



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 17

1987

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
Abkürzungsverzeichnis	4
Länderrisiken; Erhöhung des Wertberichtigungssatzes	7
Auflösung stiller Reserven zur Gewinnausschüttung	9
Ausländischer Vermögensverwalter mit Banktätigkeit in der Schweiz; Massnahmen der EBK	11
Schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung	16
Aussagepflicht des Anwalts im internationalen Rechtshilfeverfahren in Strafsachen	20
Direktaufträge von Bankkunden an Broker	26
Reziprozität Libanon. Konsolidierte Aufsicht über Bankkonzerne	28

Sommaire	page
Liste des abréviations	5
Risques pays; augmentation du taux de provision forfaitaire nécessaire	8
Dissolution de réserves latentes en vue d'une distribution de bénéfice	9
Gérant de fortune étranger exerçant des activités bancaires en Suisse; mesures de la CFB	11
Intérêt digne de protection pour l'obtention d'une décision en constatation de droit	16
Devoir de déposer de l'avocat dans la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale	20
Ordres donnés directement au broker par le client d'une banque	26
Réciprocité Liban. Surveillance consolidée des groupes bancaires	28

Zitiervorschlag: EBK Bulletin 17

Proposition pour la citation: Bulletin CFB 17

Abkürzungen

ABV (OBE)	Verordnung (der Eidgenössischen Bankenkommission) vom 22. März 1984 über die ausländischen Banken in der Schweiz (SR 952.111)
BankG (LB)	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BankV (OB)	Verordnung vom 17. Mai 1972 zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (SR 952.02)
BGE (ATF)	Bundesgerichtsentscheid
EBK (CFB)	Eidgenössische Bankenkommission
OR (CO)	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
ROG-EBK (RO-CFB)	Reglement vom 4. Dezember 1975 über die Organisation und Geschäftsführung der Eidgenössischen Bankenkommission (SR 952.721)
StGB (CP)	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
VwVG (PA)	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)

Abréviations

ATF (BGE)	Arrêt du Tribunal fédéral
CFB (EBK)	Commission fédérale des banques
CO (OR)	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220)
CP (StGB)	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
LB (BankG)	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
OB (BankV)	Ordonnance d'exécution du 17 mai 1972 de la loi sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBE (ABV)	Ordonnance (de la Commission fédérale des banques) du 22 mars 1984 concernant les banques étrangères en Suisse (RS 952.11)
PA (VWVG)	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
RO-CFB (ROG-EBK)	Règlement du 4 décembre 1975 concernant l'organisation et l'activité de la Commission fédérale des banques (RS 952.721)

Art. 960 Abs. 2 OR; Art. 6 BankG. Berücksichtigung der Länderrisiken.

Erhöhung des pauschalen minimalen Wertberichtigungssatzes auf 30% aller ausstehenden Forderungen in Problemländern.

Die Eidg. Bankenkommission hat in ihren Jahresberichten die bestehende Praxis und die verfolgte Politik in Sachen Länderrisiken mehrmals bekanntgegeben. Im Jahresbericht 1985 hielt sie fest, dass die Risikobegrenzung und -vorsorge primär Aufgabe der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates der Bank sei und dass die bankengesetzlichen Revisionsstellen und die Eidg. Bankenkommission die Aufgabe haben, insbesondere dafür zu sorgen, dass die Banken die erforderliche Vorsorge treffen, um die möglichen Verluste zu decken. In diesem Sinne ist der 1983 von der Eidg. Bankenkommission festgesetzte Wertberichtigungssatz von 20% der Engagements in Problemländern zu verstehen, nämlich als minimale Pauschalwertberichtigung für breit diversifizierte Forderungen in den sogenannten Problemländern (Jahresbericht 1985, S.17 ff.).

Die hinlänglich bekannten Probleme der internationalen Verschuldung haben sich 1986 nicht verbessert. Im Gegenteil, mit Blick auf die vorangegangenen Jahre hat das laufende Jahr bestätigt, dass die Länderrisiken für die Banken auch in den kommenden Jahren ein Hauptproblem bleiben werden. Aus diesem Grunde hat die Eidg. Bankenkommission anlässlich der Sitzung vom 22. Dezember 1986 beschlossen, den Wertberichtigungssatz für alle ausstehenden Forderungen in Problemländern auf 30% anzuheben. Diese erhöhte Anforderung tritt auf den 31. Dezember 1987 in Kraft.

Die Eidg. Bankenkommission kann in besonderen Fällen Erleichterungen von diesen Weisungen zulassen oder Verschärfungen anordnen. Indessen und hinsichtlich der zu erwartenden guten Resultate für das Jahr 1986 empfiehlt die Eidg. Bankenkommission den betroffenen Banken, bereits dieses Jahr dem vorgesehenen erhöhten Wertberichtigungsbedarf Rechnung zu tragen. Ein solches Vorgehen würde es ermöglichen, die geforderten Mehraufwendungen besser zu verteilen.

(Weisung vom 22. Dezember 1986)

Art. 960 al. 2 CO; art. 6 LB. Prise en considération des risques pays.

Augmentation à 30% du taux minimal de provision forfaitaire nécessaire sur toutes les créances domiciliées dans des pays confrontés à des difficultés.

La Commission fédérale des banques a déjà fixé les lignes directrices de sa pratique et de sa politique en matière de risques pays dans ses rapports de gestion. Dans celui de 1985 elle rappelait que la responsabilité primaire de limiter et de prévenir les risques pays incombait à la direction et au conseil d'administration de la banque et que les sociétés de révision et la Commission des banques avaient pour tâche de veiller notamment à ce que les établissements bancaires prennent les précautions indispensables pour couvrir les risques de pertes. C'est dans ce sens que le taux de provision de 20% a été prescrit en 1983 par la Commission des banques pour les engagements domiciliés dans des pays confrontés à des difficultés, c'est-à-dire comme une provision forfaitaire minimale pour des créances largement réparties dans de tels pays (rapport de gestion 1985 p. 18 ss).

Les données du problème de l'endettement international ne se sont pas améliorées en 1986. Au contraire, à l'instar des années précédentes, la période écoulée a confirmé que les risques pays resteront, ces prochaines années, un problème majeur pour les banques. De ce fait, la Commission des banques a décidé, dans sa séance du 22 décembre 1986, d'augmenter à 30% le taux de provision nécessaire sur toutes les créances domiciliées dans des pays confrontés à des difficultés économiques ou socio-politiques. Cette exigence accrue entrera en vigueur dès le 31 décembre 1987.

La Commission des banques peut décider dans des cas spéciaux un assouplissement ou au contraire un renforcement des provisions requises.

Cependant, vu les résultats favorables escomptés pour l'année 1986, la Commission des banques invite d'ores et déjà les établissements bancaires à tenir compte, dès cette année, des besoins de provision accrus auxquels elles auront à faire face dès l'année prochaine. La constitution de ces provisions sur une période de deux ans permettra aussi aux établissements concernés de mieux répartir les charges y relatives.

(Directive du 22 décembre 1986)

Art. 959 OR; Art. 6 BankG; Art. 25 BankV. Auflösung stiller Reserven zur Gewinnausschüttung.

Erfolgt die Auflösung stiller Reserven allein zur Gewinnausschüttung und nicht zum Zwecke der Verlustdeckung, muss sie nicht zwingend in der Ertragsposition «Verschiedenes» ausgewiesen werden. Es genügt, wenn sie in der veröffentlichten Jahresrechnung klar aus der Rubrik «Verteilung des Reingewinns» ersichtlich ist.

Art. 959 CO; art. 6 LB; art. 25 OB. Dissolution de réserves latentes en vue d'une distribution de bénéfice.

