

CH_VB 98.033 vom 28. Juli 1998

Bundesverwaltung, 1998-07-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_98.033

FR: CH_VB 98.033 du 28 juillet 1998

IT: CH_VB 98.033 del 28 luglio 1998

Erwägungen

E. 27

Art. 1er, 1er al., LB; Bodmer/Klincic/Lutz, à l'endroit précité, notice 37 concernant l'art. 1; J. Zraggen, à l'endroit précité, p. 45 s.

E. 28

J. Zraggen, à l'endroit précité, p. 53 ss W. F. Bürgi et U. Nordmann, Zürcher-Kommentar zum ZGB, n° 8 concernant l'art. 763 CO. 3367

les sociétés fondées avant le 1er janvier 1883 par des lois cantonales spéciales, qui sont administrées avec le concours des autorités publiques³¹. Le projet de loi proposé englobe tous les cas de figure possibles, de la fondation de nouvelles sociétés à la participation dans des sociétés existantes. A part les formes juridiques des banques cantonales, le droit fédéral impose le respect des conditions générales d'autorisation requises par la loi sur les banques³². Les cantons ne peuvent évidemment violer le droit fédéral et ils doivent en respecter la primauté lors de l'élaboration des bases juridiques³³ de leurs banques cantonales. Pour créer et organiser les banques cantonales, ils doivent notamment respecter les dispositions constitutionnelles ainsi que celles du droit privé³⁴. 225 Transformation de la forme juridique des banques cantonales Du point de vue du droit fédéral³⁵ et du droit cantonal, créer ou transformer une banque cantonale exige une loi cantonale³⁶, qui doit entre autres fixer la forme juridique du nouvel établissement, tout en respectant les limites imposées par le droit privé fédéral et par la législation sur les banques. Cela a entre autres pour conséquence que les formes juridiques possibles se limitent à l'institution de droit public et aux sociétés anonymes, selon les articles 620 ss, 762 ou 763 du code des obligations. Il n'existe pas pour le moment de bases légales pour la transformation directe, sans liquidation³⁷, de la forme juridique des sociétés suisses³⁸. Le projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation, élaboré par le DFJP, a été mis en consultation le 16 décembre 1997³⁹. Cette loi est aussi censée régler la transformation d'institutions de droit public en sociétés anonymes privées. Tant qu'elle ne sera pas entrée en vigueur, cependant, de telles transformations devront s'inspirer de la jurisprudence des autorités cantonales et fédérales compétentes. Dans la doctrine, la recevabilité de la modification directe de la forme juridique est contestée⁴⁰. Vu la souplesse manifestée par l'Office fédéral du registre du commerce

E. 30

Date de l'entrée en vigueur de l'ancien CO du 14 juin 1881.

E. 31

Art. 763, 2e al. CO. Voir aussi: P. Nobel, Laganalyse und rechtliche Entwicklungsperspektiven der Kantonalbanken, PJA 12/94, p. 1557; M. Russenberger, Kantonalbanken im

Umbruch - vom staatlichen Institut zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft, SZW 1/95, p. 4 ss. Que les lois de bases soient encore en vigueur ou aient été révisées n'a aucune importance sur le plan juridique (W. F. Biirgi et U. Nordmann, à l'endroit précité, n° 9 concernant l'art. 763 CO).

E. 32

Voir chap. 232.

E. 33

Loi cantonale et statuts éventuels de la société.

E. 34

Art. 3 est. et art. 2 dispositions transitoires est.

E. 35

Selon la définition actuelle (art. 3a, 1er al., LB) ou future (art. 3a, 1er al., projet de LB).

E. 36

Parallélisme des formes et principe de légalité.

E. 37

On peut citer comme exemple la transformation directe d'une institution de droit public en société anonyme selon les art. 620 ss CO.

E. 38

Les sociétés étrangères, en revanche, sont soumises à des prescriptions: cf. art. 161, 1er al., de la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291) et les dispositions révisées de l'art. 50, 1er et 2e al., de l'ordonnance relative au registre du commerce du 7 juin 1937 (ORC; RS 221.411; RO 1996 2250).

E. 39

FF 1997 IV 1339. La date limite est le 31 mai 1998. Voir SZW 1/98 p. 1 ss.

E. 40

Cf. à ce sujet von Buren, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ss, SZW 2/95, p. 85 ss; l'auteur renvoie également à d'autres avis. 3368

(OFRC) dans le cas de la fusion (et donc de la transformation) de la Banque cantonale de Soleure avec la Société de Banque Suisse, ainsi que les efforts pour assouplir la législation fédérale, il est possible de déduire qu'au point de vue du droit des sociétés, ces modifications sont en principe considérées comme admissibles. Dans le cas de la transformation directe de la Banque cantonale de Berne, l'OFRC a assorti son autorisation des conditions suivantes: la transformation ne devrait léser en aucune manière les intérêts des créanciers⁴¹, ni compromettre les droits des actionnaires minoritaires⁴². Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer sur une transformation - une fusion, en l'occurrence⁴³ - non prévue par la loi. S'inspirant des dispositions du code des obligations, il a considéré la transformation effectuée, soit la fusion mentionnée, comme admissible. Du point de vue de la législation sur les banques, le Conseil fédéral partage le point de vue que la transformation directe est possible, pour autant qu'on veille toujours attentivement à la protection des créanciers. Comme pour la coopération entre banques cantonales et pour la

fusion de ces dernières⁴⁴, les autorités fédérales devront examiner et juger si, dans chaque cas, la transformation envisagée par les autorités compétentes, y compris le déroulement même de cette transformation, garantit la protection des créanciers et le respect du principe de la bonne foi⁴⁵. D'après la jurisprudence des autorités compétentes, la transformation directe d'une institution de droit public en une société anonyme au sens des articles 620 ss du code des obligations est donc possible. C'est pourquoi rien ne s'oppose à la transformation d'une telle institution en une forme juridique moins poussée, mais prévue (société anonyme au sens des articles 762 ou 763 CO), pour autant que les mêmes exigences soient respectées. Le déroulement effectif d'une telle transformation dépend des bases légales cantonales dans ce domaine, des prescriptions cantonales sur le partage des compétences et, le cas échéant, des statuts existants⁴⁶. 226 Coopération entre banques cantonales Comme le relevait le rapport du Conseil fédéral⁴⁷, les fusions et coopérations sont déjà possibles sous le régime actuel. Les différents problèmes qui se posent doivent être évalués et résolus dans chaque cas. Les bases juridiques et contractuelles nécessaires pour procéder à des fusions et à des coopérations devraient être créées par les cantons, sur la base de leur législation et des concordats correspondants⁴⁸. Il découle de l'article 31 iuaCer, 2^e alinéa, est. que les cantons ont le droit de légiférer et de conclure des concordats⁴⁹ en matière de

E. 41

Notamment en réduisant la couverture-responsabilité.

E. 42

' Von Buren, à l'endroit précité, p. 90.

E. 43

Fusion de fondations, ATF 115 II 415 ss

E. 44

Ch. 226

E. 45

Cf. ch. 227.

E. 46

On renvoie à l'exemple de la Banque cantonale de Berne; cf. von Buren, à l'endroit précité, p. 91 s.

E. 47

Rapport du CF, p. 32 s.

E. 48

Les concordats seraient nécessaires dans tous les cas, étant donné qu'il n'existe pas encore de banque cantonale entièrement privée, habilitée à se prononcer indépendamment quant à une fusion.

E. 49

Häfelin, Commentaire est., art. 7, n° 22. 3369

banque cantonale⁵⁰. Pour autant que ces concordats ne contreviennent pas au droit fédéral, rien ne saurait s'opposer à ce qu'ils le fassent⁵¹. Comme les accords inter-cantonaux sont en outre soumis à l'approbation de la Confédération⁵², leur conformité au droit fédéral

sera vérifiée. Dans le cas des fusions - éventuellement dans celui des coopérations très poussées -, il faudra vérifier chaque fois si le règlement envisagé est conforme à la législation sur les banques, notamment en matière de garantie d'Etat. La fusion en une seule banque cantonale disposant d'une garantie intégrale de l'Etat implique par exemple que les cantons participants soient responsables solidairement de l'établissement commun⁵³. Le règlement sur le plan interne des responsabilités reste en revanche l'affaire des cantons, puisqu'il n'affecte pas la protection des créanciers. En cas de fusion de banques cantonales ne jouissant pas de la garantie intégrale de l'Etat, le problème de la responsabilité des cantons impliqués ne doit pas être résolu par le droit fédéral, puisque ces banques ne bénéficieront plus du statut légal spécial que leur vaut la garantie intégrale. Ce serait au droit cantonal et aux concordats de résoudre la question du partage des responsabilités de l'établissement commun. En cas de fusion - éventuellement de coopération poussée⁵⁴ -, les autorités responsables de l'établissement commun doivent se prononcer pour ou contre la pleine garantie de l'Etat, avec les incidences qui en découlent pour le statut dudit établissement. L'introduction de la catégorie des banques cantonales à garantie limitée ou sans garantie de l'Etat devrait faciliter singulièrement la coopération entre ces banques, étant donné que le problème de la responsabilité solidaire, réglé par le droit fédéral, disparaît, et qu'il n'existe plus aucune restriction en la matière. Il semble donc inutile d'insérer dans la législation fédérale des dispositions spéciales sur la collaboration entre banques cantonales.

