ausländische Bank, ihre Tätigkeit in der Schweiz unter einem bestimmten Firmennamen zu entwickeln. Andererseits sind die Bestimmungen von BankG, BankV und ABV strenger als die des Handelsregisters, weshalb eine durch die EBK bewilligte Zweigniederlassung erst recht die Bedingungen für den Handelsregistereintrag erfüllen wird.

4.7 Die in Art. 4 aABV verankerte Pflicht der Zweigniederlassung, der EBK jeden personellen Wechsel in ihrer Leitung sowie jede Änderung ihres geographischen und sachlichen Geschäftsbereiches zu melden, entfällt.

Der Revisionsbericht muss sich zu allen Wechseln im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung sowie zur Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen äussern (vgl. EBK-RS 96/3 Rz 10 und 14). Zusätzliche Meldungen sind nicht notwendig. Überdies wird die Meldung von Mutationen in der Geschäftsleitung von den schweizerischen Banken, insbesondere von Tochtergesellschaften ausländischer Banken, nicht verlangt. Es rechtfertigte sich deshalb nicht, Zweigniederlassungen von ausländischen Banken in dieser Beziehung anders zu behandeln. Der Geschäftsbereich und das geographische Tätigkeitsfeld werden im Reglement der Zweigniederlassung festgehalten, welches gemäss Art. 3 Abs. 3 BankG der EBK zur Genehmigung sowie bei allfälligen späteren Änderungen unterbreitet werden muss.

4.8 Art. 4 Abs. 2 ABV ist neu. Er sieht vor, dass die EBK bei einer Bank, welche Teil einer im Finanzbereich tätigen Gruppe bildet, die Bewilligung von der Voraussetzung abhängig machen kann, dass

sie einer angemessenen konsolidierten Aufsicht durch ausländische Aufsichtsbehörden untersteht. Diese Bestimmung ist das Gegenstück zu Art. 3bis Abs. 1bis BankG, welcher am 1. Juli 1995 in Kraft getreten ist und die Praxis der EBK bezüglich der Bewilligungsvoraussetzungen für ausländisch beherrschte, jedoch nach schweizerischem Recht organisierte Banken in der Schweiz konkretisiert (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, vgl. EBK Bulletin 17 S. 28 und EBK Jahresbericht 1987 S. 48, 1989 S. 42 und 1994 S. 17). Das Erfordernis einer konsolidierten Aufsicht über ausländisch beherrschte Banken ist Teil der Mindestanforderungen für die Bankenaufsicht, wie sie der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (vgl. oben Ziffer II/4.2) erlassen hat. Gemäss den verschiedenen Empfehlungen des Ausschusses sollten die Behörden des Gastlandes sich vergewissern, dass die ausländischen Banken einer konsolidierten Aufsicht unterstehen, bevor ihnen die Bewilligung erteilt wird. Was die Zweigniederlassungen betrifft, ist es somit notwendig, sich zu vergewissern, dass die ausländische Bank einer angemessenen Aufsicht untersteht, welche die Zweigniederlassung mit einschliesst, und dass der Konzern, dem die Bank angehört, selbst einer konsolidierten Aufsicht untersteht. Art. 4 Abs. 1 Bst. b, c, d und e ABV betreffen allenfalls eine Mehrzahl von Aufsichtsbehörden. Je nach Struktur des Bankkonzerns ist es nämlich möglich, dass die mit der konsolidierten Aufsicht über den ganzen Konzern betraute Behörde nicht dieselbe ist wie diejenige(n), die die konsolidierte Aufsicht über die Banken ausüben, welche Mitglied dieses Konzerns sind.

5. Artikel 5: Eintragung ins Handelsregister

Der Artikel 5 ABV übernimmt den zweiten Satz des Art. 3 Abs. 1 aABV.

6. Artikel 6: Mehrere Zweigniederlassungen

6.1 Art. 6 ABV übernimmt die Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 aABV und vervollständigt sie. Diese Ergänzung betrifft die formelle Ausgestaltung der Beziehungen, die die Niederlassungen mit der EBK pflegen werden. Die ausländische Bank muss eine Zweignieder-

lassung bezeichnen, welche für die Beziehungen der Gesamtheit der Zweigniederlassungen in der Schweiz zur EBK verantwortlich ist. Praktische Erfahrungen rechtfertigen die Bestimmung, welche einzig die diesbezügliche Praxis kodifiziert.

6.2 Art. 6 Abs. 2 ABV übernimmt Art. 10 aABV und ergänzt ihn. Ein einziger Revisionsbericht genügt für die Gesamtheit der Zweigniederlassungen. Diese Ergänzung stellt ebenfalls eine Kodifizierung der Praxis dar, die sich als logische Schlussfolgerung aus der Bestimmung von Art. 10 aABV ergeben hat.

7. Artikel 7: Sicherheiten

7.1 Diese Bestimmung übernimmt den Inhalt von Art. 6 Bst. b aABV, während Art. 6 Bst. a aABV hingegen gestrichen wird. Letzterer sah vor, dass Sicherheitsleistungen verlangt werden konnten, wenn die Zweigniederlassung Spareinlagen entgegennehmen wollte, welche nicht durch ein kantonales Pfandrecht (Art. 16 BankG) gesichert waren. Eine ausländische Bank erhält die Erlaubnis, sich in der Schweiz niederzulassen nur, wenn ihre finanzielle Lage gut ist und sie sich die Mittel gibt, die für die Geschäftstätigkeit notwendig sind, welche sie zu entfalten gedenkt. Derartige Punkte werden im Bewilligungsverfahren ausführlich untersucht. Es ist deshalb nicht notwendig, zusätzliche Sicherheiten zu verlangen, wenn eine Zweigniederlassung Spareinlagen entgegenzunehmen gedenkt. Kommt noch dazu, dass mit dem Inkrafttreten der Änderung vom 16. Dezember 1994 betreffend das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (AS 1995 II 1227, BBl 1991 III 1) der frühere Art. 16 BankG per 1. Januar 1997 gestrichen wurde.

7.2 Die Bedingung von Art. 5 aABV, wonach eine Zweigniederlassung dauernd 10% ihrer Aktiven in der Schweiz halten muss, wurde gestrichen. Sie war von der Absicht getragen, den Gläubigern im Konkurs der Bank eine Minimalentschädigung sicherzustellen. Dieses Argument bleibt gewiss zutreffend. Weil sein Nutzen jedoch beschränkt ist, hat die EBK es vorgezogen, auf dieses Erfordernis zu verzichten, und dadurch die Tätigkeit der ausländischen Zweigniederlassungen in der Schweiz noch weiter liberalisiert.

8. Artikel 8: Erstellen der Jahresrechnung und der Zwischenabschlüsse der Zweigniederlassung

8.1 Der Grundsatz der Überwachung der Zweigniederlassung ausländischer Banken in der Schweiz durch die EBK, wie sie zur Zeit erfolgt, wird im heutigen Zeitpunkt nicht in Frage gestellt. Die unabdingbare Voraussetzung für diese Überwachung besteht in einer getrennten Rechnungslegung der Zweigniederlassung sowie der Kontrolle der Zweigniederlassung durch eine externe Revisionsstelle, die in der Schweiz zugelassen ist. Es trifft zu, dass die Zweigniederlassung sich in der rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit ihres Hauptsitzes befindet und dass die Zahlenangaben über ihre Tätigkeit ohne Angaben über den Hauptsitz keine grosse Aussagekraft haben. Die einschlägigen Jahresrechnungen der Zweigniederlassung sind jedoch unentbehrlich zur Ausübung der Aufsichtstätigkeit der EBK. Diese Jahresrechnungen geben einen genauen Einblick in die Tätigkeit der Zweigniederlassung und ihre Bedeutung gegenüber dem Hauptsitz. Der Vergleich mit der Jahresrechnung des Hauptsitzes hilft unter anderem auch, die Einhaltung von Art. 1 Abs. 2 ABV zu überprüfen, welcher verlangt, dass eine ausländische Bank ihre Geschäfte nicht ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus abwickelt.

Am 1. Februar 1995 sind neue Rechnungslegungsvorschriften in Kraft getreten (Art. 6 BankG und Art. 23 ff. BankV). Mit jener Revision waren die Rechnungslegungsvorschriften, welche die Banken einhalten müssen, dem revidierten Aktienrecht und den internationalen Standards angepasst worden. Die neuen Vorschriften stellen höhere Anforderungen an den Informationsgehalt und die Transparenz der Jahresrechnungen. Die Jahresrechnungen müssen heute viel ausführlicher als früher gegliedert werden. Da die Zweigniederlassungen sich in der rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Hauptsitzes befinden, erscheint es übertrieben, zu verlangen, dass sie ihre Jahresrechnung nach diesen neuen Vorschriften erstellen. Die schweizerischen Bestimmungen sind in materieller Hinsicht mit den internationalen Standards durchaus vergleichbar. Den Zweigniederlassungen ausländischer Banken, die es wünschen, konnte man gestatten, ihre Jahresrechnungen und Zwischenabschlüsse nach den Vorschriften zu erstellen, welche auf die ausländische Bank

Anwendung finden, soweit jene Vorschriften den internationalen Standards genügen. Die Zweigniederlassungen werden somit über Jahresrechnungen verfügen, die mit denen des Hauptsitzes vereinbar sind und die ohne Abänderungen in die Rechnungslegung des Konzerns eingefügt werden können. Vorher waren die Zweigniederlassungen zu einer doppelten Rechnungsführung verpflichtet gewesen.

International tätige Konzerne werden von grossen Revisionsgesellschaften revidiert, welche die internationalen Standards zur Rechnungslegung beherrschen und von den Besonderheiten jeder Gesetzgebung Kenntnis haben. Die externen Revisoren der schweizerischen Zweigniederlassungen solcher Konzerne sollten in der Lage sein, ihren Auftrag auszuführen und die in Art. 44 ff. BankV verlangten Stellungnahmen abzugeben, auch wenn die Jahresrechnungen in Anwendung ausländischer Vorschriften erstellt wurden.

Die Angaben, die eine Zweigniederlassung der SNB einzureichen hat (Art. 7 BankG), sowie jene, die auf dem Liquiditätsausweis aufgeführt sind (Art. 20 BankV), sind entsprechend den schweizerischen Rechnungslegungsvorschriften in gewisse Kategorien unterteilt. Die Zweigniederlassungen werden somit weiterhin mit dem Problem der doppelten Rechnungsführung konfrontiert, wenn auch in einem kleineren Mass. In Zukunft muss nur noch ein bestimmter Teil der Angaben neu verarbeitet werden.

8.2 Art. 8 Abs. 2 ABV entspricht Art. 7 aABV und passt ihn an die neue Formulierung des Konsolidierungskreises von Art. 13a BankV an, der am 1. Februar 1995 in Kraft getreten ist. Die Forderungen und Verpflichtungen der Zweigniederlassung gegenüber der ausländischen Bank und allen weiteren Unternehmen, die im Konsolidierungskreis gemäss Art. 13a BankV einbegriffen sind, müssen separat ausgewiesen werden. Diese Regelung betrifft die Forderungen und Verpflichtungen der Zweigniederlassung gegenüber der Gesamtheit der ausländischen Bank mit Ausnahme der anderen Zweigniederlassungen in der Schweiz. Unterhält eine ausländische Bank in der Schweiz mehrere Zweigniederlassungen, dann muss die Gesamtheit dieser Zweigniederlassungen die bankengesetzlichen Vorschriften einhalten (Art. 6 Abs. 2 ABV).

8.3 Der letzte Satz von Art. 8 Abs. 2 aABV wurde in Art. 8 Abs. 3 ABV übernommen und aus rein redaktionellen Gründen geändert. Die früheren Begriffe Eventualgeschäfte bzw. schwebende Geschäfte sind nicht mehr gebräuchlich.

8.4 Der Art. 8 Abs. 4 ABV verzichtet auf die Forderung nach einer Veröffentlichung der Rechnung der Zweigniederlassung (Art. 8 Abs. 1 aABV). Die ABV schliesst sich der BEHV an, welche vorsieht, dass der Geschäftsbericht des Hauptsitzes veröffentlicht werden muss.

9. Artikel 9: Publikation des Geschäftsberichtes der ausländischen Bank

9.1 Die Veröffentlichung hat in der Form zu erfolgen, wie sie Art. 26 Abs. 1 BankV, welcher am 1. Februar 1995 in Kraft getreten ist, vorsieht. Die Frist für die Veröffentlichung ist in Art. 27 Abs. 1 BankV festgelegt, wobei es der Bank möglich ist, bei der EBK um eine Fristverlängerung zu ersuchen, wenn die Verhältnisse es rechtfertigen (Art. 27 Abs. 2 BankV).

9.2 Art. 9 Abs. 2 ABV sieht neu vor, dass der Geschäftsbericht der ausländischen Bank der EBK ebenfalls in Englisch vorgelegt werden kann. Der Geschäftsbericht der ausländischen Bank wird nicht in erster Linie für die Schweiz erstellt, und eine Übersetzung in eine schweizerische Amtssprache kann beschwerlich sein. Es schien gerechtfertigt, Geschäftsberichte in englischer Sprache deshalb zu akzeptieren, weil es sich um die in Finanzkreisen verbreitete und gebräuchliche Sprache handelt.

10. Artikel 10: Revisionsbericht

10.1 Art. 10 Abs. 1 BV entspricht Art. 9 Abs. 1 aABV.

10.2 Gemäss Art. 9 Abs. 2 aABV musste der Revisionsbericht den Organen der Bank in der Zweigniederlassung zur Verfügung gehalten werden. Grundsätzlich durfte der Revisionsbericht somit nicht ins Ausland geschickt werden (vgl. EBK-RS 63/1 Revisionsbericht/Ausland). Diese Bestimmung war zu einschränkend und nahm keine Rücksicht auf die Tatsache, dass die Verantwortung für die Geschäfte

der Zweigniederlassung beim Hauptsitz liegt und dass die Aufsicht über die ausländische Bank, einschliesslich ihrer schweizerischen Zweigniederlassung, in der Zuständigkeit der Behörden des Herkunftslandes liegt («home country control», vgl. Ziffer II/4.2). Die leitenden Organe der Bank müssen die Möglichkeit haben, eine Kontrolle der Geschäfte der Zweigniederlassung durchzuführen. Daraus folgt, dass das Bankgeheimnis, welches die Kunden der Zweigniederlassung schützt, den Organen der ausländischen Bank nicht entgegengehalten werden kann, da die Zweigniederlassung rechtlich ein Teil der Bank bildet. Die Bank darf ihre eigenen Inspektoren mit der Kontrolle der Zweigniederlassung betrauen, und diese können Einsicht in alle Unterlagen verlangen. Bei der Behandlung der Informationen über die schweizerische Zweigniederlassung sind die Bankorgane allerdings an die schweizerischen Vorschriften über das Bankgeheimnis gebunden (vgl. EBK Jahresbericht 1978 S. 16 ff.).