Lorsque la dissolution de réserves latentes ne sert pas à la couverture d'une perte mais à la distribution d'un bénéfice, elle ne doit pas obligatoirement figurer sous la rubrique «Produits divers». Il suffit qu'elle apparaisse clairement sous la rubrique «Répartition du bénéfice net» dans les comptes annuels publiés.

Sachverhalt:

Die Schweizerische Bankgesellschaft (SGB) hat für das Geschäftsjahr 1986 folgende Verwendung des Reingewinns und Ausschüttung eines Jubiläumsbonus beschlossen:

(Beträge in Mio. Fr.)

Reingewinn gemäss Gewinn- und Verlustrechnung	776,2
Gewinnvortrag vom Vorjahr	11,0
zuzüglich Entnahme aus den versteuerten stillen Reserven	155,4
total	<u>942,6</u>

wie folgt zu verwenden:

Dividende:

– ordentliche Dividende 24%	466,1
– Jubiläumsbonus 8%	155,4

Zuweisung an die offenen Reserven:

– gesetzliche Reserve	55,0
– spezielle Reserve	245,0
Tantieme	1,8

Vortrag auf neue Rechnung	<u>19,3</u>
---------------------------	-------------

Die SBG wählte eine Form der Gewinnverwendung im Jubiläumsjahr, bei der sie neben der Verwendung des eigentlichen Reingewinns aus dem Geschäftsjahr 1986 (inkl. Gewinnvortrag) parallel

stille versteuerte Reserven im Betrage von Fr. 155,4 Mio. auflöste und diese direkt über die Gewinnverteilung als von der eigentlichen Dividende getrennten Jubiläumsbonus an die Aktionäre ausschüttete.

Die Eidg. Bankenkommission hat vom Vorgehen der SBG Kenntnis genommen und im konkreten Fall nichts dagegen einzuwenden. Sie behält sich vor, ähnlich gelagerte Fälle, wie beispielsweise die Umwandlung von stillen in offene Reserven, oder die Ausgabe von Gratisaktien und anschliessende Wiederaufstockung der offenen Reserven zu Lasten der stillen Reserven, einzeln zu prüfen.

Aus den Erwägungen:

Anhang II B BankV sieht für Zuweisungen an stille Reserven gemäss Art. 25 BankV die Position 2.7 «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» vor. Entsprechend ist die Auflösung stiller Reserven ein Ertrag und nach Praxis der EBK grundsätzlich unter der Position 1.7 «Verschiedenes» auszuweisen (vgl. dazu Jahresberichte 1981 S. 22, 1979 S. 16 und EBK Bulletin 11, 44 – 51).

Die Bank weicht mit dem von ihr gewählten Vorgehen von der bisherigen Praxis der EBK ab. Eine ausdrückliche Norm, welche regelt, wie die Auflösung stiller Reserven buchungsmässig zu behandeln ist, fehlt. Naheliegend wäre die gleiche Erfassung der Auflösung stiller Reserven bei Gewinnausschüttung wie bei Verlustabdeckung als Ertrag unter «Verschiedenes». Der von der SBG gewählte Weg entspricht aber im vorliegenden Fall ebenfalls den gesetzlichen Anforderungen der Bilanzwahrheit und -klarheit: Dem Gläubiger und Aktionär der Bank ist der mit der Dividendenzahlung eintretende Substanzverlust genauso ersichtlich, wenn die Auflösung der stillen Reserven unter der Rubrik «Verteilung des Reingewinns» offengelegt ist. Der Aktionär wahrt seine Rechte, indem er mit dem Entscheid betreffend die Gewinnverwendung indirekt über die Auflösung der Reserven beschliesst. Der Reinerfolg, als massgebende Kennziffer bei Mehrjahresübersichten, wird zudem nicht durch einen ausserordentlichen Ertrag, den die Bank willentlich für das Jubiläumjahr beschliesst, beeinflusst. Die Darstellungsweise der SBG ist daher nicht zu beanstanden.

(Beschluss vom 30. April 1987)

Art. 1 Abs. 2 Bst. b BankG. Vermögensverwalter mit Bankbetrieb.

Art. 23bis BankG. Massnahmen der EBK zum Schutze der Gläubiger bei unbewilligter Banktätigkeit.

1. Ein Vermögensverwalter führt einen Bankbetrieb und untersteht dem BankG, wenn er Kundengelder zusammenfasst und damit Anlagen tätigt, die in Währung und Fälligkeiten nicht den gegenüber den Kunden eingegangenen Verpflichtungen entsprechen (E. 1 a).
2. Das BankG ist auf eine Gesellschaft anwendbar, deren statutarischer Sitz im Ausland eingetragen ist, die ihre Geschäftstätigkeit jedoch ganz oder teilweise in der Schweiz ausübt (E 1 b).
3. Vermögenswerte der unbewilligten Bank bei Schweizer Banken können blockiert und letztere zu Auskünften verpflichtet werden (E. 2).

Art. 1 al. 2 let. b LB. Gérant de fortune exerçant une activité bancaire.

Art. 23bis LB. Mesures prises par la CFB pour protéger les créanciers dans le cas d'une activité bancaire exercée sans autorisation.

1. Un gérant de fortune exerce une activité bancaire soumise à la LB lorsqu'il rassemble les fonds remis par ses clients et effectue des placements qui, tant en ce qui concerne la monnaie que les délais, ne correspondent pas aux engagements pris envers ses mandants (consid. 1 a).
2. La LB est applicable à une société qui, bien qu'ayant son siège statuaire à l'étranger, exerce en Suisse, totalement ou en partie, une activité bancaire (consid. 1b).
3. Les fonds de la banque non autorisée déposés auprès de banques en Suisse peuvent être bloqués et celles-ci peuvent être obligées à fournir des renseignements (consid. 2).

Sachverhalt:

Die X-Anstalt und die Y-AG werben in Inseraten in der Schweiz und im Ausland für «Euromarkt-Treuhand-Anlagen». Beide haben ihren statutarischen Sitz im Fürstentum Liechtenstein. Ihre Geschäfte wurden jedoch bis anfangs 1986 ausschliesslich in Büroräumlichkeiten in Zürich abgewickelt, wo auch entsprechende Firmentafeln angebracht waren.

Die EBK verfügte die Rückzahlung der Kundengelder von X-Anstalt und Y-AG und dazu eine Blockierung der Vermögenswerte der vorgenannten Gesellschaften bei den Banken, die bekannt sind oder noch werden. Darüber hinaus wurde der X-Anstalt und der Y-AG irgendwelche Werbung zur Entgegennahme fremder Gelder in der Schweiz verboten bis zum einwandfreien Nachweis der aus-

schliesslichen Geschäftstätigkeit dieser Gesellschaften im Fürstentum Liechtenstein.

Ausserdem reichte die EBK bei der zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörde gegen A und B Anzeige ein wegen ungetreuer Geschäftsführung, evtl. Veruntreuung, evtl. Betrug.

Aus den Erwägungen:

1. Es stellt sich als erstes die Frage, ob die Y-AG und die X-Anstalt in sachlicher und örtlicher Hinsicht dem BankG unterstehen. Dies ist aus folgenden Gründen zu bejahen:

a) Dem BankG unterstehen insbesondere nicht die Vermögensverwalter, sofern sie «lediglich die Gelder ihrer Kunden verwalten und keinen Bankbetrieb führen» (Art. 1 Abs. 3 Bst. b BankG). Seit 1979 erlaubt die EBK den nichtunterstellten Vermögensverwaltern, die Gelder ihrer Kunden auch im eigenen Namen anzulegen, sofern dies auf Rechnung ihrer Kunden geschieht (vgl. EBK Bulletin 4, 14). In ihrem Rundschreiben vom 30. September 1981 über die Abgrenzung der Tätigkeit des Vermögensverwalters vom Bankbetrieb gestattete sie den nichtunterstellten Vermögensverwaltern sogar den Gegenwert von Kundenguthaben aus der Abwicklung von Vermögensverwaltungsaufträgen auf eigene Rechnung anzulegen, sofern sie dies in liquider Form tun und die Kundengelder nicht verzinst werden. Im Lichte dieser Regeln ist zu beurteilen, ob die X-Anstalt und Y-AG als blosser Vermögensverwalter bezeichnet werden können oder ob ihre Tätigkeit unter das Bankengesetz fällt.