227 Protection du public et des créanciers en cas de retrait ou de limitation de la garantie de l'Etat Dans la plupart des cantons, le public qui entend parler de «banque cantonale» imagine en général une banque jouissant de la garantie intégrale de l'Etat⁵⁵, bien que dans deux cas, le canton ne soit pas responsable des engagements de sa banque cantonale, ou alors seulement en partie⁵⁶. La garantie de l'Etat ne fait certes pas partie de la raison sociale d'une banque cantonale; toutefois, pour éviter que le public ne soit induit en erreur, il convient de l'informer de manière complète du retrait ou de la limitation de cette garantie. Comme le législateur cantonal est en outre tenu de respecter les contrats passés avec les clients des banques et d'observer les limitations que la législation fédérale impose en matière de droit privé, de garantie de la propriété, d'interdiction de l'arbitraire - sans parler du principe de la bonne foi -, il lui faudra veiller particuliè-

E. 50

Rhinow, Commentaire est. art. 32, n° 54. 51 Art. 7, 2e al., est.; Hafclin, à l'endroit précité, art. 7, en particulier nos 30 ss et 81 ss 52 Art. 102, ch. 7, est.; Häfelin, à l'endroit précité, nos 92 ss 53 Rapport du CF, p. 33. 54 P. ex. selon le modèle de holding de banques cantonales; ch. 113. 55 Cf. ATF 95 I 282, consid. 8; et ATF 112 II 376. 56 Vaud et Genève. Cf. ch. 2.7. 3370

rement aux intérêts des créanciers de la banque en cas de retrait de la garantie de l'Etat. Les créanciers devraient ainsi avoir la possibilité de modifier leurs rapports d'affaires si la garantie d'Etat est retirée ou limitée. Comme limiter ou retirer la garantie d'Etat exige de modifier la législation, il est certain que le public en sera informé grâce au débat politique que cette révision de la loi provoquera. Toutefois, pour que les exigences fédérales - constitutionnelles et de droit privé - soient respectées dans les relations juridiques existantes avec les créanciers, les cantons qui légiféreront devraient conserver la garantie de l'Etat actuelle jusqu'à la date de dénonciation ordinaire ou jusqu'à l'échéance des contrats, ou alors, si ce terme n'est pas précisé, maintenir la validité des affaires passives existantes pendant un délai convenable⁵⁷. Cette prolongation provisoire de la garantie de l'Etat et sa

limitation aux relations juridiques existant au moment du changement de statut permettent de respecter le principe de la bonne foi, sans créer d'avantage abusif au profit des banques cantonales transformées. Si la garantie de l'Etat est retirée ou limitée, la Commission des banques vérifie, au cours de la procédure d'autorisation, si les exigences fédérales en matière de relations juridiques existantes sont respectées. Avant d'accorder une autorisation, elle peut en effet rendre une décision constatant si les conditions en la matière - de même que toutes les autres conditions préalables - sont remplies⁵⁸. 228 Mandat de prestations des banques cantonales Les cantons sont libres de confier ou non un mandat de prestations à leur banque, mandat qui, selon la législation fédérale, n'est pas un critère constitutif de banque cantonale. En effet, une loi fédérale aurait grand peine à le définir de manière à ce qu'il soit applicable généralement; par ailleurs, les caractéristiques d'un tel mandat sont étroitement liées à la souveraineté cantonale. Ainsi, il n'appartient pas à la législation fédérale de définir de manière générale l'intérêt public cantonal relatif aux banques cantonales et donc d'imposer des objectifs stratégiques à l'autorité dont elles dépendent et de les contraindre à assumer des risques liés aux mandats de prestations. 229 Raison sociale Seuls les établissements répondant à la définition légale des banques cantonales (art. 3a, 1er al., LB) sont autorisés à utiliser l'appellation «banque cantonale» dans leur raison sociale. La nouvelle définition légale vaut pour la législation sur la raison sociale ainsi que pour l'utilisation commerciale de cette dernière. Les offices du registre du commerce et l'Institut de la propriété intellectuelle vérifient si l'emploi de l'appellation «banque cantonale» et la désignation du canton sont licites du point de vue de la législation sur la raison sociale et de celle sur les mar- 57 Bodmer/Klcincr/Lutz, à l'endroit précité, note 41c concernant les art. 3 à 31umcr; M. Russenbergcr, *Kantonalbanken im Umbruch - vom staatlichen Institut zur privaten Aktiengesellschaft*, SZW 1/95, eh. 2, p. 10; § 3 de la loi soleuroise du 4 décembre 1994 sur la privatisation de la Banque cantonale solcuroise, *Solothurnisches Amtsblatt* du 23 décembre 1994; cf. à ce sujet J. Bühlmann, à l'endroit précité, note 45, p. 154 et p. 300. 58 Art. 25 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021); cf. décision dans le Bulletin de la CFB, N° 18, p. 26 ss 3371

ques⁵⁹. Les autres emplois de l'appellation «banque cantonale» sont jugés par les autorités cantonales⁶⁰. Dans leurs appréciations actuelles, les offices du registre du commerce et l'Institut de la propriété intellectuelle s'appuient déjà sur la définition des banques cantonales figurant à l'article 3a, 1er alinéa, de la loi sur les banques. Si une banque répond à cette définition, elle a le droit d'utiliser l'appellation «banque cantonale» dans sa raison sociale et à d'autres fins commerciales. Le maintien d'une définition légale dans la législation bancaire permet aux offices du registre du commerce et à l'Institut de la propriété intellectuelle de conserver leur système d'appréciation actuel. Il garantit aussi que l'utilisation commerciale de cette appellation sera jugée de manière uniforme. En vertu de cette réglementation, peuvent à l'avenir employer l'appellation «banque cantonale» les banques cantonales jouissant d'une garantie intégrale de l'Etat ainsi que celles bénéficiant d'une garantie limitée ou sans garantie de l'Etat qui ont reçu en tant que banque cantonale une autorisation de la Commission des banques. La mention de la limitation de la garantie dans la raison sociale n'est pas obligatoire. Etant donné qu'il faudra réviser les législations cantonales et informer largement le public de la limitation ou du retrait de la garantie de l'Etat⁶¹, il n'y a pas lieu de craindre que le public soit induit en erreur et la concurrence faussée du fait qu'un établissement continuera à s'appeler «banque cantonale». 23 Autorisation obligatoire, conditions d'autorisation, surveillance (art. 3a, 2e et 3e al., LB)

231 Introduction A côté des exceptions au niveau de l'ordonnance relatives aux exigences en matière de fonds propres, l'autorisation obligatoire représentera une autre différence entre les banques cantonales bénéficiant de la garantie intégrale de l'Etat et celles dépourvues d'une telle garantie. Les premières continueront de ne pas être tenues de disposer d'une autorisation, contrairement aux secondes. Il sera possible en tout temps de passer ou de retourner au statut de banque jouissant de la garantie intégrale de l'Etat pour bénéficier de la réglementation d'exception mentionnée. Pour que la garantie intégrale de l'Etat puisse être accordée, il suffira que l'autorité compétente crée les bases nécessaires dans la législation cantonale.

232 Autorisation obligatoire et conditions d'autorisation Exempter les banques cantonales de l'autorisation obligatoire ne se justifie que si elles jouissent de la garantie intégrale de l'Etat, étant donné que le canton se porte garant. 59 Art. 940 et 944 CO, art. 2, lot. d, de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (loi sur la protection des marques, LPM; RS 232.11) et art. 8 de la loi fédérale du 5 juin 1931 pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics (RS 232.21); art. 2, 1er al., let. b de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (LIP1; RS 172.010.31; RO 1995 5050). 60 Art. 15 de la loi pour la protection des armoiries publiques et autres signes publics. 6" Cf. ch. 227. 3372

Lorsque les banques cantonales ne bénéficient pas de la garantie intégrale, une dérogation ne se justifie pas. Il leur faut donc obtenir l'autorisation de la Commission des banques pour débiter ou poursuivre leurs activités, autorisation qui peut aussi leur être retirée. L'acte légal ou l'acte de fondation a valeur constitutive lors de la création d'une telle banque cantonale⁶². Mais l'entrée en activité et l'inscription requise au registre du commerce⁶³ nécessitent l'autorisation préalable de la Commission des banques⁶⁴, qui n'est accordée que si la banque remplit les conditions fixées à l'article 3 de la loi sur les banques. L'obligation de demander une autorisation pour entrer en activité vaut aussi pour les banques cantonales qui passent d'une garantie d'Etat intégrale à une garantie limitée, voire nulle, sans changer pour autant de forme juridique. Les banques cantonales disposant de la garantie intégrale de l'Etat devront également répondre en tout temps aux conditions d'autorisation mentionnées à l'article 3, 2e et 3e alinéas, de la loi sur les banques. Par conséquent, les exigences correspondant à ces conditions devront être fixées dans les bases légales cantonales et dans les bases juridiques de la banque (p. ex. loi sur la banque cantonale, statuts, règlements d'organisation). La Commission des banques examinera et vérifiera si les banques y satisfont. Les banques cantonales ne seront soumises au contrôle des organes de surveillance cantonaux qu'en ce qui concerne la surveillance de l'application des normes purement cantonales (mandat de prestations).