Angesichts der Einführung des neuen Art. 4quinquies BankG, welcher für die Tochtergesellschaften am 1. Februar 1995 in Kraft getreten ist (vgl. EBK Jahresbericht 1992 S. 22), machte diese Vorschrift keinen Sinn mehr. Jener Artikel des BankG erlaubt Banktochtergesellschaften, ihren Muttergesellschaften die zur konsolidierten Beaufsichtigung notwendigen nicht öffentlich zugänglichen Auskünfte zu übermitteln. Und dies obwohl der Muttergesellschaft das Bankgeheimnis eigentlich entgegengehalten werden kann. Schliesslich handelt es sich bei ihr im Vergleich zur schweizerischen Einheit klarerweise um eine Drittperson. Art. 4quinquies BankG bestimmt die Voraussetzungen, unter denen die Übermittlung solcher Informationen möglich ist, ohne das Bankgeheimnis zu verletzen. Entsprechend ist es nicht angebracht, einer einfachen Zweigniederlassung zu verbieten, den Revisionsbericht den oberen Organen des gleichen rechtlichen Gebildes im Ausland zustellen.

Das EBK-RS 63/1, welches bisher die Übermittlung des Revisionsberichts ins Ausland untersagte, wird folglich zu ändern sein.

11. Artikel 11: Aufhebung einer Zweigniederlassung

Diese Bestimmung entspricht Art. 11 aABV.

3. Abschnitt: Agenturen

12. Artikel 12: Bewilligungsvoraussetzungen

12.1 Art. 12 Abs. 1 ABV ist einzig aus systematischen Gründen der ABV neu hinzugefügt worden. Er führt im Vergleich zur ABV von 1984 nichts Neues ein. Die Bewilligungsvoraussetzungen der Agentur einer Zweigniederlassung gehen wie für die Zweigniederlassungen und Vertretungen auf die Art. 3 und 3bis Abs. 1 BankG zurück. Bezüglich der Zweigniederlassungen und Vertretungen waren sie in der ABV von 1984 im einzelnen wiedergegeben. Es schien deshalb logisch, sie auch für die Agentur aufzunehmen. Mit Bezug auf Art. 3 Abs. 2 BankG ist es ständige Praxis der EBK, dass nur diejenigen Voraussetzungen im Bewilligungsverfahren der Agentur zur Anwendung kommen, welche hinsichtlich der Organisation einer Agentur von Belang sind. Wie schon bei der Zweigniederlassung wird auf einen Verweis auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG verzichtet, weil dessen Formulierung nicht auf die Art der Tätigkeit einer Agentur zugeschnitten ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. g ABV).

12.2 Art. 12 Abs. 2 ABV ist die Folge aus Art. 2 Abs. 1 BankG und Art. 3bis Abs. 1 BankG, wonach für die Eröffnung einer Agentur der Zweigniederlassung einer ausländischen Bank eine Bewilligung notwendig ist. Diese Präzisierung ändert nichts an der bisherigen Praxis.

13. Artikel 13: Aufhebung einer Agentur

Es handelt sich um eine Kodifizierung der bisherigen Praxis.

4. Abschnitt: Vertretungen

14. Artikel 14: Bewilligungsvoraussetzungen

14.1 Die Bewilligungsvoraussetzungen in Art. 14 Abs. 1 Bst. a, c und d ABV sind aus Art. 15 Abs. 1 Bst. a, b und c aABV übernommen worden. Art. 14 Abs. 1 Bst. c ABV verdeutlicht, dass

anderslautende internationale Verpflichtungen vorbehalten bleiben. Eine gleiche Präzisierung ist auch in Art. 3bis Abs. 1 Bst. a BankG per 1. Juli 1995 eingefügt worden. Es geht darum, den GATT/WTO-Verträgen Rechnung zu tragen. Die Meistbegünstigungsklausel des Allgemeinen Dienstleistungsabkommens sieht vor, dass der Zugang zum Markt mit Finanzdienstleistungen grundsätzlich gestattet sein muss, weshalb das Erfordernis des Gegenrechtes unter gewissen Umständen fallenzulassen ist.

14.2 Art. 14 Abs. 1 Bst. b ABV ist neu. Es handelt sich um eine Kodifizierung der bisherigen Praxis. Bevor eine Bewilligung erteilt wird, erkundigt sich die EBK immer nach der Ansicht der ausländischen Aufsichtsbehörde. Das geographische Tätigkeitsgebiet einer Bank stellt nämlich eine wichtige Informationsquelle für eine Aufsichtsbehörde mit Blick auf die Anforderungen an die Organisation einer Bank dar. Art. 3 Abs. 7 BankG, am 1. Februar 1995 in Kraft getreten, sieht im Gegenzug ebenfalls die Meldung an die EBK vor, wenn eine nach schweizerischem Recht organisierte Bank im Ausland tätig zu werden gedenkt, namentlich durch eine Vertretung.

15. Artikel 15: Mehrere Vertretungen

Art. 15 ABV beinhaltet wieder eine Festschreibung der bisherigen Praxis und stellt die gleiche Vorschrift auf, wie sie Art. 6 ABV für die Zweigniederlassungen kennt.

16. Artikel 16: Geschäftsbericht

16.1 Art. 16 ABV verlangt einzig noch die Zustellung des Geschäftsberichtes der vertretenen Bank. Es ist nicht mehr notwendig, dass die Vertretung einen eigenen Tätigkeitsbericht erstellt. Erfahrungsgemäss waren solche Berichte nämlich von wenig Nutzen. Die Frist, innerhalb welcher der Geschäftsbericht der EBK zugestellt werden muss, entspricht derjenigen in Art. 27 Abs. 1 BankV. In Analogie zur BankV (Art. 27 Abs. 2 BankV) kann die EBK um eine Fristverlängerung ersucht werden.

16.2 Wie auch für die Zweigniederlassung (vgl. Ziff. II/4.7) ist die Meldung personeller Wechsel in der Leitung der Vertretung nicht mehr erforderlich.

17. Artikel 17: Aufhebung einer Vertretung

Auch hier erfolgt eine Kodifizierung der bisherigen Praxis.

Commentaire de l'ordonnance sur les banques étrangères du 21 octobre 1996¹

I. Introduction

Aux termes de l'art. 2 al. 1 LB, les dispositions de la loi sur les banques sont applicables par analogie aux sièges, succursales et agences de banques étrangères ainsi qu'aux représentants de banques étrangères qui exercent leur activité en Suisse. L'art. 2 al. 2 LB donne la compétence à la CFB d'édicter les dispositions de détail. Ces dispositions sont contenues dans l'ordonnance sur les banques étrangères dont la précédente version date du 22 mars 1984.² Une révision de l'OBE de 1984 s'est avérée nécessaire pour différentes raisons. La plupart des dispositions ont été formellement modifiées. Du point de vue matériel en revanche, leur contenu n'a pas changé radicalement.

Le but premier de cette révision a été d'harmoniser les dispositions applicables aux banques étrangères offrant des services en Suisse ou depuis la Suisse aux dispositions de la loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières du 24 mars 1995 et de son ordonnance d'exécution du 2 décembre 1996. La LBVM et l'OBVM sont entrées en vigueur le 1^{er} février 1997. La LBVM, à ses art. 10 al. 3 et al. 4 et 37, et l'OBVM, à ses articles 36 à 50, traitent de l'activité en Suisse ou depuis la Suisse des négociants en valeurs mobilières étrangers. Les banques et les négociants en valeurs mobilières développent des activités qui, pour une part d'entre elles, le négoce de valeurs mobilières, sont identiques. Afin d'éviter des inégalités de traitement et une distorsion du jeu de la concurrence, il était nécessaire de soumettre les banques étrangères et les négociants étrangers désireux d'offrir leurs services en Suisse ou depuis la Suisse aux mêmes exigences légales chaque fois que la similitude de leurs situations respectives le justifiait.

Cette révision a permis également de:

- codifier certaines pratiques existantes;

¹ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 (RO 1997 62)

² Les dispositions de l'ordonnance de 1984 sont désignées ci-après par «aOBE». Le commentaire y relatif a été publié dans le Bulletin CFB 13 p. 26 ss. Les dispositions de l'ordonnance de 1996 sont désignées par «OBE».

- supprimer les dispositions ayant perdu leur justification;
- systématiser le texte de l'OBE de 1984;
- introduire les nouveautés jugées utiles au regard des modifications de la LB, entrées en vigueur les 1^{er} février et 1^{er} juillet 1995, et de celles de l'OB, entrées en vigueur le 1^{er} février 1995;
- tenir compte des derniers développements sur le plan international, principalement en ce qui concerne les moyens d'assurer la surveillance de l'ensemble des activités du groupe et une meilleure collaboration entre autorités de surveillance.

Ces différentes motivations sont reprises dans le détail sous chiffre II à l'occasion du commentaire des dispositions de la nouvelle OBE. Seules les nouvelles dispositions et celles ayant subi une modification sont commentées.

L'OBE de 1984 a mis sur pied un régime très libéral, en comparaison par exemple des autres législations européennes, concernant l'activité des banques étrangères en Suisse. Elle a libéralisé l'offre de services bancaires transfrontaliers, seule l'acceptation de fonds en dépôt auprès d'un intermédiaire nécessitait une autorisation (art. 1 let. b, 17 et 18 aOBE). Tirant les conséquences de la nature des succursales de banques étrangères, qui sont dans la dépendance commerciale et juridique de la banque étrangère, l'OBE de 1984 leur a exclu l'application des règles de la LB et de l'OB relatives aux fonds propres et à la répartition des risques. La nouvelle OBE a pour effet de libéraliser encore davantage les conditions de l'activité des banques étrangères en Suisse. L'OBE supprime la nécessité d'une autorisation pour l'acceptation de fonds en dépôt auprès d'un intermédiaire, supprime l'exigence du maintien en Suisse de 10% des actifs de la succursale, autorise les succursales à dresser leurs comptes selon les normes du droit étranger applicables à la banque pour autant qu'elles soient conformes aux standards internationaux en la matière et autorise la transmission de mandats de clients à la banque étrangère par une représentation.

II. Commentaire des dispositions de l'OBE du 21 octobre 1996

Section 1: Dispositions générales

1. Article premier: Banque étrangère

1.1 L'OBE de 1984 ne définissait pas la notion de banque étrangère. L'art. 1^{er} OBE considère comme banque étrangère toute entreprise organisée selon le droit étranger (cf. infra 1.1.1) et qui soit est au bénéfice à l'étranger d'une autorisation d'exercer une activité bancaire, soit utilise à différentes fins le terme de «banque» ou de «banquier», soit exerce une activité bancaire au sens de l'art. 2a OB (cf. infra 1.1.2).

1.1.1 L'art. 3bis al. 1 LB distingue entre les banques en mains étrangères mais **organisées selon le droit suisse** et les banques étrangères. Conformément à l'art. 2 al. 1 et al. 2 LB, seules les succursales, agences et représentations de **banques étrangères** en Suisse sont concernées par l'OBE. La caractéristique des banques étrangères, en opposition aux banques en mains étrangères organisées selon le droit suisse, est qu'elles sont organisées selon le droit étranger. Ce premier élément de définition est repris à l'art. 1, 1^{ère} phrase OBE.

1.1.2 L'art. 1^{er} let. a–c OBE énumère les situations dans lesquelles une entreprise organisée selon le droit étranger doit être considérée comme une banque et donne ainsi une large définition de la notion de banque étrangère. Cela se justifie dans la mesure où tous les pays ne connaissent pas la même notion de l'activité bancaire que la Suisse. Le recoupement n'est pas total. La lettre c pourrait ainsi trouver application lorsque le droit étranger connaît une notion plus restrictive de l'activité bancaire que le droit suisse. Sa principale application sera toutefois d'empêcher qu'une société étrangère non bancaire exerce par le biais d'une succursale une activité bancaire en Suisse.

1.2 Aux termes de l'art. 1 al. 2 OBE, la direction effective de la banque étrangère ne doit pas se situer en Suisse et ses activités ne

doivent pas être développées exclusivement ou de manière prépondérante en Suisse ou depuis la Suisse. Le cas échéant, elle doit être organisée selon le droit suisse. Cette disposition est une conséquence de l'enseignement tiré du crash de la Bank of Commerce and Credit International par les autorités de surveillance bancaire: la structure juridique d'un établissement bancaire doit correspondre à sa structure économique (cf. Rapport de gestion CFB 1991 p. 225ss).

L'art. 1 al. 2 OBE est le complément de l'art. 7 al. 4 OB entré en vigueur le 1^{er} février 1995. Aux termes de cette disposition, la direction effective d'une banque organisée selon le droit suisse doit se situer en Suisse. L'art. 7 al. 4 OB n'interdit pas en revanche que des banques suisses développent une part prépondérante de leurs activités à l'étranger, auquel cas les banques suisses actives au niveau international se verraient dans l'impossibilité de développer leurs activités à l'étranger. L'art. 1 al. 2 OBE n'exige pas non plus que la banque étrangère développe la part prépondérante de ses activités au lieu du siège principal. Cela pourrait avoir pour effet d'empêcher certaines banques actives sur le plan international d'ouvrir une succursale en Suisse.