Die Gesellschaften schliessen mit ihren Kunden einen als «Treuhandvertrag» überschriebenen Vertrag ab. Darin werden sie vom Kunden ermächtigt, «auf seine Rechnung fiduziarische Festgeldanlagen zu tätigen. Dabei ist verstanden, dass solche Anlagen auf den Namen der Y-AG (bzw. X-Anstalt) und deren Verfügung, jedoch auf das Risiko des Kunden getroffen werden und sämtlichen bestehenden und zukünftigen Gesetzen, Beschlüssen, Massnahmen usw. im Lande der Depotstelle, im Währungslande oder im Lande, wo die Anlage erfolgt, unterworfen sind.»

Im Vertrag wird ein fester Zinssatz (bisher...) auf der Anlage in

Schweizer Franken vereinbart. Die Gesellschaften verrechnen keine festen Kommissionsgebühren. Statt dessen wird den Kunden «der auf der Festgeldanlage vereinbarte Zinssatz übersteigende Jahreszins gutgeschrieben». Die Laufzeit einer Anlage beträgt fest 3, 5 oder 7 Jahre. Nach einem Werbeprospekt der Y-AG werden «die meisten Anlagetransaktionen in Fremdwährung getätigt, welche durch Devisenoptionen abgesichert werden».

Die Kontoauszüge der Kunden enthalten weder Angaben über die Bank, bei der die angebliche Treuhandanlage plaziert ist, noch über Fälligkeiten und Währung der Anlage. Der Kunde kann vielmehr davon ausgehen, dass er eine Forderung in Schweizer Franken (bzw. DM) gegen die Y-AG bzw. die X-Anstalt besitzt. Nach eigenen Angaben von A werden diese langfristigen Gelder mehrerer Kunden zusammengefasst und auf Sicht und in fremder Währung angelegt. Es findet somit eine Volumen-, Fristen- und Währungstransformation statt. Es erscheint höchst fraglich, ob die Y-AG und X-Anstalt die sich daraus ergebenden Risiken gestützt auf die abgeschlossenen Verträge wirklich auf die Kunden abwälzen könnten, da in der zitierten Klausel ausdrücklich nur das Transferrisiko erwähnt wird. Von einer Anlage auf Rechnung des Kunden kann jedenfalls keine Rede sein (vgl. die Definition eines Treuhandgeschäftes in Anhang II C Ziff. 5 der Bankenverordnung [BankV SR 952.02]). Schliesslich ist zur Bejahung des Treuhandcharakters eines Geschäftes auch notwendig, dass aus den Abrechnungen des Kunden die Konditionen der Anlage genau hervorgehen (Schuldner, Währung, Fälligkeit, Zinsen). Es versteht sich, dass Y-AG und X-Anstalt bei der Beachtung dieser Anforderung keine festen Zinssätze für die Dauer von 3, 5 oder sogar 7 Jahren versprechen könnten. Unter Würdigung all dieser Umstände können die Y-AG und X-Anstalt nicht als reine Vermögensverwaltungsgesellschaften bezeichnet werden. Ihre Tätigkeit fällt vielmehr unter das Bankengesetz . . .

b) Unter das BankG fallen sämtliche Banken mit Sitz in der Schweiz sowie Zweigniederlassungen, Agenturen und Vertretungen ausländischer Banken (Art. 1 und 2 BankG sowie Auslandsbankenverordnung vom 22. März 1984 [ABV, SR 952.11]). Die ABV verlangt zudem von einer ausländischen Bank, die Bewilligung der EBK einzuholen, wenn sie sich öffentlich zur Entgegennahme fremder Gelder bei einer Zahlstelle in der Schweiz empfehlen will (Art. 17 ABV).

Nach herrschender Lehre bestimmt sich im schweizerischen internationalen Privatrecht der massgebliche Sitz einer Gesellschaft nach der sog. Inkorporationstheorie, d. h. die Gesellschaft unterliegt derjenigen Rechtsordnung, nach deren Vorschriften sie die Rechtspersönlichkeit erlangt hat (BGE 108 II 400 f.). Die Rechtsprechung ist der Lehre unter dem Vorbehalt gefolgt, dass der statutarische Sitz nicht fiktiv sein darf. Dies treffe da zu, wo er ohne Bezug zur Realität und nur gewählt worden sei, um den Gesetzen des Landes zu entgehen, in dem die Gesellschaft ihre Aktivität ausübt und das Zentrum ihrer Verwaltung besitzt (BGE 108 II 402). Es ist fraglich, ob der Sitz der Y-AG und X-Anstalt in Liechtenstein nach diesen Kriterien nicht als fiktiv bezeichnet werden müsste. Die Frage kann indessen offen bleiben, da kein Zweifel besteht, dass die Y-AG und X-Anstalt auch in Zürich zumindest Zweigniederlassungen betrieben haben, die unter das BankG fallen (vgl. BGE 105 Ib 366 f. und 108 II 122 ff.): Es ist davon auszugehen, dass sich die Geschäftstätigkeit beider Gesellschaften in den Räumlichkeiten an der ...strasse in Zürich abwickelte, wo bis vor kurzem auch entsprechende Firmenschilder angebracht waren. ...

c) Die EBK erachtet den Nachweis noch nicht erbracht, dass heute die Geschäftstätigkeit der X-Anstalt und Y-AG tatsächlich ausschliesslich von Vaduz aus abgewickelt wird. Aber sogar wenn dies zuträfe, könnte deswegen nicht auf Massnahmen zum Schutze derjenigen Gläubiger verzichtet werden, die von Zürich aus geworben wurden (vgl. Art. 11 ABV und EBK Bulletin 13, 17). ...

2. Es ist offensichtlich, dass der X-Anstalt und Y-AG keine Bewilligungen zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Bank (Art. 3 BankG) oder als Zweigniederlassungen einer ausländischen Bank (Art. 3 Abs. 2 ABV) erteilt werden könnten, da sie die Voraussetzungen dazu nicht erfüllen. Es ist deshalb zu prüfen, welche Massnahmen zum Schutze der Gläubiger zu treffen sind.

a) Die von der Y-AG und X-Anstalt aufgenommenen Gelder müssen unverzüglich zurückgezahlt werden. Die Y-AG und X-Anstalt sind unter Hinweis auf die Strafdrohung von Art. 50 BankG anzuweisen, die Gelder zurückzuzahlen und dies gegenüber der EBK zu belegen.

b) Damit die EBK beurteilen kann, ob die in Bst. a verlangten Rückzahlungen wirklich vorgenommen wurden und ob unter Umständen

noch weitere Massnahmen ergriffen werden müssen, sind entsprechende Sicherungsvorkehren zu erlassen:

aa) Trotz wiederholter Aufforderung haben Y-AG und X-Anstalt sich bis heute geweigert, wichtige Unterlagen über ihre Gesellschaften und deren Geschäftstätigkeit einzureichen, wozu sie gemäss Art. 23bis Abs. 2 BankG und Art. 1 BankV verpflichtet sind. Sie sind deshalb unter Hinweis auf die Strafdrohung von Art. 50 BankG aufzufordern, dies nachzuholen.

bb) Nach den bisherigen Erfahrungen besteht leider trotz der anzu drohenden Busse keine Gewähr dass die Y-AG und X-Anstalt dieser Aufforderung nachkommen werden. Aus diesem Grunde sind die Banken (C Zürich und D Zürich), über die die X-Anstalt und Y-AG nach den Angaben A's ihre Geschäfte abwickeln, gestützt auf Art. 16 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) in Verbindung mit Art. 23bis Abs. 2 BankG direkt um Auskunft über ihre Geschäftsbeziehungen mit der Y-AG und X-Anstalt anzugehen.

cc) Um sicherzustellen, dass die Gelder der Gesellschaften nicht zu einem andern Zweck verwendet werden, sind auch etwaige Konten der Y-AG und X-Anstalt bei den vorne unter bb) erwähnten Banken gestützt auf Art. 23bis Abs. 1 BankG zu blockieren. Die Mittel dürfen einzig zur Rückzahlung an die Anleger verwendet werden.

dd) Im Laufe des weiteren Verfahrens könnte sich herausstellen, dass Y-AG und X-Anstalt noch über weitere Banken Geschäfte abgewickelt haben. Für diesen Fall ist das Sekretariat zu ermächtigen, auch diese um Auskünfte anzugehen und die dortigen Vermögenswerte zu blockieren.

c) ...