233 Surveillance Pour assurer une protection suffisante des créanciers et des contribuables, il faut que les banques cantonales soient toutes traitées sur le même pied que les autres banques du point de vue de la surveillance. Une dérogation à la surveillance de la Commission des banques n'est plus justifiée dans la perspective d'une protection systématique de tous les preneurs de risques (créanciers, autorités compétentes et contribuables). Comme l'ont montré les difficultés de certaines banques cantonales, le problème provenait largement de défauts au niveau de la direction et du contrôle des établissements. Par égard pour des intérêts ne relevant pas directement des affaires bancaires, on a parfois prêté trop peu d'attention à leur sécurité financière et à leur rentabilité à long terme. Etant donné la conscience imparfaite des risques, due à l'existence de la garantie de l'Etat et à l'absence d'une surveillance professionnelle permettant une réaction rapide, il est impératif que les banques cantonales jouissant d'une

garantie intégrale de l'Etat soient également soumises à la surveillance de la Commission des banques. Il faut donc obligatoirement placer toutes les banques cantonales sous la surveillance illimitée de la Commission des banques, comme les autres banques, ce qui implique les sanctions correspondantes. Ainsi, sauf en cas de liquidation de banques cantonales bénéficiant de la garantie intégrale de l'Etat⁶⁵, la Commission des banques peut prendre à leur égard toutes les mesures prévues par la loi sur les banques pour réta- 62 Pour la fondation d'un établissement de droit public et d'une société anonyme de droit spécial, l'acte légal cantonal est constitutif. Pour la fondation d'une société anonyme de forme mixte et d'une société anonyme aux termes des art. 620 ss CO, l'inscription au registre du commerce fait foi. 63 ATF115Ib237, a 3. 64 Art. 3, 1er al., LB. 65 Cf. ch. 25. 3373

blir l'état légal⁶⁶. En dernier recours, elle peut retirer aux banques cantonales ne jouissant pas de la garantie intégrale de l'Etat l'autorisation d'exercer leur activité, ce qui entraîne leur dissolution⁶⁷. Par contre, comme les banques cantonales disposant de la garantie intégrale de l'Etat ne sont pas soumises à l'autorisation, la Commission des banques ne peut alors que leur interdire partiellement ou entièrement de poursuivre leur activité. La liquidation ou la restructuration relèvent ensuite des cantons. 24 Prescriptions relatives aux réserves et aux fonds propres 241 Introduction Pour améliorer encore la protection des contribuables et des créanciers, la soumission obligatoire à la surveillance de la Commission des banques est complétée par l'abrogation, pour toutes les banques cantonales, donc aussi pour celles bénéficiant de la garantie intégrale de l'Etat, des dispositions particulières sur la constitution de réserves (art. 5, 2e al., LB) et des dispositions concernant la responsabilité (art. 38, 1er al., LB). 242 Prescriptions relatives à la constitution de réserves (art. 5, 2e al., LB) . D'après la réglementation actuelle, les dispositions particulières de l'article 5 de la loi sur les banques, relatives à la constitution de réserves, ne s'appliquent pas aux banques cantonales. Une grande partie des banques cantonales disposent en fait de réserves conformes à la loi, sans y être pour autant tenues par le droit fédéral. Mais comme l'a montré notamment la crise du secteur immobilier, certaines banques cantonales n'avaient pas constitué les réserves qui auraient été nécessaires pour couvrir ces risques particuliers et compenser d'éventuelles pertes, ce qui, comme on s'en souvient, leur a causé de graves difficultés. Pour éviter que cette situation ne se reproduise, les banques cantonales seront désormais tenues de constituer les mêmes réserves que les autres banques. Ainsi, on évitera aussi dans une large mesure que les cantons ne se voient contraints - malgré la suppression de la garantie intégrale de l'Etat ou une garantie partielle entraînant la disparition de l'obligation légale - de protéger directement ou indirectement, en recapitalisant la banque, des placements qui ne sont plus garantis formellement. L'article 5, 1er alinéa, de la loi sur les banques prescrit l'alimentation continue d'un fonds de réserve, jusqu'à concurrence d'un cinquième du capital social ou, pour les banques sans capital propre versé, d'un vingtième des fonds de tiers. Selon cette réglementation, les banques cantonales qui ne disposent pas encore des réserves prévues par la loi ne seront pas tenues d'alimenter immédiatement le fonds de réserve lorsque la révision de la loi entrera en vigueur. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir de réglementation transitoire à ce sujet. 66 Art. 231er LB 67 Cf. ch. 25. 3374

243 Prescriptions relatives aux fonds propres exigibles Le droit en vigueur accorde aux banques cantonales dont le canton garantit entièrement les engagements une déduction de 12,5 pour cent des fonds propres exigibles⁶⁸. Cette déduction tient compte entre autres de la garantie de l'Etat, mais affecte tout de même potentiellement les contribuables. En outre,

ces banques cantonales ont la possibilité de considérer comme fonds propres leurs dettes de rang subordonné, aux mêmes conditions que les autres banques, pour autant que ces emprunts de rang subordonné ne soient pas couverts par une garantie de l'Etat, en raison de la renonciation du créancier ou d'une autre manière⁶⁹. Comme les dettes de rang subordonné font office de fonds propres, il est licite de les exclure de la garantie de l'Etat sans compromettre le statut de banque cantonale au sens de l'article 3a, 1er alinéa, de la loi sur les banques⁷⁰. Si le montant des dettes de rang subordonné considérées comme fonds propres atteint ou dépasse 12,5 pour cent des fonds propres exigibles, la déduction accordée pour la garantie de l'Etat disparaît. Sinon, elle diminue en fonction des engagements de rang subordonné considérés comme fonds propres⁷¹. Ces dispositions n'affectent pas la protection des créanciers. Elles sont liées au maintien de la garantie intégrale de l'Etat. Il n'est donc pas opportun de les modifier en raison de la protection des créanciers. La déduction des fonds propres exigibles entraîne certes un accroissement du risque aux dépens de la collectivité, donc des contribuables. Ce déplacement des risques va à rencontre du but recherché, soit la protection des contribuables. Mais comme cette dernière se trouve dans l'ensemble nettement améliorée par les modifications proposées⁷², on peut renoncer à modifier les prescriptions de l'ordonnance sur les banques relatives aux fonds propres. S'il s'avérait que même les mesures prévues par la présente révision étaient insuffisantes pour assurer la protection des contribuables, le Conseil fédéral se verrait obligé d'examiner l'octroi d'une déduction des fonds propres exigibles également pour les banques cantonales bénéficiant d'une garantie intégrale de l'Etat.

25 Dissolution de banques cantonales⁷³ (art. 23i iniquies LB) Comme cela a déjà été mentionné sous chiffre 233, la Commission des banques peut prendre vis-à-vis des banques cantonales toutes les mesures prévues par la loi sur les banques pour rétablir l'ordre légal, à l'exception de la liquidation de banques cantonales disposant d'une garantie intégrale de l'Etat. Ainsi, elle peut retirer aux banques cantonales ne bénéficiant pas de la garantie intégrale de l'Etat l'autorisation de poursuivre leur activité, ce qui entraîne leur dissolution, comme pour les autres banques d'affaires. La dissolution se fonde sur les dispositions de la loi sur les banques - 68 Art. 13, let. b, OB. 69 Art. 11b, 2e al., let. b, OB. 70 Cf. Rapport de gestion CFB 1992, p. 241 ss. 71 Art. 13, let. b, OB. 72 Soumission obligatoire à la surveillance de la CFB, suppression des prescriptions particulières concernant la constitution de réserves et de la responsabilité. 73 Cette section concerne uniquement la dissolution effectuée dans les conditions mentionnées à l'art. 23i iniquies LB. La dissolution consécutive à une faillite n'est pas l'objet de cette réglementation. 3375

74, ainsi que le cas échéant sur les dispositions du code des obligations⁷⁵ et, lorsque des personnes morales du droit cantonal sont concernées, sur le droit cantonal applicable. L'éventuelle abolition des bases juridiques cantonales d'une telle banque est effectuée par l'organe cantonal compétent à cet effet. Dans le cas des banques cantonales disposant de la garantie intégrale de l'Etat, la Commission des banques ne peut en dernière extrémité qu'ordonner la fermeture. Du fait de la garantie de l'Etat, la dissolution de ces banques ne peut pas être ordonnée par les autorités fédérales et effectuée selon les dispositions de la loi sur les banques. Une telle dissolution doit être ordonnée et réalisée par les cantons. En l'occurrence, ils peuvent décider librement des modalités de la dissolution, d'un éventuel assainissement et de la procédure à choisir, ou du rétablissement d'une situation conforme au droit.

26 Dispositions relatives à la responsabilité (art. 38, 1^{er} al., LB) Selon le droit en vigueur, les dispositions de la loi sur les banques relatives à la responsabilité ne s'appliquent pas aux banques cantonales. Comme l'ont montré les difficultés rencontrées par certaines

banques cantonales, le problème provenait dans une large mesure de défauts au niveau de la direction et du contrôle des établissements. Il ne se justifie donc pas que les secteurs qui par le passé ont fréquemment eu une part de responsabilité dans les pertes et les problèmes soient protégés par des réglementations cantonales particulières et soient le cas échéant avantagés par rapport aux organes des autres banques. L'application à toutes les banques cantonales des dispositions de la loi sur les banques relatives à la responsabilité permet d'améliorer le sens du risque de la direction et du contrôle de l'établissement, et donc de renforcer la protection des créanciers et des contribuables. L'abolition de la réserve en faveur du droit cantonal garantit qu'en ce qui concerne les fondateurs, les organes et les responsables des prospectus, seules les dispositions de la loi sur les banques relatives à la responsabilité s'appliquent, et ce directement⁷⁶. En matière de responsabilité, les banques cantonales seront traitées comme les autres banques. D'ailleurs, dans le cas des banques cantonales disposant de la garantie intégrale de l'Etat, la responsabilité civile des fondateurs, des responsables des prospectus et des organes, la réserve figurant à l'article 38, 1er alinéa, de la loi sur les banques, ne revêt aujourd'hui plus qu'une importance théorique. Ainsi, les créanciers n'ont en principe aucune raison de faire valoir une responsabilité des fondateurs et des organes, puisque le canton répond d'éventuelles pertes, indépendamment de la preuve d'une faute des fondateurs et des organes de la banque⁷⁷.⁷⁴ Art. 231 in fine, 2e al, LB. ⁷⁵ Pour les personnes morales du droit privé fédéral. ⁷⁶ Kleiner, à l'endroit précité, n° Ib concernant l'art. 38 LB. ⁷⁷ Kleiner, à l'endroit précité, n° la concernant l'art. 38 LB. 3376