2. Article 2: Activités soumises à autorisation

2.1 Le renvoi aux dispositions de la LB opéré à l'art. 2 al. 1 LB ainsi que l'art. 3bis al. 1 LB, qui mentionne expressément l'activité des banques étrangères en Suisse, fixent le principe et les conditions d'autorisation pour les succursales, agences et représentations de banques étrangères en Suisse. Ces articles constituent la base légale du régime d'autorisation de l'OBE. L'art. 2 OBE ne modifie en rien le régime d'autorisation de l'OBE de 1984. C'est par souci de systématisation que les différentes activités soumises à autorisation ont été réunies et définies sous une même disposition.

L'établissement en Suisse de sièges, succursales ou agences de banques étrangères ou en mains étrangères ainsi que l'établissement de représentations de banques étrangères sont soumis à autorisation (art. 2 al. 1 et 3bis al. 1 LB). Il aurait été concevable de supprimer l'exigence d'une autorisation pour l'ouverture d'une agence de succursale de banque étrangère, dans la mesure où

l'agence fait partie intégrante, sauf en ce qui concerne la localisation des activités, de la succursale dont elle dépend. Il s'agit d'un comptoir que la succursale utilise pour développer une activité permanente. Or l'ouverture de la succursale est elle-même soumise à des exigences strictes. L'exigence d'une autorisation pour l'ouverture d'agences de succursales de banques étrangères est prévu par la LB. Il s'est avéré ainsi impossible de le modifier par le biais d'une ordonnance d'exécution. De surcroît, une inégalité de traitement injustifiée aurait été créée par rapport à l'ouverture d'une agence par une banque en mains étrangères mais organisée selon le droit suisse pour laquelle l'art. 3bis al. 1 LB prévoit une autorisation.

2.2 Une banque étrangère qui occupe des personnes en Suisse à titre professionnel et permanent a besoin, selon la manière dont ses activités sont organisées et leur délimitation, d'une autorisation en tant que succursale, représentation ou agence. Contrairement à l'OBE de 1984 qui ne définissait que les notions d'agence et représentation, l'OBE donne également une définition de la notion de succursale:

2.2.1 La succursale: Lorsqu'une banque étrangère désire ouvrir en Suisse une entité qui a pour tâche de développer des affaires pour la banque et a le pouvoir d'engager cette dernière juridiquement, l'art. 2 al. 1 let. a OBE impose la forme de la succursale. Les succursales de banques étrangères répondent pour le surplus à la définition de la succursale développée en droit commercial (ATF 117 II 87, 108 II 124): établissement commercial qui, dans la dépendance commerciale d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce d'une façon durable, dans des locaux distincts, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires.

2.2.2 La représentation: L'art. 2 al. 1 let. b OBE définit la représentation par opposition à la succursale et donne quelques exemples d'activités susceptibles d'être développées en cette forme. Une représentation de banque étrangère ne peut avoir que des activités de publicité ou de représentation de la banque, par exemple vis-à-vis des autorités. L'art. 2 al. 1 let. b OBE prévoit qu'elle peut également transmettre des mandats de

clients à la banque. La transmission de mandats de clients à la banque a toujours été considérée comme une activité dépassant le cadre de celles autorisées par l'art. 14 aOBE. Un changement de pratique a cependant été amorcé puisque, à la faveur d'un cas particulier, il a été considéré que la transmission de mandat par une représentation à la banque étrangère entrerait dans le cadre des activités autorisées au sens de l'art. 14 aOBE. L'art. 2 al. 1 let. b OBE consacre cette solution et libéralise ainsi le champ des activités susceptibles d'être développées par une représentation. En revanche, dès que des comptes sont ouverts pour les clients ou que la banque peut être engagée juridiquement, il convient de considérer qu'il y a succursale pour laquelle les conditions d'autorisation sont plus strictes.

2.2.3 L'agence: La définition de l'agence de l'art. 12 aOBE reste inchangée (art. 2 al. 2 OBE).

2.3 Il peut être intéressant pour une autorité d'être informée des activités développées à l'étranger par un établissement soumis à sa surveillance. L'art. 2 al. 3 OBE est une clause potestative non contraignante.

2.4 Contrairement à l'OBE de 1984 (cf. art. 1 let. b, 17 et 18 aOBE), l'OBE ne soumet plus à autorisation **l'acceptation en Suisse de fonds en dépôt par des banques étrangères auprès d'un intermédiaire**, respectivement, selon la nouvelle formulation de l'art. 1^{er} al. 2 LB, l'acceptation de dépôts du public à titre professionnel. Les services bancaires transfrontaliers offerts sans établissement par une banque étrangère en Suisse sont ainsi totalement libres. Seul le maintien de personnel en Suisse requiert une autorisation.

La soumission à autorisation de l'acceptation en Suisse de dépôts du public auprès d'un intermédiaire ne se justifiait plus. Du point de vue de la protection des créanciers, cette autorisation n'assurait aucune garantie au niveau du contrôle de la solvabilité de la banque étrangère vers qui les capitaux étaient acheminés. Cette autorisation donnait au contraire l'illusion d'un contrôle par l'autorité de surveillance suisse. Il est vrai que l'autorisation requise par l'OBE de 1984 permettait, conformément à l'art. 17 al. 3 let. a et b aOBE, de tenir à l'écart des banques de pays n'exerçant pas

une surveillance bancaire conforme aux standards internationaux et de veiller à ce qu'il ressorte clairement de la publicité que l'argent déposé est destiné à être envoyé à l'étranger. Ces mesures ne se justifiaient plus. Une banque étrangère pouvait faire librement de la publicité en Suisse à condition qu'elle n'accepte pas des dépôts du public auprès d'un intermédiaire. Compte tenu du développement des facilités de transfert de fonds à l'étranger, une banque étrangère pouvait ainsi arriver au même résultat, dépôts du public auprès d'elle à l'étranger, sans passer par un intermédiaire au sens de l'art. 17 aOBE et sans être soumise à autorisation. De surcroît, une surveillance spéciale de la publicité des banques étrangères ne se justifiait pas non plus. Ce service offert par les banques étrangères s'adresse en effet à un public ciblé de travailleurs étrangers en Suisse. Ces derniers ont recours à ces services précisément parce qu'ils désirent que l'argent versé en Suisse soit crédité à l'étranger sur le compte dont ils sont titulaires auprès de la banque étrangère. Ils sont donc parfaitement conscients du virement à l'étranger des capitaux.

3. Article 3: Droit applicable

3.1 L'art. 2 al. 1 aOBE qui contient des allègements aux exigences légales de la LB et de l'OB est repris à l'art. 3 al. 1 OBE. La mention d'une application des dispositions de la LB et de l'OB «par analogie» est supprimée. Cette expression prêtait à confusion.

3.2 L'art. 3 al. 2 OBE est nouveau et permet à la CFB, dans des cas particuliers, de revenir sur les allègements de l'alinéa 1 lorsque la réglementation au lieu du siège de la banque ne connaît pas de tels allègements pour les activités de banques suisses à l'étranger.

Cette disposition, qui doit être considérée comme un instrument de politique économique extérieure, devrait permettre d'assurer aux banques suisses à l'étranger un régime aussi libéral concernant le développement de leurs activités que celui applicable aux banques étrangères établies en Suisse. Cette disposition est conforme au but poursuivi par l'exigence de réciprocité au sens des art. 3bis al. 1 let. a LB et 5 OB. Il ne faut pas perdre de vue que l'OBE de 1984 déjà, et davantage encore la nouvelle OBE, ont libéralisé et déréglémenté les services bancaires transfrontaliers et cela, de façon

unilatérale. Il est donc justifié de se réserver la possibilité de revenir sur les allègements octroyés aux banques étrangères pour obtenir d'un état étranger, le cas échéant, le même traitement pour les banques suisses actives sur son territoire. Il ne sera possible de revenir sur de tels allègements que lorsqu'aucune disposition internationale ne s'y oppose. Tel est le cas par exemple de l'Accord général sur le commerce des services (GATS), conclu dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce, qui prévoit l'application de la clause de la nation la plus favorisée.

Section 2: Succursales

4. Article 4: Conditions d'octroi de l'autorisation

4.1 Les conditions d'autorisation de l'OBE ont été reprises de l'OBE de 1984. Les modifications intervenues sont les suivantes:

4.2 L'art. 4 al. 1 let. b OBE précise qu'une surveillance appropriée de la banque étrangère englobe celle de la succursale. Il s'agit d'une simple précision qui ne change rien à la conception de surveillance appropriée selon l'OBE de 1984.

La succursale suisse fait partie intégrante de la banque étrangère tant sur le plan économique que sous l'aspect juridique. Elle ne dispose en outre que d'une liberté de décision et d'une autonomie d'organisation limitées. Ni sa solvabilité ni sa capacité de fonctionnement ne peuvent être appréciées en faisant abstraction de la banque étrangère dans son ensemble. Les moyens de contrôle du pays d'accueil sont limités en conséquence et la responsabilité de l'autorité du pays d'origine augmente d'autant. L'art. 4 al. 1 let. b OBE, tire la première conséquence de cet état de fait puisqu'il érige en condition d'autorisation pour l'établissement d'une succursale de banque étrangère en Suisse l'exigence d'une surveillance appropriée de la banque étrangère. L'étape suivante, qui découle logiquement de la nature de la succursale, devrait être l'acceptation de contrôles effectués directement par l'autorité de surveillance étrangère en Suisse. Le principe de l'inspection sur place d'un établissement, succursale ou filiale, par l'autorité de surveillance du pays d'origine de la banque a été réaffirmé récemment par le rapport publié en

octobre 1996 par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire intitulé «Surveillance des activités bancaires transfrontières»³. Il traite des questions liées à la mise en œuvre du document «Normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger» publié en juin 1992 par le même Comité (cf. Bulletin CFB 23 p. 52ss) et propose des solutions pratiques.

La plupart des systèmes de surveillance bancaire, contrairement au système suisse, ne connaissent pas l'institution des sociétés externes de révision. C'est alors l'autorité qui est chargée de la révision des établissements bancaires soumis à sa surveillance. Il est par conséquent question ici de contrôles effectués en Suisse par des organes étrangers étatiques. La question de contrôles effectués directement par l'autorité étrangère se pose aujourd'hui de manière encore plus insistante dès lors que l'OBE libéralise davantage encore que l'OBE de 1984 le régime applicable aux succursales. Il ressort a contrario de l'art. 271 du Code pénal qu'un état étranger peut intervenir sur le territoire suisse pour accomplir des actes qui relèvent de sa puissance publique à condition d'avoir été autorisé à le faire au préalable. La possibilité d'autoriser de telles interventions n'a à ce jour jamais été utilisée. Le Parlement a débattu de cette question dans le cadre du programme consécutif au rejet de l'Accord sur l'Espace Economique Européen (Swisslex) pour refuser d'accorder de telles autorisations. La même problématique se pose actuellement concrètement dans le cadre des négociations développées depuis 1994 avec l'Allemagne dans le but de libérer les succursales de banques suisses en Allemagne de certaines exigences prudentielles (cf. Rapport de gestion CFB 1994 p. 180, 1995 p. 208 et 1996 p. 240). Cette question n'a pas été résolue à la faveur de la révision de l'OBE de 1984. Il n'entre en effet pas dans la compétence de la CFB de la résoudre.

4.3 L'art. 4 al. 1 let. e OBE institue une nouvelle condition d'autorisation selon laquelle les autorités de surveillance de la banque étrangère doivent être en mesure de fournir l'entraide administrative

³ Ce rapport a été élaboré par un groupe de travail comprenant des membres du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire et du groupe off-shore des autorités de contrôle bancaire. Le texte de ce rapport est publié dans le Bulletin CFB 31 p. 103 ss (cf. aussi Rapport de gestion CFB 1995 p. 201 ss).

à la CFB. Le Concordat de Bâle de 1983, édicté par le Comité de Bâle, souligne la nécessité d'établir une collaboration et des contacts continus entre les autorités de contrôle du pays d'accueil et du pays d'origine pour assurer une surveillance efficace des établissements bancaires à l'étranger. Le même Comité a édicté en avril 1990 un complément au Concordat, intitulé «Moyens d'assurer des échanges d'informations adéquats entre autorités de contrôle bancaire» (cf. Bulletin CFB 22 p. 64 ss). Les principes énoncés par ces textes ont été confirmés et renforcés dans le complément de juin 1992 et dans le rapport d'octobre 1996 sur la surveillance des activités transfrontières (cf. supra, chiffre II/4.2). L'art. 23sexies LB, entré en vigueur le 1^{er} février 1995, consacre les principes édictés par le Comité de Bâle et institue le droit de la CFB de demander aux autorités étrangères de surveillance bancaire les renseignements nécessaires à l'application de la LB et fixe les conditions auxquelles la CFB peut transmettre des renseignements intéressant la surveillance bancaire à ses homologues étrangers (cf. Rapport de gestion CFB 1992 p. 215). L'art. 4 al. 1 let. e OBE devrait assurer que l'autorité étrangère collaborera, au moins dans une mesure équivalente à celle de l'art. 23sexies LB, avec la CFB concernant les informations dont cette dernière pourrait avoir besoin dans le cadre de la surveillance de la succursale.

4.4 L'art. 4 al. 1 let. f OBE ne mentionne pas l'alinéa 1bis de l'art. 3bis LB entré en vigueur le 1^{er} juillet 1995. L'exigence d'une surveillance sur base consolidée du groupe dans son ensemble est mentionnée à l'art. 4 al. 2 OBE (cf. infra chiffre II/4.8), de telle sorte qu'il n'était pas nécessaire de la reprendre ici.

4.5 Concernant les conditions d'autorisation relatives à la garantie d'une activité irréprochable et le domicile des membres de la direction, l'art. 4 al. 1 let. g OBE renvoie à l'art. 3 al. 1 let. c et d LB, comme l'OBE de 1984 (art. 3 al. 2 let. e aOBE). Concernant en revanche les conditions d'autorisation relatives au règlement et à l'organisation de la succursale, l'art. 4 al. 1 let. g OBE ne prévoit plus de renvoi à l'art. 3 al. 2 let. a LB dont la formulation n'est pas adaptée à la nature de la succursale. La succursale se situe dans la dépendance juridique et économique de la banque étrangère. La succursale ne dispose ainsi pas de statuts ou de contrats de société. De même, les organes chargés de la haute direction, de la

surveillance et du contrôle de la succursale sont des organes de la banque étrangère.