(Verfügung vom 3. März 1986)

Art. 3 al. 2 let. c LB; Art. 25 PA. Demande en constatation de droit; intérêt digne de protection.

Un directeur licencié sans délai et qui entend de ce fait réclamer une indemnité à la banque n'a pas le droit d'obtenir de la CFB une décision de constatation portant sur la garantie d'une activité irréprochable. En effet, n'étant plus au service de la banque, l'intérêt digne de protection fait défaut.

Le juge civil saisi d'une demande en indemnité peut, le cas échéant, examiner à titre préjudiciel la question de la garantie d'une activité irréprochable.

Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; Art. 25 VwVG. Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung; schutzwürdiges Interesse.

Ein fristlos entlassener Bankdirektor; der gegenüber der Bank gerichtlich Schadenersatzansprüche geltend macht, hat kein genügendes Rechtsschutzinteresse, um von der EBK eine Feststellungsverfügung über seine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu erwirken. Da er nicht mehr in den Diensten der Bank steht, fehlt ein schutzwürdiges Interesse.

Der mit der Schadenersatzklage befasste Zivilrichter kann gegebenenfalls die Frage der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit vorfrageweise prüfen.

Faisant suite à un rapport de son organe de révision, émettant certaines réserves et fixant des délais pour introduire des changements au niveau de la direction, la banque X a résilié, pour justes motifs, avec effet immédiat, le contrat de son directeur Z.

Ce dernier a contesté le rapport de l'organe de révision ainsi que son licenciement et requis de la CFB une décision au sens des articles 5 alinéa 1 lettres b et c et 25 PA (RS 172.021), visant à constater que la société de révision n'avait pas témoigné de l'indépendance nécessaire et avait outrepassé ses compétences et qu'il donnait toutes garanties d'une activité irréprochable, conformément à l'article 3 alinéa 2 lettre c LB, pour diriger la banque X.

Par décision du 17 juin 1986, la CFB a refusé d'entrer en matière sur la requête présentée en considérant que le directeur Z n'avait pas qualité pour agir car il n'avait pas un intérêt digne de protection à savoir comment la CFB juge les rapports entre une banque et la société chargée de sa révision et comment la CFB veille au respect des dispositions légales. La CFB a estimé également que le directeur Z n'avait pas non plus un intérêt digne de protection à ce qu'elle statue sur son activité dans la banque X, car, dès lors qu'il l'avait quittée, la question devenait sans objet. En considération d'un futur emploi, soumis aux exigences de l'article 3 alinéa 2 lettre c LB, la

CFB a jugé qu'elle devait connaître les caractéristiques du poste pour pouvoir se déterminer.

Le directeur Z a formé un recours de droit administratif contre cette décision.

Le Tribunal fédéral a rejeté ce recours en considérant en droit (extraits):

1. Dans son recours de droit administratif, Z reproche à la CFB d'avoir violé l'art. 25 PA. Reprenant les arguments qu'il avait déjà développés dans sa requête du 24 janvier 1986, il allègue que la CFB est l'autorité compétente pour statuer au fond et invoque un intérêt digne de protection à obtenir les constatations demandées. A cet égard, il manifeste son intention de réclamer à son employeur une indemnité en raison de son licenciement, qu'il estime injustifié. Aussi juge-t-il primordial que la CFB se prononce sur la question litigieuse, étant donné que le secret bancaire ferait obstacle à ce que lui-même ou des tiers divulguent certaines informations pouvant être décisives pour le procès civil.

2. a) En tant qu'il porte sur la question de savoir si l'autorité intérieure a nié à tort la recevabilité de la requête, le recours de droit administratif est recevable (ATF 108 I b 93, 104 I b 317 consid. 3 a et les arrêts cités).

b) Selon l'art. 25 PA, l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision, d'office ou sur demande, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits et d'obligations fondés sur le droit public (al. 1). Elle donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection (al. 2).

En l'occurrence, par sa requête, Z entend faire constater que la CFB n'aurait pas eu à intervenir en application des art. 23bis et 23ter LB, parce que la condition prévue par l'art. 3 al. 2 lettre c LB aurait été réalisée à son égard pendant toute la durée de son engagement effectif.

Or, dans les rapports entre la banque et l'autorité de surveillance, il n'y a aucun intérêt à ce que la CFB se prononce à ce sujet, dès lors que la question posée n'est plus d'actualité, Z n'étant précisé-

ment plus au service de la banque comme directeur; pour la CFB, il ne peut donc plus y avoir matière à application desdites dispositions.

En pareille situation, le tiers ne peut faire valoir aucun intérêt à ce que la loi soit correctement appliquée par l'autorité de surveillance à l'établissement qui lui est soumis (contrairement au cas faisant l'objet de l'arrêt ATF 98 I b 53). En l'espèce, le requérant n'invoque en sa faveur qu'un intérêt étranger à celui que la LB entend protéger. Selon la jurisprudence, cette seule circonstance ne suffirait certes pas, à elle seule, à lui dénier tout intérêt, du moins dans le cadre d'un recours de droit administratif (ATF 108 I b 93, 250, 104 I b 253 ss. et les arrêts cités); encore faut-il que l'intérêt allégué soit digne de protection.

Le recourant admet, en se référant à Grisel (Traité de droit administratif, p. 867), que le droit d'obtenir une décision de constatation serait subsidiaire. En réalité, l'art. 25 al. 2 PA ne pose pas, à ce sujet, une exigence supplémentaire. Cependant, l'intérêt juridique requis fait en général défaut lorsque l'administré peut obtenir en sa faveur une décision condamnatoire; cette réserve s'applique à l'action en constatation de droit fondée sur le droit civil (ATF 110 II 354 ss. et les références citées) et les mêmes motifs justifient une limitation équivalente en droit administratif (cf. ATF 101 I b 214/215).

C'est ainsi que la possibilité pour un travailleur d'obtenir une décision condamnant l'employeur à lui payer son salaire (ou une indemnité en tenant lieu, en cas de résiliation anticipée injustifiée) prive, en principe, le travailleur de tout intérêt suffisant à obtenir une décision de constatation relative à ses conditions de travail. En effet, selon une jurisprudence constante, l'autorité saisie a la faculté d'examiner elle-même, à titre préjudiciel, une question décisive ressortant par sa nature à une autre autorité, lorsque celle-ci ne s'est pas prononcée, à moins que la loi ne lui confère une compétence exclusive pour trancher cette question même à titre incident (ATF 108 II 460/461 consid. 2 et les arrêts cités); on évite ainsi que deux autorités ne se saisissent du différend, pour connaître l'une de l'objet principal du litige, l'autre de la question incidente. En effet, il est en général d'autant plus inopportun de provoquer à titre préalable, un prononcé de constatation sur la question incidente qu'il est souvent

difficile d'apprécier si celle-ci est vraiment décisive pour le sort de la prétention condamnatoire.