Le rapport interne entre le canton et les personnes qu'il délègue au sein des organes de la banque, ainsi que son éventuel droit de recours envers ces personnes, dépendent des relations juridiques avec celles-ci⁷⁸. ²⁷ Statut spécial des banques cantonales de Genève et de Vaud (dispositions transitoires LB) D'après l'article 3a, 1er alinéa, de la loi sur les banques, la Banque cantonale de Genève et la Banque cantonale vaudoise répondent actuellement à une autre définition que le reste des banques cantonales. Elles ne sont pas obligées de disposer d'une garantie intégrale de l'Etat. En revanche les autorités cantonales sont tenues de participer à leur administration. Le canton de Genève n'assume la garantie que sur les dépôts d'épargne et sur les fonds des caisses de retraite, alors que le canton de Vaud ne garantit pas les dépôts auprès de sa banque ⁷⁹. Cette réglementation spéciale remonte à l'adoption de la loi sur les banques, en 1934: contre l'avis du Conseil fédéral, les Chambres avaient accordé un statut particulier à la Banque cantonale vaudoise, au Crédit foncier vaudois, à la Caisse d'épargne de la République et Canton de Genève, ainsi qu'à la Caisse hypothécaire du canton de Genève, en alléguant l'ancienneté de ces banques et le concours de l'autorité compétente à leur administration ⁸⁰. Par la suite, ce statut spécial n'a pas été remis en question, tant dans les révisions ultérieures de la loi sur les banques ⁸¹ que lors des fusions survenues ⁸². Le statut juridique de ces banques cantonales n'est pas identique en tout point à celui des banques cantonales disposant de la garantie intégrale de l'Etat. Cette distinction est conforme à la constitution et à la loi ⁸³. Ainsi la déduction des fonds propres exigibles y est réglementée autrement que pour les banques jouissant de la garantie intégrale ment selon que la banque cantonale bénéficiait ou non de la garantie de l'Etat⁸⁵. L'article 31 quater, r, 2e alinéa, est., exige seulement qu'on tienne compte du statut spécial des banques cantonales lorsque ce statut existe⁸⁶. Cette disposition constitutionnelle ne crée pas de privilège vis-à-vis des autres banques⁸⁷. Ainsi la législation actuelle permet déjà de distinguer les différentes sortes de banques cantonales. ⁷⁸ L. Schürmann, à l'endroit précité, p.343. La responsabilité de membres délégués dans les organes de sociétés

anonymes de forme mixte et le recours des cantons envers ces membres sont régis par les dispositions de l'art. 762, 4e al, CO. 79 Pour la Caisse d'épargne cantonale vaudoise, gérée par la Banque cantonale vaudoise, le canton de Vaud garantit un maximum de 40 000 francs par déposant, plus les intérêts de cinq ans. 80 Cf. notamment les déclarations des conseillers nationaux Dollfus et Vallotton, Bull. stén. CN 1934, p. 641 ss 81 Cf. p. ex. FF 1970 I 1181, 1994 I 73 ss. 82 La Banque cantonale vaudoise a fusionné avec le Crédit foncier vaudois. La Caisse d'épargne de la République et Canton de Genève a fusionné avec la Caisse hypothécaire du canton de Genève pour donner la Banque cantonale de Genève. 83 ATF 110 Ib 166 ss. 84 Art. 13, let. b, OB. 85 Art. 15, 3e al., LB. Cette disposition a été abrogée avec effet au 1er janvier 1997 dans le cadre de la révision de la LP (RO 1995 1315). 86 ATF 110 Ib 171. 87 Rhinow, à l'endroit précité, art. 311quater, n° 30. 3377

Comme les deux banques cantonales en question ne posent pas de problème de lege lata quant au but principal de la loi sur les banques, à savoir la protection des créanciers⁸⁸, il n'y a aucune raison de modifier leur statut dans l'immédiat. En revanche, leur statut spécial ne sera pas maintenu indéfiniment, mais sera limité à dix ans. Au nom de l'égalité de traitement, ces deux cantons devront avoir décidé, au plus tard à cette échéance s'ils veulent accorder à leurs banques la garantie intégrale de l'Etat ou si ces dernières doivent être traitées comme toutes celles qui sont sans garantie intégrale de l'Etat, c'est-à-dire si elles doivent solliciter une autorisation de la Commission des banques. Du fait de la création de la catégorie des banques cantonales ne bénéficiant pas de la garantie intégrale de l'Etat, il n'y a plus de raison de maintenir indéfiniment le statut spécial de ces deux banques. Pour donner à ces cantons et aux établissements concernés le temps de procéder aux adaptations nécessaires, un délai transitoire de dix ans leur est accordé. Jusqu'à l'échéance de ce délai, les deux banques continueront à être traitées comme les banques cantonales disposant de la garantie intégrale de l'Etat - sauf en matière de fonds propres exigibles, où la déduction ne leur est pas accordée -, cela pour autant qu'elles conservent leur forme juridique actuelle et ne limitent pas la garantie de l'Etat. Si elles modifient leur statut en ce sens, elles seront alors soumises intégralement aux dispositions de la loi sur les banques et seront traitées comme les banques cantonales ne disposant pas de la garantie intégrale de l'Etat. Ainsi la fusion de ces deux banques cantonales, ou leur fusion avec une autre banque, entraînerait la perte de leur statut spécial temporaire, puisqu'elle modifierait leur forme juridique ou la garantie de l'Etat⁸⁹. 28 Réglementation spéciale applicable à la Banque cantonale de Zoug (dispositions transitoires LB) En vertu du § 7 de la loi cantonale du 20 décembre 1973⁹⁰ sur la Banque cantonale de Zoug, le canton doit détenir la moitié du capital-actions de la banque. Afin de rendre l'achat d'actions attrayant pour les particuliers en dépit de la participation majoritaire du canton, ce dernier a inscrit dans la loi une restriction générale de l'exercice du droit de vote, applicable également au canton. Ainsi, un actionnaire déterminé ne peut en aucun cas exercer le droit de vote pour plus du cinquième du total des actions représentées⁹¹. Pour modifier la loi et par conséquent pour pouvoir prendre des décisions importantes concernant la banque, l'accord d'au moins deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et du Grand Conseil est nécessaire⁹². Si l'assemblée générale de la Banque cantonale et le Grand Conseil ne réussissent pas à s'entendre au sujet d'une modification de la loi, la dissolution de la banque cantonale peut être exigée⁹³. 88 Les deux banques ont été placées volontairement sous la surveillance de la Commission des banques. 89 Le statut des banques selon l'ancien droit ne peut pas être transféré à un nouvel établissement. En revanche la reprise, par ces banques cantonales, d'autres établissements, comme cela a déjà été le cas dans le passé, ne devrait en règle générale pas avoir d'incidence sur

leur statut. 90 BGS 651.1 91 § 19, 2e al., loi sur la Banque cantonale de Zoug. 92 § 42, 1er et 2e al., loi sur la Banque cantonale de Zoug. 93 § 42, 3e al. et § 43, loi sur la Banque cantonale de Zoug. 3378

En vertu de cette disposition de la loi sur la Banque cantonale de Zoug, le canton ne dispose pas de plus du tiers des voix et par conséquent pas d'une minorité de blocage lors de l'assemblée générale. Etant donné que l'accord du Grand Conseil est nécessaire, il est cependant garanti que, malgré la restriction du droit de vote à 20 pour cent des voix attribuées aux actions représentées, aucune décision importante concernant la banque cantonale ne peut être prise sans l'assentiment du canton. Le canton de Zoug a ainsi créé des conditions permettant d'atteindre les mêmes objectifs qu'avec un pouvoir de disposition de plus d'un tiers des voix⁹⁴. En conséquence, il ne paraît pas nécessaire d'inciter ce canton à modifier dans l'immédiat la loi au niveau de la restriction de l'exercice du droit de vote.