La condition d'autorisation de l'art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB, introduite le 1^{er} février 1995, concernant la garantie que les personnes détentrices de participations qualifiées ou qui peuvent de toute autre manière exercer une influence notable sur la gestion de la banque n'exercent pas leur influence au détriment d'une gestion prudente et saine de la banque, ne trouve pas application comme condition d'autorisation d'une succursale de banque étrangère. Le contrôle de l'actionnariat de la banque étrangère relève de la responsabilité de l'autorité de surveillance étrangère. La CFB ne se désintéresse pas de cette question pour autant. En effet, si l'autorité étrangère concernée ne procédait pas à ce contrôle, il faudrait admettre que sa surveillance ne répond pas à l'exigence d'une surveillance appropriée au sens de l'art. 4 al. 1 let. b OBE.

4.6 L'art. 4 al. 1 let. f aOBE prévoyait que la banque devait apporter la preuve que la succursale pouvait être inscrite au registre du commerce. Le but de cette disposition était d'éviter que la CFB autorise l'ouverture d'une succursale dont l'inscription au registre du commerce serait par la suite refusée pour des raisons relatives au droit commercial. En pratique, seul un préavis concernant l'inscription de la raison sociale est utile pour la CFB. D'une part, en effet, la CFB, dans sa décision, autorise formellement la banque étrangère à développer ses activités en Suisse sous une raison sociale déterminée. D'autre part, les exigences de la LB, de l'OB et de l'OBE sont plus contraignantes que celles du registre du commerce, de telle sorte qu'une succursale autorisée par la CFB remplira a fortiori les conditions d'inscription au registre du commerce.

4.7 L'obligation prévue à l'art. 4 aOBE pour la succursale d'annoncer à la CFB toute mutation de personnel au sein de sa direction ainsi que toute modification de son champ d'activité et de son rayon géographique a été supprimée.

Le rapport de révision doit se prononcer sur toutes les mutations au sein de la direction et du conseil d'administration et sur le respect des conditions d'autorisation (cf. Circ.-CFB 96/3,

chiffres 10 et 14). Des annonces supplémentaires ne sont pas nécessaires. De plus, l'avis des mutations au sein de la direction n'est pas requis pour les banques suisses, en particulier pour les sociétés filles de banques étrangères. Or, il ne se justifiait pas de traiter différemment, de ce point de vue, les succursales de banques étrangères. Concernant le champ d'activité et le rayon géographique, ils sont fixés dans le règlement de la succursale qui doit être soumis à la CFB pour approbation et modification conformément à l'art. 3 al. 3 LB.

4.8 L'art. 4 al. 2 OBE est nouveau. Il prévoit que la CFB peut, lorsque la banque étrangère fait partie d'un groupe exerçant une activité dans le domaine financier, subordonner l'autorisation à la condition qu'elle soit soumise à une surveillance des autorités étrangères sur base consolidée appropriée. Cette disposition est le pendant de l'art. 3bis al. 1bis LB, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1995, qui concrétise la pratique développée par la CFB concernant les conditions d'autorisation applicables aux banques en mains étrangères en Suisse mais organisées selon le droit suisse (art. 3 al. 2 let. a LB, cf. Bulletin CFB 17 p. 28 et Rapport de gestion CFB 1987 p. 175, 1989 p. 188 et 1994 p. 113). Cette exigence de l'existence d'une surveillance consolidée des banques en mains étrangères s'inscrit dans le cadre des normes minimales de surveillance bancaire édictées par le Comité de Bâle pour le contrôle bancaire (cf. supra chiffre II/4.2). Aux termes des différentes recommandations du Comité, les autorités d'accueil d'établissements bancaires étrangers devraient s'assurer avant de les autoriser qu'ils sont soumis à une surveillance consolidée. Dans le cas de succursales, il convient d'une part de s'assurer que la banque étrangère est soumise à une surveillance appropriée qui englobe celle de la succursale et que le groupe dont fait partie la banque est lui-même surveillé sur base consolidée. A l'art. 4 al. 1 let. b, c, d et e, il doit être fait référence aux autorités de surveillance au pluriel. Il se peut en effet, suivant la structure du groupe bancaire, que l'autorité chargée de la surveillance consolidée du groupe dans son ensemble ne soit pas la (les) même(s) que celle(s) chargée(s) de la surveillance consolidée des banques membres éventuellement de ce groupe.

5. Article 5: Inscription au registre du commerce

L'art. 5 OBE reprend la seconde phrase de l'art. 3 al. 1 aOBE.

6. Article 6: Succursales multiples

6.1 L'article 6 OBE reprend la disposition figurant à l'art. 3 al. 2 aOBE et la complète. Ce complément concerne l'organisation formelle des contacts que les succursales sont amenées à développer avec la CFB. La banque étrangère doit désigner la succursale responsable des contacts avec la CFB pour l'ensemble des succursales en Suisse. Ce sont des raisons pratiques avant tout qui motivent cette disposition. Il ne s'agit ici que de codifier la pratique.

6.2 L'art. 6 al. 2 OBE reprend l'art. 10 aOBE et le complète. Un seul rapport de révision doit être établi pour l'ensemble des succursales. Ce complément est une codification de la pratique qui s'est développée comme conséquence logique de la disposition de l'art. 10 aOBE.

7. Article 7: Sûretés

7.1 Cet article reprend les dispositions de l'art. 6 let. b aOBE. La lettre a) de l'art. 6 aOBE est en revanche supprimée. Elle prévoyait la possibilité de demander des sûretés à la succursale qui acceptait des dépôts d'épargne lorsque ces derniers n'étaient pas garantis par un droit de gage cantonal (art. 16 LB). Une banque étrangère n'est autorisée à s'établir en Suisse que lorsqu'elle jouit d'une bonne santé financière et qu'elle se donne les moyens de l'activité qu'elle projette de développer en Suisse. Ces éléments font l'objet d'un examen approfondi lors de la procédure d'autorisation. Il n'est ainsi pas nécessaire de prévoir des sûretés particulières lorsque la succursale entend accepter des dépôts d'épargne. A cela s'ajoute que l'art. 16 LB a été abrogé le 1^{er} janvier 1997 par l'entrée en vigueur de la modification du 16 décembre 1994 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (RO 1995 II 1227, FF 1991 III 1).

7.2 L'exigence de l'art. 5 aOBE aux termes de laquelle la succursale devait maintenir 10% de ses actifs en Suisse a été supprimée. L'idée était d'assurer un désintéressement minimal des créances en

cas de faillite de la banque. Cet argument n'a pas perdu toute pertinence. Son utilité est cependant limitée et la CFB a jugé préférable de supprimer cette exigence et libéraliser ainsi davantage l'activité des succursales étrangères en Suisse.

8. Article 8: Etablissement des comptes annuels de la succursale et clôtures intermédiaires

8.1 Le principe de la surveillance des succursales de banques étrangères par la CFB que l'on connaît aujourd'hui n'est en l'état actuel pas remis en cause. L'établissement de comptes séparés pour la succursale de même qu'une révision de la succursale par un réviseur externe agréé en Suisse sont les conditions sine qua non de cette surveillance. Il est vrai que la succursale se trouve dans la dépendance économique et juridique du siège dont elle dépend et que les données comptables relatives à son activité ne signifient pas grand chose sans la connaissance de celles relatives au siège. Les comptes spécifiques de la succursale sont cependant nécessaires à l'accomplissement de la tâche de la CFB. Ces comptes donnent une idée précise des activités de la succursale de même que de son importance par rapport au siège principal. Ils permettent, en comparaison des comptes du siège, d'assurer en particulier le respect de l'art. 1 al. 2 OBE qui veut que la banque étrangère ne développe pas ses activités exclusivement ou de manière prépondérante en Suisse ou depuis la Suisse.

Le 1^{er} février 1995 sont entrées en vigueur de nouvelles prescriptions d'établissement des comptes (art. 6 LB et 23 ss OB). Cette révision a eu pour but d'adapter les normes d'établissement des comptes applicables aux banques au nouveau droit de la société anonyme et aux standards internationaux en la matière. Ces nouvelles prescriptions ont introduit des exigences accrues concernant la transparence des comptes et leur caractère informatif. Les comptes doivent être dressés aujourd'hui de manière beaucoup plus détaillée qu'auparavant. Compte tenu du fait que les succursales se trouvent dans la dépendance économique et juridique du siège, il paraît exagéré d'exiger qu'elles établissent leurs comptes selon ces nouvelles prescriptions. Il ne subsiste aujourd'hui plus de grandes différences matérielles entre les normes suisses et les standards

internationaux, de telle sorte que l'on a pu envisager d'autoriser les succursales de banques étrangères d'établir leurs comptes et leurs clôtures intermédiaires, si elles le désirent, selon les prescriptions applicables au siège, pour autant que ces prescriptions soient conformes aux standards internationaux. Les succursales disposeront de comptes compatibles avec ceux du siège qui pourront être intégrés dans la comptabilité du groupe sans modifications. Auparavant, les succursales étaient contraintes d'établir une double comptabilité.

Les groupes actifs sur le plan international sont révisés par de grandes sociétés de révision qui connaissent les standards internationaux en matière d'établissement des comptes et devraient être au fait des particularités de chaque législation. Les réviseurs externes des succursales suisses de tels groupes devraient être en mesure d'accomplir leur mandat et de procéder aux attestations requises par les art. 44ss OB, malgré le fait que les comptes sont établis selon des normes étrangères.

Les données que la succursale doit fournir à la BNS (art. 7 LB) ainsi que celles figurant dans l'état des liquidités (art. 20 OB) sont réparties en différentes catégories selon les normes suisses d'établissement des comptes. Les succursales continueront à être confrontées à un problème de double comptabilité, mais dans une moindre mesure puisque le retraitement des données ne sera nécessaire que pour une partie d'entre elles.

8.2 L'art. 8 al. 2 OBE reprend l'art. 7 aOBE en l'adaptant à la nouvelle formulation du périmètre de consolidation de l'art. 13a OB entré en vigueur le 1^{er} février 1995. Les créances et engagements de la succursale à l'égard de la banque étrangère ou de toutes autres entreprises comprises dans le périmètre de consolidation au sens de l'art. 13a OB doivent figurer séparément. Cela comprend les créances et dettes de la succursale envers l'ensemble de la banque étrangère sauf les autres succursales en Suisse puisque, lorsqu'une banque étrangère possède plusieurs succursales en Suisse, les prescriptions de la législation bancaire doivent être respectées pour les succursales prises dans leur ensemble (art. 6 al. 2 OBE).

8.3 La dernière phrase de l'art. 8 al. 2 aOBE a été reprise à l'art. 8 al. 3 OBE et modifiée pour des raisons d'ordre purement rédactionnel.

Les anciens termes d'affaires conditionnelles et d'affaires en cours ne sont plus utilisés.

8.4 L'art. 8 al. 4 OBE abandonne l'exigence de la publication séparée des comptes de la succursale (art. 8 al. 1 aOBE). L'OBE se conforme ainsi à l'OBVM qui prévoit que seul le rapport de gestion du siège doit être publié.

9. Article 9: Publication du rapport de gestion de la banque étrangère

9.1 La publication doit intervenir en la forme prévue par l'art. 26 al. 1 OB entré en vigueur le 1^{er} février 1995. Le délai de publication est celui de l'art. 27 al. 1 OB avec possibilité de demander à la CFB une prolongation lorsque les circonstances le justifient (art. 27 al. 2 OB).

9.2 L'art. 9 al. 2 OBE prévoit nouvellement que le rapport de gestion de la banque étrangère peut être fourni à la CFB également en anglais. Le rapport de gestion de la banque étrangère n'est pas établi avant tout pour la Suisse et l'exigence d'une traduction dans une langue officielle suisse peut s'avérer onéreuse. Il se justifiait d'accepter des rapports rédigés en anglais qui est une langue communément utilisée dans les milieux financiers.

10. Article 10: Rapport de révision

10.1 L'art. 10 al. 1 OBE reprend l'art. 9 al. 1 aOBE.

10.2 Aux termes de l'art. 9 al. 2 aOBE, le rapport de révision devait être tenu à la disposition des organes de la banque dans la succursale. Le principe était que le rapport de révision ne devait pas être envoyé à l'étranger (Circ.-CFB 63/1 rapport de révision/étranger). Cette règle était trop restrictive et allait à l'encontre du fait que c'est au siège qu'incombe la responsabilité des affaires de la succursale et que la surveillance de la banque étrangère y compris sa succursale suisse est de la compétence de l'autorité du pays d'origine (home country supervision, cf. supra chiffre II/4.2). Les organes dirigeants de la banque doivent avoir les moyens leur permettant d'assurer le contrôle des affaires développées par la

succursale. Il en résulte que le secret bancaire qui protège les clients de la succursale n'est pas opposable aux organes de la banque étrangère puisque la succursale en fait juridiquement partie. La banque peut charger ses propres inspecteurs du contrôle de la succursale et ceux-ci peuvent avoir accès à tous les dossiers. Les organes de la banque devront ensuite respecter les prescriptions suisses relatives au secret bancaire dans le traitement des informations relatives à la succursale suisse (cf. Rapport de gestion CFB 1978 p. 17 ss).

Cette règle n'a plus de raison d'être également en considération du nouvel art. 4quinquies LB introduit pour les sociétés filles le 1^{er} février 1995 (cf. Rapport de gestion CFB 1992 p. 214). Cet article autorise les sociétés filles bancaires à fournir à leurs sociétés mères, auxquelles le secret bancaire serait sans cela opposable puisqu'il s'agit d'un tiers par rapport à l'entité suisse, des renseignements non accessibles au public pour des impératifs de surveillance consolidée. L'art. 4quinquies LB fixe les conditions auxquelles la transmission de tels renseignements est possible sans violation du secret bancaire. On ne peut a fortiori interdire à de simples succursales le transfert du rapport de révision aux organes supérieurs au sein de la même entité juridique à l'étranger.

La Circ.-CFB 63/1 qui interdit l'envoi à l'étranger du rapport de révision sera modifiée en conséquence.

11. Article 11: Dissolution d'une succursale

Cet article correspond à l'art. 11 aOBE.