Aucune des circonstances du cas particulier ne saurait justifier une autre solution. La CFB n'a pas eu à trancher précédemment la question litigieuse; en outre, la loi ne lui confère pas une compétence exclusive pour se prononcer, même à titre préjudiciel, sur l'application de la LB. Aussi, rien n'empêchera le juge civil de le faire à titre incident, si cela s'avérait nécessaire. Les difficultés de l'instruction, liées au devoir de ne pas divulguer les secrets confiés à la banque, n'apparaissent pas non plus insurmontables. Tout d'abord, il n'appartient au travailleur mais à l'employeur d'établir les faits justifiant une résiliation anticipée du contrat de travail (art. 337 CO et 8 CC), de telle sorte que c'est en principe l'employeur qui doit supporter le risque d'une absence ou d'une insuffisance de preuve; d'autre part, les droits de procédure connaissent des moyens permettant de renseigner le juge sans porter atteinte aux secrets dignes de protection, et, dans le cas particulier, rien n'empêche apparemment d'en faire usage; enfin, si cela devait se révéler utile, le juge ne serait pas non plus privé de la faculté de se renseigner au sujet de la pratique des autorités administratives.

L'intérêt digne de protection, tel qu'il est invoqué, faisant déjà défaut pour ce motif, il est vain d'examiner plus avant s'il devrait également être dénié au recourant, faute d'être prépondérant par rapport à celui de l'administration.

Ainsi, la CFB a refusé à juste titre d'entrer en matière sur la requête litigieuse.

...

(Arrêt de la 1^{re} Cour civile du Tribunal fédéral du 12 décembre 1986)

Art. 321 StGB. Bankkunden, die durch einen Rechtsanwalt vertreten werden. Schutz des Anwaltsgeheimnisses und Zeugnisverweigerungsrecht.

Hat der Anwalt vertrauliche Tatsachen im Zusammenhang mit einer privaten, politischen, sozialen oder einer andern nicht berufsspezifischen Tätigkeit erfahren, steht insoweit das Berufsgeheimnis und das damit korrespondierende Zeugnisverweigerungsrecht einer Auskunftserteilung nicht entgegen. Dabei sind zu den nicht berufsspezifischen Tätigkeiten namentlich auch Vermögensverwaltungen oder die Anlage von Geldern zu zählen, dies jedenfalls dann, wenn sie nicht mit einem zur normalen Anwaltstätigkeit gehörenden Mandat – so zum Beispiel mit einer Güterausscheidung oder einer Erteilung – verbunden sind (E. 2 c).

Art. 321 CP. Clientèle bancaire représentée par un avocat. Protection du secret professionnel de l'avocat et droit de refuser de témoigner.

Le secret professionnel; et le droit de refuser de témoigner qui en découle, ne fait pas obstacle à la communication d'informations confidentielles qu'un avocat a obtenues dans le cadre de son activité privée, politique ou sociale, ou encore en rapport avec une autre activité non spécifique à sa profession. La gérance de fortune ou le placement de fonds, notamment, sont des activités non spécifiques à la profession d'avocat, en tout cas lorsqu'elles ne sont pas en relation avec un mandat normal d'avocat comme, par exemple, la détermination et la répartition de biens ou le partage successoral (consid. 2 c).

Sachverhalt:

A) Am 29. August 1986 stellte das Justizministerium der Vereinigten Staaten von Amerika beim Bundesamt für Polizeiwesen (BAP) als der für die Durchführung des Rechtshilfevertrages zwischen der Schweiz und den USA vom 2. Mai 1973 (RVUS) und des im Zusammenhang mit diesem Staatsvertrag erlassenen Bundesgesetzes vom 3. Oktober 1975 (BG-USV, SR 351.93) zuständigen Zentralstelle ein Rechtshilfeersuchen. Das Rechtshilfebegehren steht im Zusammenhang mit einer von den amerikanischen Behörden eingeleiteten Strafuntersuchung wegen umfangreichen Drogenhandels, in den S verwickelt sein soll. Das Begehren wurde am 3. und 23. September 1986 ergänzt. Die amerikanischen Behörden ersuchten darin einerseits um Auskünfte über einen Geldbetrag von 2,01 Mio. \$, den S am 4. November 1985 auf ein auf den Namen von R lautendes Konto bei der Bank X in Zürich überwiesen haben soll. Andererseits ersuchen sie um eine provisorische Sperrung der Summe, von der sie vermuten, dass sie aus dem Erlös des erwähnten Drogenhandels stamme.

Mit einer an R gerichteten Verfügung vom 5. September 1986 ordnete das BAP eine Sperre der genannten Summe an; für den Fall, dass sie sich nicht mehr in der Verfügungsgewalt von R befinde, wies das BAP diesen im weiteren an, ihm bzw. den kantonalen Strafverfolgungsbehörden umgehend die nötigen Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen, die eine Sicherstellung des Betrages an einem andern Ort erlaubten. Mit Schreiben vom 9. September 1986 berief sich R auf das Anwaltsgeheimnis und verweigerte die gewünschten Auskünfte. Daraufhin änderte das BAP seine Verfügung am 10. September 1986 in dem Sinne teilweise ab, als es ihn anwies, bei den zuständigen Behörden ein Verfahren um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis einzuleiten, und einstweilen von der Herausgabe von Informationen und Unterlagen absah. Dieses Verfahren ist noch hängig. In der Folge übermittelte das amerikanische Justizministerium dem BAP eine Erklärung von S folgenden Wortlauts:

«Release

I, S, if I have one, waive my attorney client relationship with any attorney in Switzerland.

22.10.86

sig. S»

Mit Zwischenverfügung vom 30. September 1986 wies das BAP die Bank X im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 8 Abs. 1 BG-USV u. a. an, im Falle eines Transfers der auf dem Konto von R einbezahlten Summe auf ein anderes Konto den Namen der entsprechenden Bank unverzüglich bekanntzugeben, sofern sich diese in der Schweiz befinde.

B) Dagegen richtet sich eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde von R, die dieser beim Bundesgericht am 10. Oktober 1986 einreichte und mit der er die Aufhebung der erwähnten Anweisung vom 30. September 1986 verlangt. R liess dem Bundesgericht am 12. Dezember 1986 zudem eine Mitteilung des amerikanischen Justizdepartementes an das BAP zukommen; danach hat ein neuer Lügendetektor-Test ergeben, dass S bei seiner Aussage, die 2,01 Mio. \$ stammten nicht aus dem Drogenhandel, nicht gelogen habe.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. (Selbständige Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung und Beschwerdelegitimation von R bestätigt).

2. a) ...

b) Art. 321 StGB (SB 311.0) stellt u. a. die Verletzung des Berufsgeheimnisses durch Rechtsanwälte unter Strafe. Diese Bestimmung wurde erlassen, um die Ausübung der darin aufgezählten Berufe im öffentlichen Interesse zu erleichtern, und findet ihre Rechtfertigung in der Überlegung, dass diese Berufe nur dann richtig und einwandfrei ausgeübt werden können, wenn das Publikum auf Grund einer unbedingten Garantie der Verschwiegenheit das unentbehrliche Vertrauen zum Inhaber des Berufes hat (BGE 87 IV 108 E. 2 b). Bei der Beziehung zwischen Anwalt und Klient muss vorausgesetzt werden dürfen, dass der Klient voll auf die Verschwiegenheit des Anwalts vertrauen darf. Wenn der Klient sich ihm nicht rückhaltlos anvertraut und ihm nicht Einblick in alle erheblichen Verhältnisse gewährt, so ist es für den Anwalt schwer, ja unmöglich, den Klienten richtig zu beraten und ihn im Prozess wirksam zu vertreten. Soll der Anwalt auf das für ihn notwendige Vertrauen zählen können, setzt dies daher voraus, dass ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht in bezug auf diejenigen Tatsachen zusteht, die ihm infolge seines Berufes anvertraut worden sind oder die er in dessen Ausübung wahrgenommen hat. Andernfalls müsste der Klient damit rechnen, dass der von ihm beigezogene Anwalt eines Tages möglicherweise zur Preisgabe der ihm unter dem Siegel der Verschwiegenheit anvertrauten Tatsachen gezwungen würde, obwohl dem Klienten selber möglicherweise in bezug auf diese Tatsachen ein Zeugnisverweigerungsrecht zustehen könnte (vgl. dazu BGE 91 I 205/206 E. 3 mit Hinweisen). Dass mit diesem Zeugnisverweigerungsrecht die Schwierigkeiten bei der Wahrheitsfindung möglicherweise erhöht werden, muss in einem Rechtsstaat in Kauf genommen werden.