Toutefois, la réglementation transitoire ne s'appliquera que tant que le canton ne modifiera pas ce qui la justifie. Ainsi, ce dernier ne doit modifier ni la garantie de l'Etat ni l'exercice du droit de vote et la disposition garantissant que des décisions importantes ne peuvent pas être prises sans l'accord du canton doit subsister. 3 Conséquences 31 Conséquences

financières et effets sur l'état du personnel 311 Sur le plan de la Confédération
Conséquences financières Comme tous les autres établissements cantonaux, les banques cantonales sont exonérées de l'impôt fédéral direct⁹⁵. Il faut partir de l'idée que les banques cantonales qui changeront de forme juridique pour devenir des sociétés anonymes ne bénéficieront plus de cette exonération⁹⁶. La modification de la forme juridique des banques cantonales entraînera donc des rentrées supplémentaires sur le plan des impôts directs, en plus des droits de timbre. Le montant de ces rentrées ne peut cependant être estimé, étant donné qu'on ignore combien de banques cantonales vont se transformer, dans quelles conditions, et les montants des rendements qui seront imposés. Effets sur l'état du personnel II ne faut pas escompter que la Commission des banques engagera du personnel supplémentaire du fait de la révision de la loi. Les tâches additionnelles de surveillance découlant de la soumission obligatoire des banques cantonales à la surveillance de la Commission des banques peuvent être assumées par cette dernière dans le cadre de ses activités actuelles. Comme un grand nombre de cantons (15 sur 24) ont déjà placé volontairement leurs banques cantonales sous la surveillance de la Commission des banques, cette dernière n'aura pas un surcroît de travail notable résultant de la soumission obligatoire de toutes les banques cantonales à sa surveillance. 94 Art. 3a, 1er al.: minorité de blocage. 95 Art. 56, let. b, loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFO; RS 642.11). 96 H. Masshardt, Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2e édition, Zurich 1985, eh. 4 concernant l'art. 16; Agner/Jung/Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995, eh. 3 concernant l'art. 56. 3379

312 Sur le plan des cantons et des communes Conséquences financières Comme cela a été exposé sous chiffre 311, la modification de la forme juridique des banques cantonales entraînera une charge fiscale supplémentaire, due à l'impôt fédéral direct, en plus de la charge due aux droits de timbre. Il est impossible d'évaluer de manière générale les autres conséquences financières d'éventuelles modifications de la forme juridique, étant donné que cela dépend des réglementations cantonales. Effets sur l'état du personnel Comme les banques cantonales seront soumises obligatoirement à la surveillance de la Commission des banques, les autorités cantonales de surveillance verront leur charge de travail diminuer. Les incidences sur la charge de travail des cantons dépendront toutefois avant tout de leur

réglementation. Il n'est donc pas possible de prévoir de façon générale quels seront les effets sur l'état du personnel au niveau des cantons, ni comment les éventuelles modifications de la forme juridique des banques cantonales ou leur privatisation (partielle) affecteront les comptes cantonaux. Cela dépendra des conditions fixées par le droit cantonal.

313 Frein aux dépenses Ni la loi sur les banques, ni la révision proposée ne sont soumises au frein aux dépenses, puisqu'il n'est pas prévu de subventions (aides financières ou indemnités).

4 Programme de la législature Le projet n'a pas été annoncé dans le programme de la législature 1995-1999 (FF 1996 II 289). Vu les interventions parlementaires, les problèmes surgis depuis 1995 dans le secteur des banques cantonales et les projets de nombreux cantons relatifs à une réforme de leurs banques, le présent projet doit être considéré comme urgent. Quelques milieux consultés ont souligné que la révision de la loi sur les banques devrait être entreprise sans retard.

5 Contexte international 51 Généralités II n'existe pas, sur le plan international, de réglementations contraignantes visant exclusivement les banques auxquelles les pouvoirs publics participent d'une façon quelconque. Cependant des instances internationales ont déjà émis diverses recommandations concernant les banques cantonales. Les principales sont mentionnées plus bas.

52 Fonds monétaire international: consultations 1996 et 1997 en vertu de l'article IV En vertu de l'article IV de ses statuts⁹⁷, le Fonds monétaire international (FMI) effectue chaque année des consultations auprès de ses membres, consultations qui forment l'essentiel de ses activités de surveillance économique. Elles lui permettent de mieux cerner la situation économique des différents pays et de vérifier si leur politique économique est conforme à leurs engagements en tant que membres du FMI. A l'occasion de la quatrième consultation consacrée à la Suisse, le FMI a demandé des informations sur le statut des banques cantonales et sur ses éventuelles modifications envisagées dans le rapport du Conseil fédéral et dans celui de la Commission de la concurrence de 1995. Le FMI a été informé en octobre 1996 du statut juridique des banques cantonales et de l'institution d'une commission d'experts. Dans sa prise de position synthétique, la délégation du FMI concluait que les banques cantonales peuvent représenter une charge financière pour les cantons et qu'il faudrait chercher un équilibre en matière de protection des contribuables et des créanciers. Selon le résumé fourni par le directeur général, les directeurs exécutifs du FMI auraient exprimé leur inquiétude quant aux bases financières des banques cantonales et à leurs incidences éventuelles sur les finances cantonales. Les autorités responsables devraient être encouragées à prendre des mesures pour éviter les distorsions de la concurrence et pour améliorer la gestion et la présentation des comptes des banques cantonales. La situation exigerait un examen approfondi de la part des autorités fédérales et cantonales de surveillance. A l'occasion des consultations de 1997, le FMI a de nouveau posé la question concernant les banques cantonales. Il a été informé au sujet des modifications prévues de la loi sur les banques, portant sur les points suivants: soumission à la surveillance de la Commission des banques, possibilité de renoncer à la garantie de l'Etat, délimitation de l'autorisation et abrogation des dispositions spéciales relatives à la constitution de réserves et à la responsabilité. Dans son rapport final, le FMI approuve les modifications proposées.

53 OCDE: Etudes économiques 1995⁹⁸ Dans son étude économique de 1995 sur la Suisse, l'OCDE s'est aussi penchée sur les établissements de droit public^Q. L'étude constate qu'à travers les banques cantonales, les pouvoirs publics détiennent des participations considérables dans le secteur bancaire. Du fait des limitations imposées aux activités des banques cantonales et de leur incapacité à tirer pleinement parti de l'internationalisation de

l'industrie financière, la productivité de ces établissements a été médiocre par rapport à celle des autres banques. La garantie de l'Etat et le fait que les banques cantonales bénéficient d'exemptions à la législation sur les banques ne sont pas considérés avantageux dans la mesure où ils n'encouragent guère une gestion prudente. A la suite de la crise de l'immobilier et 97 RS 0.979.1; RO 1992 2571 98 Etudes économiques de l'OCDE, Suisse 1995, OCDE, Paris 1995. 99 Etudes économiques, p. 88 ss; sur les banques cantonales, p. 110 ss. 3381

du manque de réserves pour éponger les pertes, certaines banques cantonales ont connu de graves difficultés. Ces événements ont suscité des doutes quant au bien-fondé de l'existence des banques cantonales. Certains autres Etats membres de l'OCDE ont constaté que les établissements bancaires de droit public bénéficiant de la garantie de l'Etat connaissent des problèmes en matière de conscience des risques et de surveillance - problèmes qu'on ne saurait comparer à ceux des banques privées. L'étude arrive donc à la conclusion que les banques cantonales pourraient atteindre de manière plus efficace des objectifs d'intérêt public grâce à des dotations budgétaires directes. Les autorités locales seraient ainsi contraintes de définir plus clairement les objectifs d'intérêt public. Ainsi, il serait possible de mieux évaluer les ressources engagées. La privatisation envisagée par quelques cantons serait donc un moyen d'améliorer l'efficacité et elle permettrait à tous les acteurs du secteur bancaire de lutter à armes égales. 54 Comité de Baie sur le contrôle bancaire 100 Dans ses «Core Principles for Effective Bank Supervision», publiés en avril 1997, le Comité de Baie sur le contrôle bancaire (Comité de Baie) mentionne que toutes les banques devraient être soumises aux mêmes règles de gestion et de surveillance, indépendamment de leur détenteur. Par ailleurs, le statut particulier des banques d'Etat devrait être reconnu. Le fait de disposer de fonds publics peut représenter un avantage et une amélioration de la position de ces banques. Mais il faut admettre d'autre part qu'en raison de l'existence de ces fonds des problèmes se posant au sein de la banque ne sont pas décelés à temps et que la discipline au niveau du marché est moins efficace que dans les autres banques. L'existence de tels fonds publics peut notamment conduire à prendre des risques exagérés. Pour protéger les contribuables et le système de crédit, il serait donc très important que les banques d'Etat soient soumises aux mêmes instances et critères de surveillance que les autres banques 101. 55 Relation avec le droit européen 551 Communauté européenne Sur la base de l'article 61, 2e alinéa, du Traité de la CE et dans le sillage de la libéralisation de la circulation des capitaux, un droit bancaire européen largement harmonisé s'est développé. Les exigences minimales en matière d'admission transfrontalière et le droit en matière de surveillance ont notamment été unifiés au travers des 100 Formé en 1975 par les gouverneurs des instituts d'émission du Groupe des Dix, le Comité de Baie se compose de hauts fonctionnaires des autorités de surveillance des banques et des instituts d'émission d'Allemagne, de Belgique, du Canada, des Etats-Unis, de France, de Grande-Bretagne, d'Italie, du Japon, du Luxembourg, de Suède et de Suisse. L'UE dispose d'un statut d'observateur. La Suisse est représentée par le directeur du Secrétariat de la Commission des banques et par un directeur de la Banque nationale. 101 «Core Principles for Effective Bank Supervision», Appendix I, Special Issues Related to Government-owned Banks, Comité de Baie pour la surveillance des banques, avril 1997. Traduction dans le Bulletin de la CFB, N° 33, p. 203. 3382

directives concernant l'harmonisation du marché bancaire 102. Le droit communautaire ne remet pas en question le statut particulier des établissements bénéficiant de la garantie de

l'Etat. Il tient également compte de leur position particulière inscrite dans les droits nationaux. Il exclut ainsi à demeure de l'application des directives concernant l'harmonisation du droit bancaire les activités des établissements de droit public énumérés dans la première directive de coordination¹⁰³ ou il leur accorde au moins un statut spécial, qui ne permet qu'une application très limitée des actes législatifs concernés¹⁰⁴.⁵⁵²