Section 3: Agences

12. Article 12: Conditions d'octroi de l'autorisation

12.1 L'art. 12 al. 1 OBE a été ajouté par souci de systématisation du texte de l'OBE. Il n'introduit rien de nouveau par rapport au régime instauré par l'OBE de 1984. Les conditions d'autorisation de l'agence d'une succursale de banque étrangère découlent, comme pour les succursales et les représentations, des art. 3 et 3bis al. 1 LB. Ces

conditions d'autorisation étaient reprises dans le détail par l'OBE de 1984 concernant les succursales et représentations. Il était dès lors logique de les reprendre également pour les agences. Concernant l'art. 3 al. 2 LB, la pratique constante développée par la CFB a établi que seules les conditions relatives à l'organisation de l'agence trouvent application dans la procédure d'autorisation d'une agence. Comme pour la succursale, il n'est pas opéré de renvoi à l'art. 3 al. 2 let. a LB car sa formulation n'est pas adaptée à la nature de l'agence (cf. art. 4 al. 1 let. g OBE).

12.2 L'art. 12 al. 2 OBE découle du renvoi de l'art. 2 al. 1 LB et de l'art. 3bis al. 1 LB aux termes desquels une autorisation est nécessaire pour l'ouverture d'agences de succursales de banques étrangères. Cette précision ne modifie pas le régime actuel.

13. Article 13: Dissolution d'une agence

Il s'agit d'une codification de la pratique.

Section 4: Représentations

14. Article 14: Conditions d'octroi de l'autorisation

14.1 Les conditions d'autorisation de l'art. 14 al. 1 let. a, c et d OBE sont reprises de l'art. 15 al. 1 let. a, b et c aOBE. L'art. 14 al. 1 let. c OBE précise que les dispositions divergentes d'engagements internationaux sont réservées. Une précision identique a été introduite à l'art. 3bis al. 1 let. a LB le 1^{er} juillet 1995. Il s'agit de tenir compte des accords du GATT/OMC. L'Accord général sur le commerce des services prévoit en effet que l'accès au marché dans le domaine des services financiers doit être en principe accordé en respectant la clause de la nation la plus favorisée, de sorte que la condition de la réciprocité doit dans certaines circonstances être abandonnée.

14.2 L'art. 14 al. 1 let. b OBE est nouveau. Il s'agit d'une codification de la pratique. Avant d'octroyer une autorisation pour une représentation d'une banque étrangère, la CFB s'enquiert toujours de l'avis de l'autorité de surveillance étrangère. Le champ géo-

graphique des activités développées par une banque est une donnée intéressante pour l'autorité de surveillance au regard des exigences relatives à l'organisation de la banque. L'art. 3 al. 7 LB entré en vigueur le 1^{er} février 1995 prévoit aussi, à l'inverse, que les banques organisées selon le droit suisse informeront la CFB si elles envisagent d'être actives à l'étranger sous forme de représentations notamment.

15. Article 15: Représentations multiples

L'art. 15 OBE est également une codification de la pratique et prévoit la même règle que celle introduite à l'art. 6 OBE pour les succursales.

16. Article 16: Rapport de gestion

16.1 L'art. 16 OBE exige uniquement la remise du rapport de gestion de la banque étrangère. Il n'est plus nécessaire que la représentation dresse un rapport annuel d'activités. Dans la pratique, ces rapports se sont révélés de peu d'utilité. Le délai dans lequel la représentation doit remettre ce rapport à la CFB est celui de l'art. 27 al. 1 OB avec possibilité de demander à la CFB une prolongation de délai (art. 27 al. 2 OB).

16.2 Comme dans le cas de la succursale (cf. chiffre II/4.7), l'avis obligatoire en cas de mutation de personnel au sein de la direction n'est plus requis.

17. Article 17: Dissolution d'une représentation

Il s'agit ici également d'une codification de la pratique.

Décision de la CFB du 19 septembre 1996 dans la cause Self Finance S.A.

Art. 1 al. 1 et art. 3 al. 1 LB, art. 2a let. a OB; Activité bancaire non autorisée, émission d'un emprunt

- 1. Il y a exercice d'une activité bancaire lorsqu'une société finance des entreprises avec lesquelles elle ne forme pas une entité économique (c. 2) en ayant recours à des dépôts du public (c. 3).*
- 2. Conditions que l'émission d'un emprunt doit respecter pour ne pas constituer une acceptation de dépôts du public (c. 3 b).*
- 3. Mesures (c. 4).*

Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 BankG, Art. 2a Bst. a BankV; Unerlaubte Banktätigkeit, Auflage von Anleihen

- 1. Eine Gesellschaft übt eine Banktätigkeit aus, wenn sie Publikumseinlagen entgegennimmt (E. 3), um damit Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bildet, zu finanzieren (E. 2).*
- 2. Bedingungen, welche die Auflage einer Anleihe erfüllen muss, um nicht als Entgegennahme vom Publikumseinlagen zu gelten (E. 3 b).*
- 3. Massnahmen (E. 4).*

Art. 1 cpv. 1 e art. 3 cpv. 1 LBCR, art. 2a let. a OBCR; attività bancaria non autorizzata, emissione di prestiti

- 1. Vi è esercizio di un'attività bancaria quando la società finanzia, tramite depositi del pubblico (c. 3), imprese con le quali non forma un'entità economica (c. 2).*
- 2. Condizioni alle quali l'emissione di un prestito deve corrispondere affinché non costituisca accettazione di depositi del pubblico (c. 3 b).*
- 3. Provvedimenti (c. 4).*

Etat de fait (extrait):

Le 23 août 1996, la CFB a été informée que Self Finance SA «en constitution» (ci-après la société) a procédé dans un quotidien à la publication d'un prospectus d'emprunt par obligations. Il s'agissait d'une émission pour propre compte (Selbstemission) par souscription publique.

La société a été inscrite au registre du commerce de Nyon le 26 août 1996. L'acte constitutif de la société date du 22 août 1996. Son capital social, entièrement libéré, est de frs 100 000.-. L'administrateur principal A, qui détient par ailleurs 397 actions sur un total de 400 actions émises, est titulaire d'un diplôme de comptable et bénéficie d'une expérience bancaire dans le domaine de la gestion de crédits. Le but de la société, tel qu'il ressort de l'inscription au registre du commerce, est d'effectuer «des opérations financières et commerciales, des émissions d'emprunts obligataires, des activités financières, commerciales ou industrielles, mobilières ou immobilières, des octrois de prêts ou de garanties à des actionnaires ou des tiers».

L'emprunt porte sur un montant de frs 100 millions à 5½% sur une période de 10 ans. Le but de cet emprunt est de financer l'octroi de crédits à de petites et moyennes entreprises par la société. Il est prévu que les entreprises obtenant l'octroi d'un crédit acquièrent quelques actions de la société.

Le 23 août 1996, la CFB a pris toutes les mesures utiles afin que les éventuels investisseurs ne soient pas lésés en bloquant le compte de chèque postal devant recevoir les fonds des souscripteurs.

Par courrier du 28 août 1996, la CFB a informé la société que le prospectus de son emprunt ne respectait pas les exigences de l'art. 3a al. 3 let. b OB, respectivement par renvoi celles des art. 1156 et 652a CO et que, par conséquent, il s'agissait d'une acceptation illicite de dépôts du public au terme de l'art. 1 al. 2 LB. La CFB a demandé à la société de cesser immédiatement toute publicité relative à cet emprunt, de bloquer les fonds déjà reçus et de se déterminer sur les reproches formulés.

Il ressort de la réponse de la société et d'une séance du 5 septembre 1996 que:

- la société est déjà active depuis plusieurs mois dans le conseil aux entreprises en difficulté et elle désire leur offrir en complément des opportunités de crédits à des conditions plus favorables que le système bancaire.
- avant de lancer cet emprunt par obligations, la société a informé la Banque nationale suisse (BNS) de ce projet mais sans lui soumettre un exemplaire de son prospectus.
- la société a déjà trouvé environ 300 entreprises et commerces qui se sont déclarés intéressés par ces possibilités de crédit. La société a déjà émis des promesses d'octroi de crédit pour un montant de frs 100 millions, conditionnées à la libération de l'emprunt.
- la société a fait imprimer le prospectus publié le 14 août 1996 à 500 000 exemplaires dans le but de le distribuer sous forme de «tout ménage». Les frais de publicité déjà engagés pour cette émission sont ainsi déjà supérieurs à frs 100 000.–.
- à la date du 5 septembre 1996, la société aurait reçu en tout et pour tout frs 2000.– de deux investisseurs intéressés qui sont des proches de A. Les administrateurs ont affirmé que la société aurait reçu des promesses d'investissements de plus de frs 1 million qu'elle n'a pas pu accepter compte tenu de l'intervention de la CFB.
- à la suite de la lettre du 28 août 1996, la société aurait gelé l'opération.

Le 17 septembre 1996, la CFB a appris de différentes sources que la société avait procédé à l'envoi de son prospectus sous forme de mailing à différents destinataires.

Extrait des considérants:

1.– a) Au terme de l'art. 3 al. 1 LB, seules les entreprises ayant obtenu une autorisation de la CFB peuvent exercer une activité bancaire.

b) L'art. 2a let. a OB qualifie de banques les entreprises actives principalement dans le secteur financier et qui acceptent des dépôts du public à titre professionnel ou font appel au public pour les obtenir

dans le but de financer pour leur propre compte un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises avec lesquelles elles ne forment pas une entité économique. L'activité bancaire se caractérise donc par un côté actif d'une part, le fait de financer un nombre indéterminé de tiers, et par un côté passif d'autre part, le fait de financer ses activités par des dépôts du public. L'art. 1 al. 2 LB, entré en vigueur le 1^{er} février 1995, complète ce système en interdisant aux entités qui ne sont pas des banques d'accepter des dépôts du public à titre professionnel et ce, indépendamment des activités qu'elles développent.

La définition légale de l'activité bancaire nécessite par conséquent que deux conditions soient remplies: que la société ait pour but de financer un nombre indéterminé d'entreprises avec lesquelles elle ne forme pas une entité économique (chiffre 2 ci-dessous) et qu'elle finance ses activités en acceptant des dépôts du public à titre professionnel ou qu'elle fasse appel au public pour les obtenir (chiffre 3 ci-dessous).

2.- a) Il y a entité économique au sens de la loi lorsque la société procédant au financement et les entreprises destinataires du financement font partie d'un même groupe. Les entreprises doivent avoir entre elles une relation de dépendance économique. L'appartenance à un même groupe justifie qu'une de ces sociétés peut être amenée à organiser le financement des autres sociétés du groupe.

b) Dans le cas d'espèce, la société s'est fixé pour objectif de financer, par l'octroi de crédit, des petites et moyennes entreprises en Suisse. Il ressort des faits qu'elle a déjà pris contact avec des entreprises en Suisse romande et qu'elle a également conclu, avec environ 300 entités, des promesses de crédit, pour un montant de frs 100 millions, conditionnées à la libération de l'emprunt. L'offre de la société s'adresse indistinctement à un nombre indéterminé d'entités. L'objectif poursuivi est d'intéresser le nombre nécessaire d'entreprises permettant la distribution du total de frs 100 millions mis en souscription.

Ces entreprises ne forment pas une entité économique au sens de la loi avec la société. Au moment de la prise de contact, elles n'ont aucune relation juridique et économique avec la société. Le fait qu'elles doivent s'engager à devenir actionnaires de la société au

moment de l'octroi du crédit n'est ici pas déterminant. Ce simple fait ne suffit en effet pas à assurer l'existence d'un groupe composé de sociétés ayant entre elles des liens de dépendance économique.

Pratiquement, la société s'est engagée par des promesses d'octroi de crédit conditionnelles. Elle n'a encore octroyé aucun crédit. Cela est dû uniquement au fait que l'opération n'a pas drainé suffisamment de fonds d'investisseurs et qu'elle a été stoppée par l'intervention du Secrétariat de la CFB. Ce qui est cependant déterminant est que l'octroi de crédit figure dans le but statutaire de la société. L'intention des responsables de la société est à ce propos claire, de même que leur détermination à mener à bout cette opération.

3.– Il convient maintenant d'examiner si la société finance ces activités de crédit en ayant recours à des dépôts du public ou si elle a fait appel au public afin de les obtenir:

a) Au terme de l'art. 1 al. 2 LB l'émission d'emprunts n'est pas considérée comme une acceptation de dépôts du public à titre professionnel. La raison de cette exception est que les intérêts des créanciers sont protégés par les dispositions de l'art. 1156 CO et, par renvoi, par celles de l'art. 652a CO également (cf. FF 1992 V 676). Le but poursuivi par ces dispositions est la protection des investisseurs par une information suffisante concernant les conditions de l'emprunt et la personne du débiteur.

C'est la raison pour laquelle l'art. 3a al. 3 let. b OB prévoit que cette exception ne vaut que dans la mesure où les créanciers de tels emprunts sont informés de manière équivalente à celle prévue par les prescriptions du Code des obligations. Dans le cas contraire, il s'agira d'une acceptation de dépôts du public.

b) Il faut examiner si dans le cas d'espèce, le prospectus publié le 14 août 1996 remplit ces exigences légales:

1) Lors de la publication du prospectus le 14 août 1996, la société était en constitution. Le renvoi de l'art. 1156 CO à l'art. 652a CO, qui exige que figurent dans le prospectus notamment les derniers comptes annuels, le contenu de l'inscription au registre du commerce, les dividendes payés depuis le début de l'activité, signifie-t-il a contrario qu'une société «en constitution» ne peut pas y procéder?

L'art. 643 CO prévoit que la société anonyme acquiert la personnalité juridique uniquement avec son inscription au registre du commerce. Au terme de l'art. 645 CO, les actes faits au nom de la société avant son inscription engagent la responsabilité personnelle de leurs auteurs. Puis, si dans un délai de trois mois à compter de l'inscription la société les assume, elle demeure seule engagée. Les principes généraux du droit de la société anonyme admettent ainsi qu'il est possible de procéder à des actes engageant une société en constitution.