Im Hinblick auf diese Konsequenzen und der für den Geheimnisträger bestehenden Verpflichtung zur Geheimniswahrung erstreckt sich das Berufsgeheimnis, wie der Wortlaut von Art. 321 StGB deutlich zeigt, nur auf Tatsachen, die der Klient seinem Anwalt anvertraut, um ihm die Ausübung des Mandates zu ermöglichen, oder die

der Anwalt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt. Insoweit dürfen die Geheimnisse weder durch mündliche oder schriftliche Mitteilung noch indirekt durch Aushändigung von Schriftstücken oder andern Sachen, die das Geheimnis betreffen, verraten werden. Es handelt sich hierbei um eine strikte Verpflichtung, die auch nach der Aufhebung der vertraglichen Beziehungen zwischen Anwalt oder Klient weiterbesteht; dabei ist bedeutungslos, ob diese Beziehungen infolge Erfüllung, Kündigung oder Widerruf des Mandats, Tod des Mandanten oder anderer Umstände enden (vgl. BGE 87 IV 107 E. 2 mit Hinweisen; RStrS 1973 S. 25/26 Nr. 455). Auf der andern Seite ist der Anwalt nicht zur Verschwiegenheit bezüglich solcher Tatsachen gehalten, die er als Privatperson wahrgenommen hat oder die allgemein bekannt sind, so dass der Klient zum vornherein kein Interesse haben kann, sie gegenüber irgendwem geheimzuhalten (vgl. BGE 101 Ia 11/12 E. 5c mit Hinweisen; 75 IV 73/74 E. 1). In gleicher Weise ist beim Anwaltsgeheimnis und dem damit korrespondierenden Zeugnisverweigerungsrecht des Anwalts zwischen Anwalts- und Geschäftstätigkeit zu unterscheiden. Diese Unterscheidung drängt sich namentlich in Fällen auf, in denen der Anwalt ein Verwaltungsratsmandat bekleidet. Überwiegt in diesen Fällen das kaufmännische Element derart, dass die Tätigkeit des Anwalts nicht mehr als eine anwaltliche betrachtet werden kann, kann sich das Berufsgeheimnis auf diese Tätigkeit jedenfalls nicht in einem umfassenden Sinn erstrecken (vgl. hierzu den nicht veröffentlichten BGE vom 2. Juni 1986 i. S. M.; Peter Böckli, Anwaltsgeheimnis und Fiskus im Rechtsstaat, in: Mitteilungen des Schweizerischen Anwaltsverbandes 1979, Nr. 64, S. 12 und 14; Albert-Louis Dupont-Willemin, Le secret professionnel et l'indépendance de l'avocat, in derselben Zeitschrift, 1986, Nr 101, S. 22 ff.). Im Bereiche des ärztlichen Berufsgeheimnisses hat das Bundesgericht eine Verletzung desselben durch einen Arzt verneint, der, von der zuständigen IV-Kommission mit einer medizinischen Abklärung des Beschwerdeführers betraut, dessen schriftlich angebrachte Zweifel an der Zweckmässigkeit der Untersuchung der Kommission zur Kenntnis brachte. Das Bundesgericht erwog, die vom Beschwerdeführer geäusserten Zweifel seien nicht im Rahmen der zwischen Arzt und Patient bestehenden besonderen Beziehungen erfolgt (BGE 106 IV 132 E. 2).

c) Diese Beispiele zeigen, dass die Entscheidung darüber, welche

Tatsachen vom Berufsgeheimnis umfasst werden, nicht schematisch, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles getroffen werden kann. Dabei ist in jedem Fall zu prüfen, ob die Tätigkeit des Anwalts im Zeitpunkt, in dem ihm die strittigen Tatsachen anvertraut wurden, tatsächlich eine anwaltliche war Hat der Anwalt vertrauliche Tatsachen im Zusammenhang mit einer privaten, politischen, sozialen oder einer andern nicht berufsspezifischen Tätigkeit erfahren, steht insoweit das Berufsgeheimnis und das damit korrespondierende Zeugnisverweigerungsrecht einer Auskunftserteilung nicht entgegen. Dabei sind zu den nicht berufsspezifischen Tätigkeiten namentlich auch Vermögensverwaltungen oder die Anlage von Geldern zu zählen, dies jedenfalls dann, wenn sie nicht mit einem zur normalen Anwaltstätigkeit gehörenden Mandat – so zum Beispiel mit einer Güterausscheidung oder einer Erbteilung – verbunden sind. Von diesen Ausnahmen abgesehen stellen die erwähnten Tätigkeiten Aktivitäten dar, die normalerweise von Vermögensverwaltern, Treuhandbüros oder Banken wahrgenommen werden und nicht unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses stehen. Wollte man die Dinge anders betrachten, so hätte es ein Beschuldiger in der Hand, durch Einschaltung eines Anwalts als Mittelsmann einen Erlös aus einer Straftat unter Umständen dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen.

d) Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der eigenen Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers in seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde, dass sich S einzig an ihn gewandt hat, um die streitigen Gelder – allenfalls mittels Errichtung einer Familienstiftung nach Liechtensteiner Recht – anzulegen. Diese Geldanlage stellt eine Tätigkeit dar, bei der das kaufmännische Element überwiegt und die auch regelmässig von Banken und Treuhandbüros wahrgenommen wird. Nach dem Gesagten geniesst sie deshalb nicht den Schutz des Anwaltsgeheimnisses bzw. des entsprechenden Zeugnisverweigerungsrechts. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob eine Bank, die von einem Anwalt Geld eines Klienten erhält, als dessen Hilfsperson im Sinne von Art. 321 StGB gelten kann. Ebenso stösst die Rüge des Beschwerdeführers, es werde ihm entgegen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit eine Verletzung der Standesregeln zugemutet, ins Leere.

(Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes vom 29. Dezember 1986)

Hinweis:

Der vorstehend auszugsweise wiedergegebene Bundesgerichtsentscheid wird auch in der Amtlichen Sammlung des Bundesgerichtes erscheinen. Die EBK druckt ihn trotzdem im Bulletin ab, weil die Leser des Bulletins nicht immer identisch mit den Lesern der Bundesgerichtsentscheide sind. Der Entscheid ist in einem Verfahren betreffend internationale Rechtshilfe in Strafsachen zwischen der Schweiz und den USA ergangen. Er bestätigt die wiederholt vorgetragene Auffassung der EBK (Jahresberichte 1986 S. 21 – 24/p. 124 – 127, 1985 S. 23), dass das Anwaltsgeheimnis nicht geschaffen wurde, um eine anonyme Vermögensverwaltung zu erleichtern. Dieser Gesichtspunkt ist in der Zwischenzeit auch in Art. 5 Abs. 2 (und Formular B) der neuen Vereinbarung über die Landesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) vom 1. Juli 1987 berücksichtigt worden.