Allemagne Les banques dites publiques de la République fédérale d'Allemagne¹⁰⁵ ont comme forme juridique l'institution (Anstalt), la corporation de droit public ou la banque par actions. Les propriétaires de ces banques sont essentiellement les Länder (banques des Länder), ainsi que les associations de caisses d'épargne et de virement. La participation des pouvoirs publics va de la propriété exclusive du Land à celle à cent pour cent des associations de caisses d'épargne et de virement. Les établissements de promotion ou de crédits spéciaux sont aux mains de l'Etat fédéral ou des Länder. Le domaine d'activité principal des banques publiques est ce qu'on appelle la promotion, c'est-à-dire l'octroi de crédits et de cautions à des conditions avantageuses, dans l'intérêt public¹⁰⁶. A part cela, elles sont devenues, avant tout dans le cas des banques des Länder, des banques universelles opérant sur le plan régional. Les tâches des établissements bancaires publics sont fixées dans leurs statuts. Il existe deux formes de responsabilité civile pour ces banques. La première «Anstaltslast» garantit la poursuite du bon fonctionnement sous l'angle financier et elle ne s'applique qu'aux rapports entre l'établissement bancaire et son détenteur ¹⁰⁷. La seconde «Gewährsträgerhaftung» est une garantie illimitée (du point de vue du montant) et immédiate des pertes, assumée par le détenteur envers les créanciers, et elle couvre tous les engagements de la banque publique¹⁰⁸. L'«Anstaltslast» relève du droit coutumier et elle n'est inscrite que partiellement dans la loi; la «Gewährsträgerhaftung» est fixée dans les bases juridiques des banques. Si une banque publique dotée de la «Gewährsträgerhaftung» se transforme en banque de ¹⁰² Première directive de coordination: 77/780/CEE - JOCE n° L 322/1977 p. 30, modifiée en dernier lieu par la directive: 96/13/CE-JOCE n° L 66/1996 p. 15; deuxième directive de coordination: 89/646/CEE - JOCE n° L 386/1989 p. 1; directive 92/30/CEE sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée - JOCE n° L 110/1992 p. 52. ¹⁰³ Cf. art. 2, 2e al., première directive de coordination, les révisions mentionnées, et art. 2, 2e al., 2e directive de coordination, ainsi qu'art. 2 directive 92/30/CEE sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée - JOCE n° L 110/1992 p. 54. ¹⁰⁴ Art. 2 directive 92/30/CEE sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée - JOCE n° L 110/1992 p. 54: traitement comme des établissements financiers et non comme des établissements de crédit. ¹⁰⁵ Etablissements de promotion et de crédits spéciaux, Banques des Länder/Centrales de virement, Banques SA et Caisses d'épargne. ¹⁰⁶ Exemple: promotion à la construction de logements et à l'agriculture, financement de projets écologiques, création de nouvelles entreprises, etc. ¹⁰⁷ Exemple: compensation d'un éventuel bilan négatif. ¹⁰⁸ Y compris les engagements des succursales allemandes et étrangères, mais non ceux des filiales. 3383

droit privé¹⁰⁹, cette forme de responsabilité est maintenue pour les engagements existant au moment de la transformation, mais non pour les nouveaux¹¹⁰. En Allemagne aussi, la raison d'être des banques publiques en tant que partie des pouvoirs publics a été mise en question ces dernières années. On a fait valoir notamment des arguments relatifs à la concurrence et à la fiscalité (produit de la privatisation) en faveur de la privatisation. Le mandat public de ces établissements et notamment le fait d'assurer une offre suffisante de services bancaires ont en partie été considérés comme étant démodés. Cette critique n'a cependant pas entraîné davantage de privatisations de banques publiques. Cela est probablement dû au fait que le

rôle de ces établissements en tant que régulateurs de la concurrence dans le contexte régional, ainsi que comme banque d'Etat et banque de proximité des Länders, communes et entreprises régionales, passe pour plus important aux yeux de leurs détenteurs que les avantages éventuels d'une privatisation"1. 553 Principauté de Liechtenstein Le droit des prestations financières liechtensteinois a été adapté en raison de l'adhésion, le 1er mai 1995, de la Principauté à l'Espace économique européen (EEE), adhésion qui impliquait l'adoption de diverses directives de l'Union européenne. Ainsi la loi de 1961 sur les banques et les caisses d'épargne (désormais loi sur les banques et les sociétés financières), qui s'inspirait du droit suisse, a été entièrement révisée. Parallèlement à la révision de la loi sur les banques, le statut juridique de la Liechtensteinische Landesbank a été revu. Par la loi du 21 octobre 1992, cette banque détenue par l'Etat a été transformée en société anonyme et privatisée partiellement, et la garantie de l'Etat a été limitée"2. La Liechtensteinische Landesbank est désormais soumise entièrement à la loi sur les banques. 554 Autriche, France, Italie Ces Etats avaient naguère une activité bancaire considérable. La participation des pouvoirs publics allait de la propriété exclusive de l'Etat à une participation plus ou moins poussée de l'Etat ou d'entreprises étatiques dans des établissements bancaires. Depuis quelques années, ces Etats s'efforcent de privatiser les banques publiques, en plus des autres entreprises et participations étatiques, ou de réduire leur participations dans les banques. Les raisons en sont essentiellement d'ordre fiscal 109 Cf. § 385a Aktiengesetz. 110 Cf. § 303, 2e al., Umwandlungsrecht. " En raison d'une initiative de banques privées allemandes, la Commission européenne examine actuellement si le statut spécial des banques publiques (responsabilité et moyens financiers des pouvoirs publics) est approprié du point de vue de la concurrence et si une modification du droit de l'UE est nécessaire. Les résultats de ces examens ne sont pas encore disponibles. 112 Cette garantie ne couvre plus que les avoirs d'épargne auprès de la banque ainsi que les obligations de caisse de cette dernière, au cas où ses fonds ne suffiraient pas (art. 5, loi du 21 octobre 1997 sur la Liechtensteinische Landcsbank). 3384

(alimentation des caisses publiques grâce au produit des ventes et des privatisations), à côté de la libéralisation visée 113. 6 Bases juridiques 61 Constitutionnalité et légalité La compétence de la Confédération pour modifier la loi en question découle de l'article 31quater, est. L'article 31quater 2e alinéa, est., oblige la Confédération à «tenir compte du rôle et de la situation particulière des banques cantonales» dans la législation bancaire. Une prise en compte de la situation particulière des banques cantonales n'est donc requise que si une telle situation existe114. La disposition constitutionnelle n'autorise pas à privilégier les banques cantonales par rapport à d'autres banques115. Il faut donc, aujourd'hui déjà, distinguer les différentes catégories de banques cantonales et tenir compte des différences entre celles-ci et les autres banques. Plus les banques cantonales ressemblent aux autres banques ordinaires, moins il est justifié - en vertu de l'article 31quater, 2e alinéa, est. - de leur accorder un statut particulier dans le droit fédéral. La révision proposée laisse aux cantons une grande liberté quant au statut qu'ils entendent conférer à leurs banques dans le droit cantonal (garantie de l'Etat, forme juridique, mandat de prestations, participation plus poussée du canton). Du fait de l'octroi de la déduction des fonds propres exigibles et de l'exemption de l'obligation d'obtenir une autorisation, le droit fédéral tient compte de manière adéquate du statut, inscrit dans le droit cantonal, des banques cantonales bénéficiant de la garantie intégrale de l'Etat. Le principe de l'article 31quater 2e alinéa, est. est donc respecté, dans la mesure où la protection des créanciers et des contribuables le permet. 62 Délégation du droit de légiférer Le projet ne comprend aucune délégation du

droit de légiférer au Conseil fédéral ou à une autre autorité. 113 OECD Wirtschaftsberichte, Österreich 1995, OCDE Paris 1995, p. 104 s.; Etudes économiques de l'OCDE, Autriche 1989/90, OCDE Paris 1990, p. 40 et 51; Etudes économiques de l'OCDE, France 1997, OCDE Paris 1997, p. 132 ss; Etudes économiques de l'OCDE, Italie 1994, OCDE Paris 1993, notamment p. 69 ss. 114 ATF 110 Ib 171 1 115 Rhinow, in Commentaire de la Constitution fédérale, art.31quater, n° 30. 3385

B. Surveillance transfrontalière des banques, des bourses et des négociants en valeurs mobilières (inspections sur place) I Partie générale II Situation initiale III

Internationalisation des activités financières L'activité internationale des banques et des intermédiaires financiers s'est renforcée de manière croissante au cours des dernières années. Cette tendance vers la mondialisation, qu'on constate partout dans le monde concerne également les banques suisses, à savoir les banques dont la maison mère ou le siège est en Suisse et sur lesquelles la Commission des banques assume la surveillance consolidée. Elle est particulièrement impressionnante en ce qui concerne les deux grands groupes bancaires helvétiques. L'essentiel de leur activité s'exerce au plan international. Cette évolution s'est encore accentuée au cours des dernières années. 63 pour cent de leurs actifs et 57 pour cent de leurs passifs se trouvent à l'étranger (tous les chiffres se rapportent à l'année 1996). Environ 25 pour cent (1992: 19%) de leurs 89 000 collaborateurs travaillent à l'étranger, où ils réalisent 32 pour cent (1995: 30%) des résultats. De 1992 à 1996 le réseau des établissements⁶ étrangers s'est en outre bien plus développé que le réseau suisse (47% contre 6%). D'un autre côté, l'internationalisation croissante des activités financières a également un impact en Suisse, pays d'accueil traditionnel des banques étrangères. Le nombre de filiales et de succursales suisses de banques étrangères a augmenté entre 1987 et 1996 de 23 pour cent, pour passer à 157. Leur participation au total des bilans a certes diminué de 9 pour cent environ au cours des dix dernières années. Mais dans certains domaines d'activité, les banques étrangères disposent d'une part de marché considérable. Elles détiennent plus de la moitié des placements fiduciaires opérés par l'intermédiaire de banques suisses et environ 16 pour cent des fonds en dépôt (y compris les dépôts fiduciaires). Leur position dans le domaine de la gestion de fortune, si important pour l'ensemble de la place financière, est par conséquent remarquable. Il ressort d'enquêtes effectuées par l'Association des banques étrangères en Suisse que 85 pour cent environ de l'activité des banques étrangères en matière de gestion de fortune concerne des investisseurs privés, qui sont domiciliés en majorité à l'étranger. 112 Les instruments de la surveillance transfrontalière Les banques, qui opèrent de manière croissante au niveau international, ne sont pas soumises à des autorités de surveillance internationales. Ce sont au contraire les autorités de surveillance organisées au plan national qui se trouvent confrontées à l'exigence d'adapter leurs instruments de surveillance à l'activité internationale des intermédiaires financiers qu'elles surveillent et à l'imbrication croissante des marchés financiers. En matière de surveillance bancaire, le Comité de Baie sur le contrôle bancaire, qui fait autorité au plan international, traite depuis des décennies des questions liées à ce problème. Il a établi en plusieurs étapes des principes en vue d'une surveillance efficace des banques opérant au niveau international, parmi lesquels il faut évoquer 116 En ce qui concerne la notion d'établissement: Cf. Partie B, ch. 228. 3386