Le renvoi par analogie qu'opère l'art. 1156 CO à l'art. 652a CO (anciennement art. 651 CO) est critiqué en doctrine. Le catalogue d'informations de l'art. 652a CO n'est pas adapté par exemple lorsqu'une société, qui n'est pas organisée sous forme de société anonyme, procède à un emprunt obligataire. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'une société qui vient de débiter ses activités (cf. «Prospektzwang und Prospekthaftung bei öffentlichen Anleiheobligationen und Notes», C. Camenzind, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht / Schult Hess, Zürich 1989, p. 59, et les références citées). Il paraît en effet judicieux de ne pas prendre le renvoi de l'art. 1156 CO au pied de la lettre mais plutôt procéder à une application différenciée en fonction de la situation de l'émetteur en ne perdant pas de vue le but poursuivi par ces dispositions, à savoir l'information et la protection des investisseurs.

2) Le prospectus du 14 août 1996 contient différentes irrégularités par rapport aux exigences des art. 1156 al. 2 CO et 652a CO, en tout cas sur les points suivants:

L'art. 652a al. 1 ch. 1 CO précise que le prospectus doit contenir le contenu de l'inscription au registre du commerce (renvoi à l'art. 641 CO). Lors de la publication du 14 août 1996, la société n'était pas encore inscrite, mais seulement en voie de constitution. Elle n'avait pas d'existence juridique. Il s'agit d'une information importante qui aurait dû figurer dans le prospectus. L'expression «en constitution» figurant en petits caractères sous la raison sociale au sommet du prospectus n'attire pas l'attention des investisseurs de façon suffisante.

La date de l'inscription est le 26 août 1996 et celle de l'acte constitutif de la société, le 22 août 1996. Il est dès lors clair que l'art. 652a al. 1 ch.1 CO ne peut pas trouver une application in extenso. Cependant, certaines de ces informations devaient à tout le moins être déjà connues au moment de la publication, soit 12 jours seulement avant la date de l'acte constitutif. Ce d'autant plus que la société développe des activités depuis le début de l'année 1996 et qu'elle dispose par conséquent déjà d'une certaine organisation. Les informations suivantes auraient ainsi en tout cas dû figurer dans le prospectus d'émission:

- Le but de la société: Le prospectus ne mentionne que le but de l'emprunt (art. 641 ch. 3 CO).
- Le montant du capital-actions prévu lors de la constitution prochaine de la société, c'est-à-dire un capital de frs 100 000.– (art. 641 ch. 4 CO). Le prospectus mentionne un capital-actions prévisible de frs 750 000.–, qui prend en compte déjà une augmentation future du capital de base. Le montant du capital-actions est une information essentielle pour l'investisseur puisqu'elle détermine en partie la surface financière de la société débitrice de l'emprunt. Elle doit par conséquent être conforme à la réalité. Dans le cas présent, la société étant en constitution au moment de la publication, la responsabilité de l'emprunt ne lui incombe que dans un deuxième temps (art. 645 CO). Il n'en demeure pas moins qu'à terme, c'est elle qui sera débitrice.
- L'art. 652a al. 1 ch. 1 CO stipule que, lorsque la société est inscrite au registre du commerce, le nom des administrateurs (art. 641 ch. 9 CO) ne doit pas être mentionné dans le prospectus. Dans le cas présent, la société n'étant pas inscrite au moment de la publication, le nom des personnes responsables aurait par conséquent dû être mentionné. Les personnes ayant émis l'emprunt au nom de la société en constitution sont en effet engagées personnellement dans un premier temps (art. 645 CO). Il est par conséquent logique que les investisseurs connaissent l'identité des débiteurs. Le prospectus est signé par A au nom du conseil d'adminis-

tration. La composition de ce dernier était par conséquent connue et aurait dû être mentionnée.

- La raison sociale du réviseur aurait également dû figurer dans le prospectus (art. 641 ch. 10 CO).

L'art. 652a al. 1 ch. 5 CO stipule que les derniers comptes annuels ainsi que le rapport de révision doivent figurer dans le prospectus. Dans le cas présent, la société n'a pas encore bouclé son premier exercice comptable de telle sorte qu'elle ne peut pas remplir cette exigence. Elle publie un bilan provisionnel basé sur une extrapolation puisqu'il prend en compte la libération totale de l'emprunt. Cette indication est trompeuse. La société aurait dû faire état de comptes effectifs ou, en l'absence de comptes, en expliquer la raison.

L'art. 1156 al. 2 CO stipule finalement que le prospectus doit mentionner, le cas échéant, les détails de ce qui a trait à la représentation de la communauté des créanciers. Au terme de l'art. 1157 al. 1 CO, une communauté de créanciers existe de plein droit de par la loi lorsque un emprunt par obligations est émis à la suite d'une souscription publique par un débiteur ayant son domicile en Suisse (cf. «Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht», Honsell, Vogt, Watter, p. 2318). Or, le prospectus du 14 août 1996 ne contient aucune disposition sur la représentation de cette communauté.

En conclusion de cet examen, force est de constater que le prospectus publié le 14 août 1996 ne respecte pas les exigences minimales du Code des obligations auxquelles renvoie l'art. 3a al. 3 let. b OB. Cet emprunt obligataire ne peut pas par conséquent bénéficier du régime d'exception prévu à l'art. 1 al. 2 LB. Il s'agit par conséquent d'une acceptation de dépôts du public. Il reste encore à examiner si la société a agi à titre professionnel ou si elle a fait appel au public pour les obtenir.

c) Fait appel au public au sens de l'art. 1 al. 2 LB celui qui prend des dispositions afin de toucher, par son action, un nombre indéterminé de personnes. La publicité peut intervenir sous n'importe quelle forme, notamment par des annonces dans la presse, par la distribution de prospectus ou de circulaires.

Dans le cas présent, la société a procédé à une publication dans un quotidien à large diffusion. Elle a fait imprimer 500 000 exemplaires du prospectus afin de le distribuer sous forme de «tout ménage» et a en commencé la distribution en l'envoyant sous forme de mailing à de nombreux destinataires. Elle a ainsi sans conteste fait appel au public. Le fait qu'au moment de l'intervention de la CFB, seuls deux investisseurs avaient déjà versé des fonds n'y change rien. Le montant de 20 dépôts fixé à l'art. 3a al. 2 OB est une simple présomption qui permet d'admettre, à partir de 20 dépôts, qu'il y a eu appel au public. Dans le cas présent, cette présomption ne trouve pas application puisque l'appel au public a pu être prouvé.

Au terme de cet examen, il s'avère que l'opération mise sur pied par la société constitue une activité bancaire qui n'a pas été autorisée.

4.– a) Aux termes des art. 23bis al. 1 et 23ter LB, la CFB prend les décisions nécessaires à l'application de la loi et veille au respect des prescriptions légales. Lorsqu'elle apprend des infractions aux prescriptions légales ou que d'autres irrégularités ont été commises, la CFB prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités. Elle dispose à cet effet d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures qu'elle juge propres à atteindre les objectifs définis par la loi sur les banques, la protection des créanciers notamment constituant le principal critère d'appréciation.

b) Dans le cas d'espèce, seul l'arrêt de l'opération qui aboutit à l'exercice d'une activité bancaire non autorisée est à même de rétablir l'ordre légal et d'assurer ainsi la protection des créanciers. Il doit être fait interdiction à la société de continuer la promotion de cet emprunt obligataire et d'utiliser les fonds d'investisseurs déjà reçus. La société devra également procéder à la destruction du prospectus de l'emprunt et rembourser les investisseurs ayant déjà versé des fonds.

Compte tenu de la négligence dont la société a fait preuve dans le lancement de cette opération et surtout du fait qu'elle n'a pas respecté les injonctions que le Secrétariat de la CFB lui a adressées à trois reprises, il se justifie de prendre des mesures strictes afin d'assurer que la présente décision soit respectée. Un réviseur

bancaire est nommé afin de dresser un inventaire des fonds d'investisseurs reçus, de contrôler le remboursement de ces fonds ainsi que la destruction des 500 000 exemplaires du prospectus. Le Secrétariat de la CFB fera procéder au blocage des comptes bancaires et comptes de chèque postaux recensés par le réviseur. Il est en outre justifié de publier, aux frais de la société, le dispositif de la présente décision afin d'informer le public visé par les démarches publicitaires de la société des mesures prises par la CFB.

c) (...)

d) Les mesures ordonnées par la CFB doivent respecter le principe de la proportionnalité. Elles doivent permettre d'atteindre le but recherché et ne doivent pas constituer pour l'administré une atteinte disproportionnée.

En l'occurrence, le préjudice pour la société des mesures définies sous chiffre 4b est important puisqu'elles ont pour conséquence de mettre un terme à ses projets et de réduire à néant les investissements financiers déjà consentis, notamment en frais de publicité. Elle sont cependant seules à même d'assurer la protection des créanciers, but poursuivi par les dispositions de la loi sur les banques, de l'ordonnance sur les banques et du code des obligations.

*Verfügung der EBK vom 11. Dezember 1996 i.S. Bank A AG und
Entscheid der EBK vom 22. Januar 1997 i.S. Bank B AG*

Art. 8 Abs. 2 und 3 BankV; Funktionentrennung

- 1. Die gleichzeitige Mitgliedschaft im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung kann nur in ganz besonderen Fällen bewilligt werden (E. 1).*
- 2. Keine Ausnahmewilligung im konkreten Fall (E. 2 und 3).*

Art. 8 al. 2 et 3 OB; Séparation des fonctions

- 1. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'appartenance simultanée au conseil d'administration et à la direction peut être autorisée (c. 1).*
- 2. Pas d'exception dans le cas particulier (c. 2 et 3).*

Art. 8 cpv. 2 e 3 OBCR; Separazione delle funzioni

- 1. La doppia appartenenza al consiglio d'amministrazione e alla direzione può essere autorizzata solo in casi eccezionali (c. 1).*
- 2. Nessuna eccezione possibile nel caso in esame (c. 2 e 3).*

Sachverhalt 1 (Auszug):

Die Bank A ist eine seit einem Jahrhundert bestehende Privatbank. Sie ist in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft organisiert. C ist Komplementär der Bank A. Die Bank A und die X Holding AG sind übereingekommen, eine neue Aktiengesellschaft mit dem Namen Bank A AG zu errichten, die das Bankgeschäft sowie das Personal der Bank A übernehmen und in deren Räumlichkeiten ohne wesentliche Änderung weiterführen wird. Die Bank A AG wird ihre Geschäftstätigkeit wie bisher hauptsächlich auf das Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft mit schweizerischer und internationaler Privatkundschaft sowie institutionellen Kunden ausrichten.

Es ist vorgesehen, dass C als Mitglied in den Verwaltungsrat der Bank A AG eintritt. Es ist ebenfalls geplant, dass C weiterhin seine bisherigen Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungskunden betreuen wird. Diese Funktion eines Kundenberaters und -betreuers soll eine Hauptbeschäftigung sein, weshalb ihm in der Bank auch weiterhin ein Büro zur Verfügung stehen wird. Bei dieser Tätigkeit wird er eng mit den Mitarbeitern des Portfolio-Managements und der Anlageberatung zusammenarbeiten, die die Abwicklung der Transaktionen und die mit der Führung von Portefeuilles verbundenen administrativen Aufgaben übernehmen und im Rahmen der Vermögensverwaltung auch die Strukturierung der Kundenportefeuilles vornehmen. Die im Organisations- und Geschäftsreglement verankerten Grundsätze für die Anlageberatung und Vermögensverwaltung sowie auch die von der Anlagekommission beschlossene Anlagepolitik wird auch für die Beratungstätigkeit von C verbindlich sein. Eine Mitwirkung in der Geschäftsleitung ist jedoch nicht vorgesehen. Die Bank A AG ersucht somit die EBK um Erteilung der erforderlichen Bewilligung für eine Ausnahme vom Gebot der Funktionentrennung.

Sachverhalt 2 (Auszug):

Bank B AG ist eine im Sinne von Art. 3bis BankG ausländisch beherrschte Bank. Ihr Aktienkapital wird zu hundert Prozent von einer ausländischen Grossbank gehalten. Die Hauptaktivitäten der Bank B AG liegen in der Vermögensverwaltung und in den damit verbundenen Geschäften, da die Bank B AG im Rahmen der Strategie der Gruppe zum Zentrum ihrer Private-Banking-Aktivitäten ausgebaut wird. D ist Vizepräsident des Verwaltungsrats der Bank B AG. Mit Schreiben vom 16. Dezember 1996 ersucht die Bank B AG um eine auf maximal sechs Monate befristete Bewilligung, damit D interimistisch das Amt des Präsidenten der Generaldirektion ausüben kann. Als Begründung wird angeführt, der Verwaltungsrat der Bank B AG sehe sich aufgrund der unbefriedigenden Geschäftsergebnisse der beiden letzten Jahre veranlasst, so bald als möglich den bisherigen Inhaber seines Amtes als Präsident der Generaldirektion zu entheben. Der Verwaltungsrat sei bereits daran, einen geeigneten Kandidaten für die Nachfolge zu suchen, seinen

Bemühungen sei jedoch bis heute noch kein Erfolg beschieden gewesen. Weil die Suche und Auswahl noch einige Zeit beanspruchen dürften, möchte der Verwaltungsrat nun interimistisch für maximal sechs Monate D, seit Januar 1996 Mitglied und Vizepräsident des Verwaltungsrats, mit der Leitung der Generaldirektion betrauen.

Aus den Erwägungen:

1.– Eine Bank hat gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG in ihren Statuten und Reglementen eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorzusehen. Wo der Geschäftszweck oder der Geschäftsumfang es erfordert, sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist.

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BankV darf kein Mitglied des für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlichen Organs einer Bank der Geschäftsführung angehören. Mit dieser Vorschrift soll einerseits eine Vermischung der Aufgaben vermieden werden, die zu Unsicherheiten über die Kompetenzen verschiedener Organe und zur Zersplitterung ihrer Verantwortlichkeiten führen kann. Andererseits soll einer übermässigen Kompetenz- und Machtkonzentration gewisser leitender Persönlichkeiten entgegengewirkt werden. Art. 8 Abs. 3 BankV entsprechend kann die EBK jedoch in besonderen Fällen einer Bank eine an Bedingungen geknüpfte Ausnahmebewilligung erteilen.