Direktaufträge von Bankkunden an Brokerfirmen.

Die Vollmacht eines Bankkunden, im Namen der Bank direkt dem Broker Aufträge zum Kauf bzw. Verkauf von Wertschriften zu erteilen, ist, um das Risiko der Bank zu limitieren, je durch einen Vertrag Bank/Kunde und Bank/Broker zu präzisieren.

Ordres donnés directement au broker par le client d'une banque.

L'autorisation donnée par la banque à un client, de donner directement au broker, au nom de la banque, des ordres d'achat et de vente de papiers-valeurs, doit être clairement précisée par les termes des contrats banque/client et banque/broker de manière à limiter les risques de la banque.

Sachverhalt:

Ein von der Bank unabhängiger Vermögensverwalter verwaltet im Auftrag eines Kunden der Bank dessen bei der Bank gehaltene Vermögenswerte. Er erteilt dabei auch direkte Aufträge an Broker, die ihrerseits mit der Bank abrechnen.

...

Es muss verlangt werden, dass die Direktaufträge auf eine solide Grundlage gestellt werden, die jedes Risiko für die Bank ausschliesst. Der Mangel der nicht mehr möglichen einwandfreien Überwachung der Kundenposition ist durch anderweitige Vorkehren zu kompensieren. Die Bank hat sich über Verträge mit den Kunden und den Brokern abzusichern.

In der Bevollmächtigung des Kunden, im Namen der Bank zu handeln, muss auf jeden Fall ein Maximalbetrag festgesetzt werden, bis zu welchem der Kunde Direktaufträge erteilen kann. Ebenfalls muss aus der Vollmacht hervorgehen, innerhalb welcher Zeitspanne der Kunde bis zu dieser Limite gehen kann. Der Maximalbetrag hat innerhalb der Lombardfähigkeit des Kunden bzw. innerhalb der gemäss Geschäftsreglement möglichen Belehnungssätze zu liegen. Ist der Kunde bevollmächtigt, mit mehreren Brokern Geschäfte abzuwickeln, sind die Limiten je so festzusetzen, dass das Total der Limiten den Maximalbetrag nicht überschreitet. Daneben muss sich der Kunde verpflichten, für Übermittlungsfehler und Missverständnisse einzustehen.

Auf der andern Seite steht die Vollmacht der Bank an den Broker, Aufträge des bevollmächtigten Kunden entgegenzunehmen und

auszuführen. Damit die Bank als genügend gesichert betrachtet werden kann, ist die Erwähnung und Regelung folgender Punkte zu verlangen:

1. Bevollmächtigung des Kunden, gegenüber dem Broker im Namen der Bank zu handeln
2. Limite des Kunden und Zeitraum, innerhalb welchem der Kunde bis zu dieser Limite gehen kann
3. Vorbehalt, dass Direktaufträge des Kunden, welche die Limite überschreiten, von der Bank nicht anerkannt werden und sie nicht verpflichten

Die detaillierte Ausformulierung der vertraglichen Abmachungen mit den Kunden und den Brokern ist Sache der Banken. Diese Verträge sind nach Begutachtung durch die Revisionsstelle dem Sekretariat der EBK zur Einsicht zu überlassen.

(Schreiben des Sekretariates der EBK vom 18. Mai 1987)

Art. 3 bis al. 1 let. a LB. Réciprocité Liban.

La réciprocité de fait avec le Liban n'est en l'état plus garantie. Les banques en mains libanaises existantes en Suisse conservent toutefois l'autorisation qui leur a été accordée.

Art. 3 al. 2 let. a LB. Groupe bancaire dominé par une société holding. Existence d'une surveillance consolidée du groupe érigée en condition d'autorisation.

Lorsqu'une banque en Suisse fait partie d'un groupe bancaire dominé par une société holding domiciliée à l'étranger, l'autorisation d'exercer une activité bancaire est subordonnée à la condition qu'une surveillance consolidée de ce groupe soit assurée par l'autorité de surveillance étrangère ou suisse.

Art. 3 bis Abs. 1 lit. a BankG. Reziprozität Libanon.

Das Gegenrecht wird durch den Libanon zur Zeit faktisch nicht mehr gewährleistet. Trotzdem bleibt aber den libanesisch beherrschten Banken in der Schweiz die erteilte Bewilligung erhalten.

Art. 3 Abs. 2 lit. a LB. Bankkonzern, der durch eine Holdinggesellschaft beherrscht wird. Konsolidierte Aufsicht über den gesamten Konzern als Bewilligungsvoraussetzung.

Ist eine Schweizer Bank Teil eines durch eine ausländische Holdinggesellschaft beherrschten Bankkonzerns, wird ihr die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb nur erteilt, wenn die konsolidierte Überwachung des Konzerns, sei es durch die ausländische Aufsichtsbehörde oder die schweizerische, sichergestellt ist.

Extrait des faits:

A) La Banque X (Suisse) SA, à Y (ci-après: la Banque), est une banque en mains étrangères. La Banque X (Suisse) SA, à P est une succursale de la Banque.

B) Actuellement, le capital social de la Banque est détenu à raison de 60,74 % par la société holding A, Luxembourg, au travers de deux sociétés néerlandaises que celle-ci détient à 100 %. La société holding A, Luxembourg, est dominée à raison de 43,2 % par la famille B dont les membres sont des Libanais domiciliés au Liban, le reste étant détenu en partie par des ressortissants libanais proches de la famille B, domiciliés au Liban, et en partie par des non réciprocitaires. Le 39,26 % restant du capital de la Banque est en mains de 5 ressortissants libanais dont certains sont domiciliés dans des pays

qui garantissent la réciprocité. La famille B et ses proches (ci-après: le groupe B) détiennent, en plus de la Banque, une banque aux Etats-Unis et une banque en France.

C) Compte tenu de l'évolution permanente et de la croissance constante des banques du groupe B, celui-ci entend créer une holding centrale, W Holding SA, Luxembourg, au sein de laquelle seraient consolidées les participations des différents actionnaires dans la Banque X (France) SA (1979) et Bank X (USA), créée en 1983.

Cette holding devrait permettre:

1° d'améliorer la surveillance et le contrôle de gestion des différentes banques du groupe B

2° d'assurer au niveau du management et du pouvoir de décision une certaine pérennité que les animateurs actuels du groupe B ont souci de sauvegarder

3° d'éviter de recourir continuellement aux actionnaires pour assurer le financement requis par le développement bancaire du groupe B, en consolidant ses possibilités d'autofinancement et en profitant de sa surface financière

4° de capitaliser à leur valeur réelle les participations dans les différentes banques du groupe B.

La restructuration du groupe B sera opérée en deux étapes.

La première ne concernera que les actuels actionnaires de la société holding A, Luxembourg, et un actionnaire direct qui a choisi de convertir sa participation dans la Banque en une participation dans la société holding A, Luxembourg.

A l'issue de cette première étape, on constate que la participation de la famille B dans la société holding A, Luxembourg, sera renforcée. Il en est de même de celle de la société holding A, Luxembourg, à travers les filiales qu'elle contrôle en totalité, dans la Banque.

Dans une deuxième étape, W Holding SA, Luxembourg, s'ouvrira aux autres actionnaires des banques du groupe B, ce qui aura pour effet de renforcer le pouvoir de contrôle et de surveillance sur celles-ci et d'augmenter sensiblement la surface financière de celui-ci.

A l'issue de cette seconde étape, on peut constater que la participation de la société holding A, Luxembourg, dans la nouvelle société holding demeure majoritaire et que la majorité des actionnaires introduits dans celle-ci sont des citoyens et résidents libanais qui participaient déjà à la Banque. W Holding SA, Luxembourg, détendra, à travers les filiales qu'elle contrôle totalement, 75 % du capital de la Banque X (France) SA – le 25 % restant étant détenu par une banque française –, 96,45 % de la Banque et 100 % du capital et du prêt participatif de Bank X (USA).