plus particulièrement le «Concordat de Baie» et, en raison de leur actualité, les «recommandations de Stockholm» de juin 1996 et les «Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace» de septembre 1997⁷. Aux termes de ces recommandations,

les mesures suivantes devraient être prises: - Toutes les banques opérant au niveau international doivent être surveillées, dans leur pays d'origine, par une autorité qui est en mesure d'assurer la surveillance consolidée. — Les autorités des pays d'origine et d'accueil doivent s'informer réciproquement lorsqu'une banque opérant au niveau international connaît de sérieux problèmes. - La création d'un établissement bancaire à l'étranger doit être au préalable autorisée tant par l'autorité de surveillance du pays d'accueil que par celle du pays d'origine de la banque. - Un échange d'informations sera possible non seulement entre autorités de surveillance bancaire mais également entre autorités de surveillance bancaire et de surveillance des marchés financiers. - Les autorités qui exercent la surveillance incombant au pays d'origine doivent avoir le droit de récolter des informations auprès des établissements à l'étranger de banques ou de groupes bancaires dont elles sont responsables en leur qualité d'autorité d'origine. Une autorité de surveillance dispose en principe de différents moyens pour se procurer des informations relatives aux établissements à l'étranger des groupes bancaires pour lesquels elle assume la surveillance consolidée ou pour les contrôler. Elle peut: - exiger les informations de la banque mère, organisée selon le droit de son pays¹¹⁸, informations que celle-ci devra à son tour se procurer directement auprès de son établissement à l'étranger ou demander à son organe de révision interne ou externe de lui fournir; - emprunter la voie de l'entraide administrative et demander à l'autorité d'accueil de recueillir les informations auprès de l'établissement directement ou par l'intermédiaire d'un organe de révision, et de les lui transmettre; - mandater un organe de révision pour recueillir et examiner les informations; — procéder elle-même à un contrôle direct auprès de l'établissement étranger («inspection sur place»), que ce soit seule ou en collaboration avec l'autorité d'accueil. Dans tous les cas, les autorités concernées doivent s'informer de manière complète et ouverte sur leurs enquêtes. Pendant de longues années, le Comité de Baie a considéré que chacune de ces méthodes de collecte des informations était suffisante en elle-même. Depuis 1992 et en particulier à la suite des insuffisances qui ont été constatées dans la surveillance dans 117 Relevons notamment les textes suivants: Principes pour la surveillance des établissements bancaires à l'étranger (mai 1983, dits «Concordat de Baie»); Moyens d'assurer des échanges d'informations adéquats entre autorités de contrôle bancaire (complément d'avril 1990 au Concordat de Baie de 1975/1983, Bulletin CFB 22, p. 56); Echanges d'informations entre les autorités de contrôle des activités bancaires et les organismes de surveillance des marchés des valeurs mobilières (avril 1990, Bulletin CFB 22, p. 80); Normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger (juin 1992, dit «Amendement BCCI», Bulletin CFB 23, p. 52); Surveillance des activités bancaires transfrontières (octobre 1996, recommandations de Stockholm, Bulletin CFB 31, p. 57); Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace (septembre 1997, Bulletin CFB 33, p. 139). 118 Le Tribunal fédéral a admis une telle demande de renseignements émanant de la CFB danssonATF108Ib519. 3387

les cas de la Bank of Commerce and Crédit (BCCI)¹¹⁹ et de Barings¹²⁰, on demande au plan international, de manière de plus en plus insistante, que les autorités du pays d'origine aient la possibilité de procéder elles-mêmes à des contrôles directs «sur place» auprès des établissements à l'étranger des banques internationales qu'elles surveillent. Dans le cas de la BCCI comme dans celui de Barings, ce sont des actes frauduleux commis hors du pays d'origine qui ont provoqué l'effondrement économique des établissements. Cette évolution a trouvé son apogée dans les 29 recommandations relatives au contrôle bancaire transfrontière («recommandations de Stockholm»¹²¹) qui ont été rendues publiques à

Stockholm en juin 1996 lors de la Conférence internationale des autorités de contrôle bancaire. Les 29 recommandations de Stockholm visent à améliorer la surveillance des risques de l'activité bancaire et à assurer la stabilité des établissements individuels de crédit et du système financier. Les points essentiels de ces recommandations sont les suivants: - Sous réserve que l'identité de la clientèle soit convenablement protégée, les autorités du pays d'origine devraient pouvoir, à leur discrétion et après consultation des autorités du pays d'accueil, mener des inspections sur place, afin de pouvoir exercer une surveillance consolidée globale efficace (recommandations, § 19). - Le rapport ne distingue pas entre succursales et filiales et les traite de la même manière, les qualifiant uniformément d'«établissements à l'étranger» (recommandations, § 17), et approuve de manière générale l'exécution d'inspections sur place (recommandations, § 19). - Dans le cadre de la surveillance consolidée, les autorités d'origine devraient également avoir la possibilité, avec le consentement de l'autorité du pays d'accueil et dans les limites du cadre juridique de ce dernier, d'avoir accès aux noms des déposants ou des investisseurs et aux données pertinentes relatives aux comptes de dépôts ou d'investissement concernés (recommandations, § 19). L'accès des autorités du pays d'origine aux informations concernant les débiteurs devrait être illimité (recommandations, § 8). - Les autorités des pays d'accueil dont la législation nationale n'autorise pas les inspections sur place effectuées par des autorités d'autres pays doivent agir de telle sorte que cette situation soit modifiée (recommandations, § 12). En ce qui concerne l'exécution des inspections sur place, les recommandations de Stockholm¹²² proposent une procédure standardisée: - L'autorité du pays d'origine informe l'autorité du pays d'accueil de son intention d'effectuer une inspection auprès d'un établissement situé dans ce dernier. - Elle lui explique l'objet de cette visite et précise les aspects de l'établissement qu'elle souhaite examiner. - Elle s'engage envers l'autorité du pays d'accueil à utiliser les informations obtenues au cours de la visite exclusivement à des fins prudentielles spécifiques et, dans la mesure où cela est compatible avec la réglementation en vigueur, à ne pas " Le 5 juillet 1991, les autorités de surveillance bancaire ont, au cours d'une action concertée sous la direction de la Bank of England, fermé le groupe bancaire BCCI actif dans environ 70 pays en raison des activités frauduleuses de leur haute direction. Cf. Rapport de gestion CFB 1991, p. 225 ss. 120 Au printemps 1995 le public a appris que la banque d'investissement britannique «Barings Brothers» était confrontée à une perte de plus de 800 millions de £ à la suite des activités non autorisées d'un courtier auprès d'une filiale située en Asie, ce qui a causé la perte de l'indépendance de la banque. Cf. Rapport de gestion CFB 1995, p. 122. 121 Cf. note 117. 122 Annexe A du rapport de Stockholm. 3388

les communiquer à des tiers sans le consentement préalable de l'autorité du pays d'accueil. - Celle-ci indique à l'autorité du pays d'origine tout domaine où l'accès à l'information est normalement restreint (par ex. les renseignements nominatifs sur la clientèle). Elle précise les dérogations dont l'autorité du pays d'origine pourrait avoir besoin. - L'autorité du pays d'accueil a la faculté mais non l'obligation d'accompagner l'autorité du pays d'origine durant l'inspection. - Le cas échéant, elle l'informe des procédures à suivre pour se conformer à la réglementation nationale; lorsque cela est nécessaire ou approprié, elle lui apporte son aide dans l'application de ces procédures afin d'assurer une exécution rapide de l'inspection. Une enquête effectuée par le Comité de Baie en 1996 a établi que la grande majorité des 127 Etats interrogés admettent déjà, en leur qualité de pays d'accueil de banques étrangères, les inspections sur place effectuées par les autorités des pays d'origine. Ces contrôles directs, qui peuvent être soumis à des conditions variées, doivent de nos jours être considérés