Die EBK hat in der Vergangenheit einen besonderen Fall namentlich dann bejaht, wenn eine Privatbank in eine Aktiengesellschaft mit ausschliesslicher Kapitalbeteiligung der bisherigen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaftler umgewandelt wird (s. EBK Bulletin 1 S. 13). Mit Verfügung vom 27. September 1993 hat die EBK ihre Praxis dahingehend ergänzt, dass der besondere Fall auch bei einer Umwandlung einer Privatbank in eine Aktiengesellschaft bejaht worden ist, bei der die bisherigen Gesellschafter nicht Allein-, jedoch wenigstens Mehrheitsaktionäre bleiben. Hingegen hat die EBK die Gewährung

einer Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BankV an zwei ehemalige Privatbankiers verweigert, die nach der Umwandlung der Privatbank nicht mehr am Kapital der Aktiengesellschaft beteiligt waren (s. EBK Bulletin 1 S. 12 ff.).

2.– Die von C neben seiner Funktion als Verwaltungsrat geplante weitere Tätigkeit als Betreuer und Berater langjähriger Bankkunden geht eindeutig über den einem Mitglied des Organs für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle zustehenden Einbezug in die Erledigung der täglichen Geschäftsvorfälle hinaus und ist als Aufgabe der Geschäftsführung oder dieser unterstellter Personen zu qualifizieren. Art. 8 Abs. 2 BankV ist somit auch auf die vorgesehene Tätigkeit von C als Kundenbetreuer und -berater anwendbar. Die bisherigen Gesellschafter der Bank A werden jedoch an der Bank A AG nur mehr einen Minderheitsanteil von 49% des Kapitals und der Stimmen halten. Gemäss obenerwähnter Praxis der EBK liegt deshalb in casu kein besonderer Fall vor, der die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigt, zumal die bisherigen Gesellschafter im Verwaltungsrat vertreten sein werden. Die EBK lehnt somit das Gesuch ab, betreffend C für die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat sowie die gleichzeitige Ausübung einer Tätigkeit als Kundenbetreuer und -berater in der Bank A AG eine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BankV zu erteilen. C hat sich demnach zwischen der Funktion als Verwaltungsrat oder der Tätigkeit als Kundenbetreuer und -berater zu entscheiden.

3.– Es ist unbestritten, dass bei der Bank B AG aufgrund des Geschäftszwecks und des Geschäftsumfanges das Erfordernis für grundsätzlich getrennte Organe für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einerseits und die Geschäftsführung andererseits gegeben ist. In ihren Statuten wie im Geschäftsreglement hat die Bank B AG denn auch eine Aufteilung dieser Funktionen auf den Verwaltungsrat und die Generaldirektion vorgesehen, wobei die Obliegenheiten und Zuständigkeiten zwischen den beiden Organen so ausgeschieden sind, dass eine sachgemässe Überwachung der Generaldirektion gewährleistet ist.

Bei der beschriebenen Situation der Bank B AG handelt es sich gewiss um einen besonderen Fall, der es jedoch nicht rechtfertigt, der Bank B AG die nachgesuchte Bewilligung zu erteilen. Die EBK

hält namentlich dafür, es sei in der vorliegenden Situation zumutbar, dass D aus dem Verwaltungsrat ausscheide, während er interimistisch die Leitung der Generaldirektion übernehme, um so mehr, als der Verwaltungsrat immer noch aus acht Mitgliedern bestehen und somit weiterhin funktionsfähig sein wird. Ansonsten müsste jeder Bank, die Schwierigkeiten hat, ein Mitglied der Generaldirektion zu ersetzen, in Zukunft eine kurzfristige Ausnahme bewilligt werden, was nicht der Sinn der gesetzlichen Regelung sein kann.

Verfügung der EBK vom 14. November 1996 i.S. Revisionsstelle X

Art. 20 Abs. 4 BankG; Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors

1. *Verfügungsadressat (E. 1).*
2. *Anforderungen an die Revision des Kredit- und insbesondere des Hypothekarkreditgeschäftes (E. 4 und 5). Legt die Bank trotz den Aufforderungen des Revisors nur ungenügende Unterlagen für die Beurteilung einer Position vor, so muss der Revisor eine die Unsicherheit vollumfänglich abdeckende Wertberichtigung vornehmen (E. 4 a). Aus den Arbeitspapieren des Revisors müssen die grundsätzlichen Überlegungen zur Bewertung des Kreditrisikos für einen Dritten nachvollziehbar hervorgehen (E. 4 b).*
3. *Anforderungen an das interne Kontrollsystem (E. 5 d).*

Art. 20 al. 4 LB; Diligence d'un réviseur sérieux et qualifié

1. *Destinataire de la décision (c. 1).*
2. *Exigences posées pour la révision des opérations de crédit et plus particulièrement de crédit hypothécaire (c. 4 et 5). Lorsque la banque, malgré les injonctions du réviseur, ne présente qu'une documentation insuffisante pour évaluer une position, le réviseur doit prévoir un correctif de valeur qui couvre intégralement l'incertitude (c. 4 a). Les documents de travail du réviseur doivent permettre à un tiers de suivre a posteriori les réflexions de principe auxquelles il a procédé lors de l'évaluation du risque de crédit (c. 4 b).*
3. *Exigences posées pour le système de contrôle interne (c. 5 d).*

Art. 20 cpv. 4 LBCR; Diligenza richiesta da un revisore serio e qualificato

1. *Destinatario della decisione (c. 1).*
2. *Esigenze poste per la revisione di operazioni di credito e, in particolare, di credito ipotecario (c. 4 e 5). Se, malgrado l'invito del revisore, la banca presenta una documentazione insufficiente per*

valutare la posizione, il revisore ha l'obbligo di prevedere una rettifica di valore atta a coprire integralmente l'incertezza (c. 4 a). I documenti di lavoro del revisore devono permettere ad un terzo di seguire i ragionamenti essenziali connessi alla valutazione (c. 4 b).

3. Esigenze poste per il sistema di controllo interno (c. 5 d).

Sachverhalt (Auszug):

Der Wertberichtigungsbedarf bei der Bank Y erhöhte sich zwischen Mai 1991 und Januar 1993 von 3,27 Mio. auf 44,9 Mio. Franken. In seinen Revisionsberichten verschwieg der leitende externe Revisor Missstände wie über Jahre hinweg festgestellte Kompetenzüberschreitungen und eine insgesamt ungenügende Kreditdokumentation sowie eine Liste äusserst kritischer, aber noch nicht wertberichtigter Engagements. Die vorgenommenen Wertberichtigungen und die Bewertung von Sicherheiten genügten dem Bewertungsgrundsatz der Vorsicht nicht. Sowohl die Muttergesellschaft als auch eine dritte Revisionsstelle, die von der Bank Y mit der vom Sekretariat der EBK empfohlenen Bonitätsprüfung beauftragt wurde, eruierten einen höheren Wertberichtigungsbedarf. Die Bank Y konnte sich damit nicht mehr über genügend Eigenmittel ausweisen. Der EBK wurde dies von der Revisionsstelle sofort gemeldet.

Aus den Erwägungen:

1.– Gegenstand dieses Verfahrens ist die Untersuchung, ob die Revision bei der Bank Y mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors durchgeführt worden ist. Es stellt sich die Frage, wer Partei und wer Verfügungsadressat im vorliegenden Verwaltungsverfahren ist. Als Adressat fällt nur in Betracht, wer Subjekt des materiellen Rechtsverhältnisses ist, das die Verfügung zu regeln unternimmt (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. überarbeitete Auflage, Bern 1983, S. 132).

Der leitende Revisor ist heute für die Muttergesellschaft seiner ehemaligen Arbeitgeberin tätig. Muss festgestellt werden, dass er seiner Revisionstätigkeit bei der Bank Y nicht mit der geforderten Sorgfalt und Sachkunde nachgekommen ist, so fragt sich, an wen

eine Verfügung, welche dies feststellt, zu richten ist. Die Muttergesellschaft ist seit 1987 Muttergesellschaft der Revisionsstelle und hat deren bankengesetzliche Mandate übernommen. Sie hat zudem Ende September 1992 eine interne Qualitätskontrolle der Bonitätsprüfungen 1992 betreffend die Bank Y durchgeführt. Jedenfalls unter diesen Umständen ist die Verfügung an die Muttergesellschaft als neue Arbeitgeberin des Revisors zu richten. Es kann offengelassen werden, ob von diesem Vorgehen abzuweichen wäre, wenn eine neue Arbeitgeberin in keinerlei Beziehung zum beanstandeten Verhalten des Revisors stand und diesen gutgläubig eingestellt hat. Als neue Arbeitgeberin ist die Muttergesellschaft allenfalls anzuweisen, den betreffenden Mitarbeiter aus der Funktion eines leitenden Revisors zu entfernen, und für den Widerhandlungsfall ist ihr der Entzug der Anerkennung zur Ausübung der bankengesetzlichen Revisions-tätigkeit anzudrohen. Dagegen kann sich die Verfügung nicht an die Person des Revisors richten, dessen Revisionsarbeit die EBK missbilligt (unveröffentlichter BGE vom 9. Dezember 1977 i.S. X, Y und Z). Eine Verfügung muss sich somit an die Muttergesellschaft richten.

Die ehemalige Revisionsstelle der Bank Y hat ihre bankenrechtlichen Mandate auf die Muttergesellschaft übertragen und ist heute keine anerkannte bankengesetzliche Revisionsstelle mehr. Damit kommt sie als Verfügungsadressatin nicht mehr in Betracht. Ist festzustellen, dass die Revision der Jahresrechnung der Bank Y nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors durchgeführt worden ist, sind dagegen sowohl sie als auch der leitende Revisor als beschwerdeberechtigte Parteien zu betrachten. Gegebenenfalls ist ihnen die Verfügung deshalb zu eröffnen.

2.– Mit der Bankrevision kann nur ein Revisionsverband oder eine Treuhandgesellschaft beauftragt werden, die als Revisionsstelle für Banken von der EBK anerkannt worden ist (Art. 20 BankG). Die Anerkennungsvoraussetzungen sind in Art. 35 bis 38 BankV geregelt. Die anerkannten Revisionsstellen sind verpflichtet, die Leitung der Bankrevisionen nur Revisoren anzuvertrauen, die der EBK gemeldet wurden und die erforderlichen Voraussetzungen erfüllen (Art. 38 Bst. b BankV). Leitende Revisoren müssen sich über eine gründliche Kenntnis des Bankgeschäftes und der Bankrevision ausweisen (Art. 35 Abs. 2 Bst. c BankV). Ist die sachgemässe und dauernde Erfüllung

der Revisionsaufträge durch die Art der Organisation der Revisionsstelle oder wegen ihrer personellen Besetzung in Frage gestellt, verfügt die EBK die zur Herstellung des gesetzmässigen Zustandes nötigen Massnahmen (EBK-Bulletin 16, S. 10ff. und 24ff.; BGE 103 Ib 350 E. 8a). Stellt sie fest, dass ein leitender Revisor die nötige Eignung nach Art. 35 Abs. 2 Bst. c BankV nicht mehr aufweist, kann sie der Revisionsstelle die Anerkennung entziehen, wenn diese nicht innerhalb angemessener Frist für Abhilfe sorgt (unveröffentlichter BGE vom 9. Dezember 1977 i.S. X, Y und Z).

3.– Die Banken haben ihre Jahresrechnungen jedes Jahr durch eine ausserhalb des Unternehmens stehende Revisionsstelle prüfen zu lassen (Art. 18 Abs. 1 BankG). Die Revision ist mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors durchzuführen (Art. 20 Abs. 4 BankG). Es ist im folgenden zu prüfen, welches die Anforderungen an den Revisor bei der Revision des Kredit- und insbesondere des Hypothekarkreditgeschäfts sind (nachfolgend E. 4 und 5) und ob der damals für die Revisionsstelle X tätige leitende Revisor die Jahresrechnung der Bank Y mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors geprüft hat (nachfolgend E. 6).

4.– a) Zur Sorgfalt des Revisors gehört insbesondere, dass er seine Beurteilung auf ausreichende Beurteilungsgrundlagen stützt. Der Revisor muss sich selbst ein zuverlässiges Urteil über die Geschäfte der Bank bilden können. Dazu muss ihm die Bank die für die Kreditbewilligung und -überwachung nötigen Unterlagen zur Verfügung stellen (Art. 9 Abs. 3 BankV). Fehlen Unterlagen für die Beurteilung einzelner Positionen oder der gesamten Vermögenslage der Bank, so hat der Revisor dies zu beanstanden oder einen Vorbehalt anzubringen und der Bank eine Frist anzusetzen (Art. 21 Abs. 3 BankG; Art. 43 Abs. 2 BankV; EBK Bulletin 2, S. 37). Da die bei der Bank vorliegenden Unterlagen dem Revisor erlauben müssen, sich ein zuverlässiges Urteil über das Geschäft zu bilden, muss der Revisor die Unterlagen der Bank kritisch würdigen (Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer, Revisionshandbuch der Schweiz, alte Auflage 1987, Bd III, 6.1253). Kommt er zum Schluss, dass Schätzungsgrundlagen fehlen oder zu wenig aussagekräftig sind, so muss er sich energisch genug bemühen, diese Unterlagen von der Bank zu erhalten, ansonsten ihn ein Verschulden trifft (BGE 103 Ib 350). Legt ihm schliesslich die Bank trotz seiner Bemühungen nur

ungenügende Unterlagen für die Beurteilung vor, so muss er für diese Position eine die Unsicherheit vollumfänglich abdeckende Wertberichtigung vornehmen (Art. 6 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 960 OR [Bewertungsgrundsatz der Vorsicht]; EBK-RS 78/3, N 16; EBK-RS 93/3, N 23; Dr. Karl Käfer, Berner Kommentar zu Art. 958–960 OR, Bern 1980, N 87 und N 308 ad Art. 960; Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer, Revisionshandbuch der Schweiz, alte Auflage 1987, Bd I, 2.231).

b) Der Revisor muss nicht nur von der Bank die nötigen Unterlagen verlangen, sondern zudem in seinen Arbeitspapieren alle für die Beurteilung eines Kreditgeschäftes wesentlichen Informationen unter Angabe ihrer Herkunft festhalten. Die grundsätzlichen Überlegungen zur Bewertung des Kreditrisikos und des allenfalls notwendigen Wertberichtigungsbedarfs einschliesslich das Bestehen allfälliger Probleme und deren Behandlung müssen im einzelnen aus ihnen für einen Dritten nachvollziehbar hervorgehen (EBK-RS 78/3, N 108; Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer, Revisionshandbuch der Schweiz, alte Auflage 1987, Bd I, 3.351/3.352, S. 25f., und Bd III, 6.1251, S. 43).