D) La Banque X (France) SA et Bank X (USA) sont révisées par la société D. Contrairement à ce que laisse penser la structure du groupe B, la tête de celui-ci ne sera pas W Holding SA, Luxembourg, mais Banque X (Suisse) SA, à P. Pour assurer une surveillance consolidée effective dudit groupe, la Banque a déjà pris un certain nombre de mesures. Ainsi, à sa succursale à P, existe déjà aujourd'hui un fichier qui rassemble tous les clients qui sont intéressants du point de vue de la consolidation. Aujourd'hui déjà les différents directeurs des banques du groupe B se réunissent régulièrement à P pour discuter en commun de leurs problèmes. Un secrétariat fixe, doté d'un computer, sera créé. Lorsque ces moyens de conduite seront installés, Monsieur B, l'un des principaux membres influents de la famille B, intensifiera encore plus ses séjours à P. D'autre part, la Banque et W Holding SA, Luxembourg, se sont engagés à fournir à l'organe de révision de la Banque, la société de révision M, tous les renseignements nécessaires et utiles pour une surveillance consolidée du groupe B.

E) ...

La CFB a autorisé la Banque à regrouper son actionnariat dans W Holding SA, Luxembourg, à la condition qu'une surveillance consolidée effective du groupe B soit assurée depuis la Suisse. Elle a d'autre part exigé que l'organe de révision de la Banque s'exprime sur la surveillance consolidée du groupe B conformément aux considérants dans ses prochains rapports de révision.

Considérant en droit (extraits):

1. Selon l'art. 3ter al. 2 LB, la banque en mains étrangères est tenue de solliciter une nouvelle autorisation complémentaire si une modifi-

cation intervient dans l'état des principaux actionnaires ou d'autres personnes exerçant également une influence prépondérante dans l'établissement.

En l'espèce, la création de W Holding SA, entité juridique nouvelle et distincte dont le siège social est à Luxembourg, constitue sans conteste pour la Banque une modification dans l'état de ses principaux actionnaires au sens de la disposition légale précitée.

2. L'octroi de l'autorisation complémentaire implique d'autre part que soient réunies les conditions de l'art. 3bis LB, notamment celles relatives à la réciprocité (al. 1 let. a).

Une fois la restructuration envisagée réalisée, la famille B et les résidents libanais domiciliés au Liban continueront, comme par le passé, à dominer économiquement le groupe B.

a) Dans sa séance du 10 février 1987, la CFB a notamment décidé que la réciprocité avec le Liban, sous réserve d'une modification de la situation actuelle, n'était plus garantie en fait*. Les banques en mains libanaises existantes en Suisse conservent toutefois l'autorisation qui leur a été accordée.

En contre-partie, la CFB a exigé que ces banques apportent la preuve d'une surveillance consolidée effective. En d'autres termes, cela signifie que lorsque la société (banque ou holding) qui domine le groupe a son siège à l'étranger, les banques en mains libanaises doivent fournir la preuve que la surveillance consolidée est effectuée par les autorités du pays où la société qui domine le groupe est établie. Si tel n'est pas le cas, la société qui domine le groupe doit avoir son siège en Suisse, de manière à ce que la CFB puisse exercer elle-même une surveillance consolidée efficace.

b) En l'espèce, W Holding SA, Luxembourg, n'est pas surveillée. La Banque ne le conteste pas. Dès lors, compte tenu des conditions fixées par la CFB en matière de consolidation pour les banques libanaises, la demande d'autorisation complémentaire devrait être rejetée.

* Voir ci-dessous quelques considérations non exposées dans la présente décision qui ont amené la CFB à modifier sa pratique.

La Banque soutient toutefois que les dispositions déjà existantes en Suisse et la série de mesures qu'elle envisage encore de prendre suffisent pour assurer une surveillance consolidée effective du groupe B, que la responsabilité en incombera à l'organe de révision de la Banque et qu'elle prendra la tête dudit groupe. Au vu des assurances et attestations fournies par la Banque et W Holding SA, Luxembourg, la CFB considère que les mesures qui sont et seront mises en œuvre suffisent pour admettre qu'une surveillance consolidée effective sera assurée. Cela sera d'autant plus facilité que l'organe de révision de la Banque, la société de révision M, pourra en tout temps obtenir de W Holding SA, Luxembourg, toutes les informations qu'elle jugera nécessaires pour garantir une telle surveillance. Partant, l'existence d'une surveillance consolidée effective du groupe B devient une condition d'organisation au sens de l'art. 3 al. 2 let. a LB mise à l'octroi de l'autorisation complémentaire sollicitée, condition qui devra être remplie en tout temps.

Selon les prescriptions applicables en la matière, cette surveillance consolidée devra porter notamment sur les points suivants: 1) établissement de comptes consolidés pour déterminer les fonds propres nécessaires du groupe B sur base consolidée (cf. art. 12 al. 2 OB; Directives de consolidation), 2) respect des règles sur la répartition des risques sur base consolidée (cf. circulaire de la CFB du 2 novembre 1983: annonce des gros risques des groupes bancaires), 3) vérification du fait que les banques du groupe B ne soient pas utilisées pour éluder les dispositions contenues dans la loi sur les banques et les règles déontologiques.

(Décision du 28 juillet 1987)

La réciprocité avec le Liban a été tranchée en dernier lieu par la CFB dans une décision de principe non publiée du 21 janvier 1983 en ce sens que la réciprocité est garantie lorsqu'une banque libanaise dont le siège est au Liban entend créer une banque en Suisse ou prendre une participation prépondérante dans un établissement déjà existant mais que la réciprocité n'est pas donnée lorsque des personnes physiques domiciliées dans cet Etat veulent agir de même.

Partant, pour des raisons de réciprocité, les actions des filiales libanaises en Suisse étaient détenues en majorité par les banques-mères libanaises. Actuellement, la tendance va vers un transfert des actions en mains d'actionnaires non bancaires, que ce soit des personnes physiques ou des holdings. Compte tenu de la situation qui régne au Liban, les actionnaires des banques-mères libanaises préfèrent soit inves-

tir directement en Europe notamment dans des holdings qui acquièrent une participation majoritaire ou dominant la banque en Suisse d'une autre manière, soit devenir des actionnaires directs de la banque en Suisse. L'importance de la banque-mère tend dès lors à diminuer de plus en plus. De son côté, l'autorité de surveillance libanaise n'est plus à même d'assurer une surveillance consolidée des banques-mères et de ses filiales.

La décision relative à l'existence ou non de la réciprocité est dans une large mesure affaire d'appréciation. Il n'en reste pas moins que la réciprocité de fait doit être assurée, c'est-à-dire que le régime politique, juridique et économique du pays en cause doit offrir à des comptoirs suisses la possibilité effective de s'y établir et d'y exercer leur activité (B. Müller, La pratique de la Commission fédérale des banques, p. 91). Or, en l'état, force est de constater que le Liban est dans l'impossibilité de garantir à tout établissement bancaire des conditions de travail normales et stables.

La réciprocité n'étant plus garantie, la CFB devrait normalement retirer l'autorisation aux banques en mains libanaises existantes en Suisse. Il convient toutefois de considérer que celles-ci ne sont pas responsables de la situation actuelle et qu'il n'est pas non plus possible, faute de gouvernement à qui incombe la responsabilité d'assurer que ces conditions soient remplies, de faire pression pour que les banques suisses qui désiraient s'établir au Liban puissent bénéficier des mêmes possibilités que les banques de cet Etat rencontrent en Suisse. Cette situation n'est enfin pas comparable à celle d'un Etat qui, par sa législation en vigueur, interdirait ou limiterait l'activité bancaire sur son territoire.