5.– a) Welche Unterlagen für die Beurteilung eines Kredites im einzelnen notwendig sind, hängt vom jeweiligen Geschäft ab. Im Hypothekengeschäft sind in der Regel mindestens die folgenden Unterlagen zur Bewertung eines Grundstückes notwendig: Grundbuchauszüge, Situationspläne, Abklärungen der baugesetzlichen Verhältnisse, Baupläne, Mietverträge, Mietzinsaufstellungen, Bauabrechnungen, Kaufverträge, Vergleichspreise, mündliche oder schriftliche Zusatzangaben des Auftraggebers, der Behörden oder Drittpersonen und ein schriftliches Protokoll der Besichtigung, welches zu Punkten wie Lage, Umgebung, Erschliessungsgrad, Eignung und Bauzustand Stellung nimmt. Allenfalls müssen durch unabhängige Dritte erstellte Schätzungsgutachten eingeholt werden (Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer, Revisionshandbuch der Schweiz, alte Auflage 1987, Bd III, 6.1, S. 64; Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, Ott Verlag Thun, 4. Auflage 1987, S. 360; Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1994, Art. 18–22 N 64; Vereinigung der amtlichen

Schätzer des Kantons Bern, VAS-Schätzerlehrgang, Bern 1993, 3.4, 3.5, 3.6).

b) Zu den minimalen Anforderungen an die Revision von Hypothekarkrediten gehört nicht nur die Bewertung der belehnten Grundstücke, sondern auch die Prüfung der Unterlagen zur Kreditwürdigkeit und -fähigkeit der Schuldner und weiterer Verpflichteter.

Zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit und -fähigkeit des Schuldners muss der Revisor in der Regel über die folgenden Akten verfügen: Kreditvorlage, Jahresrechnung, Geschäftsbericht, Vermögensstatus, Steuerzahlen, Korrespondenzen, Informationen von Steueramt, Betreibungsamt und Drittpersonen, Kosten- und Finanzierungsvoranschlag, Renditenberechnung, Mietertrag, Bauplan, Kaufvertrag über erworbenes Bauland, Handwerkerverzeichnis, Auszahlungskontrolle, progressive Brandassekuranz (Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer, Revisionshandbuch der Schweiz, alte Auflage 1987, Bd III, 6.1, S. 60ff.; Lüscher/Salathe/Baeriswyl, Das Kreditgeschäft der Banken, Schweizerische Kommission für Bankfachprüfungen, Basel, 1. Auflage 1989 [unveränderter Nachdruck 1992], 1.14; Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, Ott Verlag Thun, 4. Auflage 1987, S. 136; Aellen/Müller, Die Kreditadministration bei Banken, Der Schweizer Treuhänder 9/93, S. 655ff.).

c) Zur sorgfältigen Revisionstätigkeit gehört auch die Kontrolle der Kreditüberwachung durch die Bank. Sie muss sich sowohl auf die Kreditfähigkeit und -würdigkeit als auch auf den Wert der Sicherheiten erstrecken. Der Revisor hat sich auf alle notwendigen Informationen in aktualisierter Form zu stützen. Die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung ist in die Beurteilung miteinzubeziehen. Bei Baukrediten ist die laufende Überwachung der Kreditverwendung mittels Baufortschrittskontrollen und Bauabrechnungen und die gleichmässige Befriedigung der Handwerker und Lieferanten zu kontrollieren. Die laufende Kreditüberwachung durch die Bank – und damit neue Beurteilung des Kreditgeschäftes – ist unabdingbare Voraussetzung für die Bewertung der Aktiven einer Bank (Albisetti/Boemle/Ehrsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, Ott Verlag Thun, 4. Auflage 1987, S. 136 und 444f.; Lüscher/Salathe/Baeriswyl, Das

Kreditgeschäft der Banken, Schweizerische Kommission für Bankfachprüfungen, Basel, 1. Auflage 1989 [unveränderter Nachdruck 1992], 1.15; Aellen/Müller, Die Kreditadministration bei Banken, Der Schweizer Treuhänder 9/93, S. 655ff.).

d) Schliesslich hat der Revisor zu prüfen, ob das interne Kontrollsystem der Bank auch im Bereich des Hypothekarkreditgeschäftes zweckmässig ist und funktioniert. Unter anderem hat der Revisor insbesondere zu kontrollieren, ob durch interne unabhängige Instanzen die Krediturkunden und Formalitäten – nachweislich und unangemeldet – auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit geprüft werden sowie ob die Bank über ein System zur Kontrolle verfügt über den Eingang von Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Kreditnehmer, deren Kontrollstellenberichte, Zessionsmeldungen und Debitorenlisten (Art. 44 Bst. o BankV; EBK-RS 78/3, N 98; EBK-RS 93/3, Anhang I, Ziff. 2; Schweizerische Bankiervereinigung, Die interne Kontrolle im Bankbetrieb als Aufgabe der Geschäftsleitung, Zirkular Nr. 768 D vom 6. April 1987, Anhang II).

6.– a) Im konkreten Fall der Bank Y stellte die Revisionsgesellschaft Z anlässlich ihrer Bonitätsprüfung im Dezember 1992 und Januar 1993 fest, dass bei der Bank Y grundsätzliche Angaben über die jeweilige Schuldnerbonität oft nicht vorlagen und dass über den Wert verpfändeter Immobilien keine aussagefähigen Schätzungen und Unterlagen verfügbar waren. Der leitende Revisor bestätigte dieses Bild selbst mit seiner Rüge in seiner Eigenschaft als interner Revisor, dass aufgrund der Kreditdossiers insbesondere die Bonität des Kunden beurteilt werden sollte, und mit seiner Aufforderung an die für die Kredite zuständigen Personen, sich ständig Gedanken über die Problemlagen und allfällig notwendigen Rückstellungen zu machen und dazu schriftliche Unterlagen anzulegen. Er stellte fest, dass die zur Beurteilung der Bonität benötigten Jahresrechnungen bloss mehrheitlich vorlagen.

Erfolgsrechnung und Bilanz, zudem auch der Revisionsbericht, sind unabdingbare Unterlagen zur Prüfung eines Kreditgeschäftes, die analysiert werden müssen. Mit seinen Feststellungen bekundete der Revisor, dass die Bank Y die Bonitätsbewertungen vernachlässigt hatte und er nicht in der Lage sein konnte, seiner Pflicht zu deren selbständiger Überprüfung nachzukommen.

Im Beispiel einer Immobiliengesellschaft musste die auffällige Konstellation im Verwaltungsrat der Schuldnerin den Revisor zu besonderer Vorsicht mahnen. Er hätte die fehlenden Angaben zur Kreditwürdigkeit sowie das Fehlen von Baufortschrittskontrollen unter Fristansetzung im Revisionsbericht, der der EBK zugestellt wird, beanstanden müssen.

Generell genügt die Wunschäusserung des Revisors in einem als interner Revisor verfassten Bericht, man solle sich ständig Gedanken über die Problempositionen und allfällig notwendigen Rückstellungen machen und dazu schriftliche Unterlagen anlegen, der bankenrechtlichen Pflicht der Revisionsstelle nicht. Das Fehlen von Kreditunterlagen und die Vernachlässigung der Kreditüberwachung ist in der Zusammenfassung der Beanstandungen zu Beginn des Revisionsberichtes wiederzugeben, ein Vorbehalt anzubringen und Frist zur Behebung dieser Missstände anzusetzen.

In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 1996 wies die Muttergesellschaft der Revisionsstelle darauf hin, dass die Verankerung in der Region und der Vorteil, dass die Bankleitung den Kunden persönlich kannte, sich bei den Regionalbanken sicher auf «eine andere Art der Dokumentation» ausgewirkt habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass die persönliche Kenntnis des Kunden, wo sie tatsächlich besteht, die mögliche Dokumentation nicht ersetzen kann.

b) Die im Inspektionsbericht Nr. 15 einzeln aufgeführten Mängel sowie die Kompetenzverletzungen, die mehrfach und über Jahre hinweg festgestellt wurden, überdies das Fehlen einer vollständigen alphabetischen bzw. numerierten Ablage der Kreditdossiers, lassen, nebst den weiteren bereits genannten Versäumnissen, zudem darauf schliessen, dass das interne Kontrollsystem der Bank Y ungenügend war und nicht funktionierte. Zu diesem gehört auch die Kontrolle, ob bei festgestellten Mängeln Massnahmen angeordnet und umgesetzt werden. Eine Beanstandung und Fristansetzung durch den leitenden Revisor hätte sich deshalb auch in bezug auf das interne Kontrollsystem aufgedrängt.

c) (...)

d) Den Revisionsberichten 1990 bis 1992 ist, im Gegensatz zu den Inspektionsberichten, eine auffällig unklare und ausweichende

Formulierungsweise eigen. Diese lässt kein klares Urteil über den Kreditsektor der Bank Y zu. Zum Teil widersprechen sich sogar die Aussagen des internen und zugleich externen Revisors. So fehlt ein Hinweis auf die von der Bank Y geführte Liste kritischer Positionen. Der Satz im Revisionsbericht 1990, die Revisionsstelle sei mit Ausnahme der von der Bank festgehaltenen Risikopositionen auf keine weiteren Engagements mit zur Zeit erkennbarem Verlustrisiko gestossen, lässt im Gegenteil vermuten, dass diese Risikopositionen mit Wertberichtigungen versehen sind (...). In den Revisionsberichten bestätigt der Revisor auch, dass «von ein paar Ausnahmen abgesehen» alle Schuldner ihre Jahresrechnungen einreichen. Im Bonitätsprüfungsbericht 1992 hält er dagegen fest, dass die zur Beurteilung der Bonität benötigten Jahresrechnungen bloss mehrheitlich vorliegen. Weitere Beispiele, wie die Kompetenzüberschreitungen oder mangelnde Kreditunterlagen, lassen sich dem vorliegenden Sachverhalt entnehmen. Der Revisor verstösst damit nicht nur gegen die formelle Pflicht zur Beanstandung, Vorbehaltsanbringung und Fristsetzung. Er schafft vielmehr ein materiell unrichtiges Bild über die Bank Y und ihre Vermögenslage.

e) Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass der leitende Revisor mehrfach der Pflicht hätte nachkommen müssen, Fristen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes anzusetzen. Er hat dies drei Jahre lang unterlassen. Überdies verletzte er den Bewertungsgrundsatz der Vorsicht. Nur so lässt sich schliesslich die enorme Zunahme des Wertberichtigungsbedarfs bei der Bank Y innert kürzester Zeit erklären. Die Ernsthaftigkeit der Probleme im inländischen Hypothekar- und Kommerzkreditgeschäft der Regional- und Kantonalbanken waren spätestens mit der Schliessung der Spar- und Leihkasse Thun im Oktober 1991 offenkundig geworden und dem Berufsstand der Revisoren bekannt. Diese Erfahrung und die erkennbare Verschlechterung der Wirtschaftslage hätten den Revisor zu erhöhter Vorsicht veranlassen müssen. Die Vernachlässigung elementarer Grundsätze der Revision ist deshalb umso unentschuldbarer. Schliesslich stellt die für die Revisionsberichte gewählte Formulierungsweise den Zweck deren Zustellung an die EBK in Frage. Die Revisionsberichte gehören zu den wichtigsten Instrumenten der Bankenaufsicht. Die EBK ist darauf angewiesen, in klarer Sprache verfassten Revisionsberichten das Wesentliche und

insbesondere allfällige Missstände, die zusammengefasst am Anfang des Berichtes wiederzugeben sind, entnehmen zu können. Die offene Berichterstattung soll insbesondere ein rechtzeitiges Eingreifen ermöglichen. Dem Revisor ist somit vorzuwerfen, dass er bei der Durchführung der Revision bei der Bank Y nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors gehandelt hat.

7.– a) Erhält die EBK von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, so erlässt sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen (Art. 23ter Abs. 1 BankG). Bei der Wahl, welchen Inhalts die notwendige Verfügung bzw. Massnahme im Einzelfall sein muss, kommt der EBK ein weiter Ermessensspielraum zu (BGE 108 Ib 205). Sie hat bei ihren Entscheiden jedoch immer das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Die Generalklausel gibt der EBK die Möglichkeit, auch andere Massnahmen zu verfügen als diejenigen, die im Gesetz als Beispiel erwähnt sind. Die Massnahmen, die die EBK bei ihrem Einschreiten trifft, sind damit den jeweiligen Besonderheiten des Falles anzupassen.

b) Der EBK kann nicht zugemutet werden, Missstände zwischen den Zeilen der Revisionsberichte herausspüren zu müssen. Die Revisionsberichte des leitenden Revisors erforderten ein solches Vorgehen und stellen damit seine Eignung gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. c BankV in Frage. Ebenso wie das Verschweigen von Missständen wirkt die Missachtung des Bewertungsprinzips der Vorsicht – insbesondere bei einer Bank mit einer schmalen Eigenkapitalbasis – die Frage der Eignung zur Leitung der Bankrevision auf.

Der Revisor führt heute nur noch ein bankengesetzliches Mandat als leitender Revisor. Seine diesbezügliche Revisionstätigkeit hat bisher zu keiner Beanstandung Anlass gegeben. Ein weiteres Mandat wurde auf einen anderen Revisor zur Leitung übertragen. Angesichts dieser Umstände und des Zeitablaufs wäre es unverhältnismässig, wenn die Muttergesellschaft, für die der Revisor heute tätig ist, angewiesen würde, ihn nicht mehr als leitenden Revisor einzusetzen. Der Muttergesellschaft muss hingegen für den

Fall, dass seine künftige Arbeit als Bankrevisor erneut gerügt werden muss, angedroht werden, dass er aus der Stellung eines leitenden Revisors zu entfernen ist. Dabei ist unerheblich, dass die beanstandete Revision nicht ein ihr erteiltes Mandat betrifft.