comme un standard minimal international de surveillance. Le Comité de Bâle appelle ainsi dans ses «Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace», rendus publics en septembre 1997, toutes les autorités des pays d'accueil à intervenir pour faire modifier les textes légaux lorsque ceux-ci posent des obstacles de principe à l'échange d'informations et aux inspections sur place¹²³. Relevons qu'en vue de la Conférence internationale des autorités de contrôle bancaire de 1998, une enquête relative à l'application des recommandations de Stockholm doit avoir lieu. On ne peut exclure que la Suisse donne une mauvaise image d'elle-même si elle devait toujours faire partie des rares pays qui s'opposent purement et simplement aux inspections sur place et ne respectait de la sorte pas les recommandations de Stockholm et les «Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace» sur ce point. 12 Situation juridique en Suisse Deux des instruments précités de surveillance transfrontalière des banques ou des négociants en valeurs mobilières sont, à l'heure actuelle, déjà ancrés dans le régime juridique de la Suisse. Il s'agit de la transmission d'informations d'un établissement suisse vers sa maison mère étrangère¹²⁴ et de l'entraide administrative internationale¹²⁵. Les contrôles directs exécutés par les autorités du pays d'origine en Suisse n'ont en revanche pas de base légale expresse. 121 Transmission d'informations d'un établissement suisse vers sa maison mère étrangère L'article 4quinquies LB, calqué sur l'article 23sexies LB, autorise et régit la transmission d'informations des établissements vers leur maison mère. Lorsque l'on a introduit cette disposition, lors de la révision de 1994 de la loi sur les banques, on visait la 123 Cf. note 117, commentaire du principe 25. 124 Art. 4tuiruluies LB. 125 Art. 23sexios LB; art. 38 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1). 3389

transmission d'informations d'un établissement suisse à sa maison mère étrangère. Elle est cependant applicable également au transfert de renseignements à l'intérieur des groupes bancaires suisses. En application de cette disposition, les établissements en Suisse peuvent transmettre à leurs maisons mères étrangères, qui sont surveillées à l'étranger par une autorité de surveillance des banques ou des marchés financiers, les informations et documents non accessibles au public qui sont nécessaires à la surveillance consolidée. L'information ne circule pas entre les autorités de surveillance mais entre l'établissement en Suisse et la banque mère étrangère. Elle sert au contrôle interne que celle-ci exerce sur le groupe. Mais l'article 4quinquies jjg autorise aussi l'utilisation des informations à des fins de surveillance directe des banques ou d'autres intermédiaires financiers soumis à une autorisation obligatoire. Par ce biais, des renseignements concernant des clients peuvent donc être échangés sans l'assentiment de ces derniers. La disposition légale permet également une transmission informelle d'informations de la banque mère étrangère à son autorité de surveillance. Les renseignements obtenus par le biais de l'article 4quinquies LB peuvent par conséquent également être utilisés par les autorités étrangères pour la surveillance transfrontalière. L'échange d'informations entre les succursales suisses et le siège principal de la banque à l'étranger ne fait pas expressément l'objet de la réglementation de l'article 4quinquies LB. Compte tenu du manque d'autonomie juridique de la succursale, dont tous les clients doivent être conscients, il est cependant admissible au moins dans la même mesure qu'à l'intérieur de l'établissement. 122 Entraide administrative internationale Les dispositions récentes relatives à l'entraide administrative internationale¹²⁶ en matière bancaire ou boursière et dans le domaine des fonds de placement autorisent la Commission des banques à demander des informations confidentielles aux autorités étrangères de surveillance et à en transmettre à ces autorités, à certaines conditions fixées dans la loi: les

informations et documents obtenus ne peuvent être utilisés qu'à des fins de surveillance directe; l'autorité étrangère de surveillance doit en outre être liée par le secret professionnel ou le secret de fonction; enfin, l'autorité étrangère ne peut divulguer ou retransmettre les informations obtenues qu'avec l'approbation de la Commission des banques. L'entraide administrative internationale a pour but de permettre aux autorités de surveillance d'utiliser dans le cadre de leur activité des faits qui se sont produits à l'étranger et sont en relation avec un établissement qu'elles surveillent. Elle n'est par contre pas destinée à permettre de recueillir des informations en Suisse sur mandat d'autorités étrangères de poursuite pénale. C'est l'entraide internationale en matière pénale qui doit remplir ce rôle et elle ne doit être éludée ni par l'entraide administrative internationale ni par la réglementation des inspections sur place. En accord avec l'Office fédéral de la police, la Commission des banques peut cependant consentir à la transmission des informations recueillies aux autorités pénales étrangères dans la mesure où celles-ci pourraient obtenir les mêmes informations par le biais de l'entraide judiciaire internationale. 126 Art. 23sexies LB; art. 38 LBVM; art. 63 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (loi sur les fonds de placement; LFP, RS 951.31). 3390

13 Admissibilité des inspections sur place effectuées par des autorités étrangères de surveillance en Suisse Les autorités de surveillance des pays d'origine discutent depuis longtemps de manière informelle, lors de leurs séjours en Suisse, avec les dirigeants des établissements de banques étrangères en Suisse. Ces discussions ont pour but de leur permettre de se faire une image de la direction et de l'organisation de l'établissement. Ces autorités ont également des discussions de même nature avec les directions des groupes bancaires suisses dont le siège principal se trouve en Suisse et qui ont des établissements à l'étranger. Cette manière de procéder est nécessaire notamment parce que, compte tenu de l'organisation moderne par modules, les dirigeants d'un établissement ne sont plus responsables au premier chef de certaines activités de l'établissement. En règle générale, les autorités de surveillance étrangères combinent ces discussions avec des entretiens bilatéraux avec la Commission des banques lorsque celle-ci ne participe pas de toute manière à l'entrevue avec la banque examinée. Ces discussions ont lieu sur une base volontaire, avec ou sans la médiation de la Commission des banques. La Suisse connaît par conséquent déjà un usage qui autorise des autorités étrangères de surveillance à fouler son sol pour exercer leur fonction. Etant donné que ces discussions sont facultatives pour les banques et que les autorités étrangères n'ont aucun droit d'accès aux documents et livres, ces rencontres ne constituent pas des actes officiels et ne sont pas soumises à une autorisation. En règle générale, la Commission des banques est cependant informée de leur existence lorsqu'elle n'y participe pas elle-même. Les inspections sur place constituent en revanche des actes officiels d'un organisme de surveillance des marchés financiers effectués sur un territoire étranger au cours desquels sont opérés des examens directs auprès d'établissements étrangers d'un institut surveillé sur base consolidée. Elles ne sont pas facultatives et ne dépendent pas de l'approbation et de la coopération des établissements étrangers. Ceux-ci peuvent être contraints de transmettre des informations et des documents, ainsi que de donner un droit d'accès aux livres. Les inspections sur place d'autorités étrangères telles qu'elles viennent d'être décrites, étant des actes relevant d'un pouvoir public, elles sont interdites par l'article 271 chiffre 1, du code pénal¹²⁷ si elles sont effectuées sans autorisation. Lorsque l'autorité étrangère a obtenu au préalable l'autorisation de procéder à l'acte en cause, son exécution n'est plus punissable. L'article 271, chiffre 1, du code pénal ne dit pas dans quels cas une autorisation peut être accordée ni quelle autorité est

compétente pour le faire. En raison du bien juridique protégé, à savoir la souveraineté de l'Etat, c'est le Conseil fédéral qui est habilité pour accorder cette autorisation en raison de sa compétence constitutionnelle en matière de politique étrangère¹²⁸. Il a délégué cette compétence aux termes d'un arrêté du Conseil fédéral donnant pouvoir aux départements et à la Chancellerie fédérale d'accorder l'autorisation prévue à l'article 271, chiffre 1, du code pénal¹²⁹. En vertu de cet arrêté du Conseil fédéral, c'est le 127 CP, RS 311.0. 128 Art. 102 ch. 8 est. En ce qui concerne le rapport entre l'octroi d'une autorisation et l'entraide judiciaire, cf. JAAC 61.82. 129 Arrêté du Conseil fédéral du 7 juillet 1971 donnant pouvoir aux départements et à la Chancellerie fédérale d'accorder l'autorisation prévue à l'article 271, chiffre premier, du code pénal suisse; RS 172.012. 3391

OFF qui est en principe compétent¹³⁰ pour autoriser des inspections sur place dans le domaine financier. Cette compétence peut être déléguée une nouvelle fois à une division ou au secrétariat du département¹³¹. Le DFF pourrait donc déjà autoriser dans des cas particuliers des contrôles effectués par des autorités étrangères de surveillance auprès de filiales bancaires suisses. Il en va ainsi depuis des décennies dans d'autres domaines. L'Office fédéral des affaires économiques extérieures (OFAEE) permet ainsi aux inspecteurs d'autorités sanitaires étrangères de contrôler les installations de fabrication des entreprises pharmaceutiques suisses qui souhaitent faire enregistrer des médicaments à l'étranger¹³². Le Département fédéral de justice et police (DFJP) autorise également, dans des cas d'exception, l'administration de preuves en Suisse en faveur de tribunaux étrangers¹³³. Un accord bilatéral entre la Suisse et le Liechtenstein du 19 décembre 1996 contient une réglementation des inspections sur place en Suisse. Les assurances sises en Suisse y sont assimilées à celles qui ont leur siège dans un Etat de l'Union européenne¹³⁴. En effet, depuis l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'EEE, la Suisse y est considérée comme un pays tiers. Afin qu'une surveillance appropriée des assurances puisse être garantie, le principe du contrôle par le pays d'origine a été ancré dans l'accord. Afin de réaliser ce principe, l'accord prévoit expressément que les autorités de surveillance de la Principauté de Liechtenstein ainsi que celles de la Suisse peuvent effectuer des inspections sur place dans l'autre pays¹³⁵, à condition que l'autorité du pays d'accueil en soit préalablement informée. Bien que cela ne soit pas expressément prévu, l'institut d'assurance concerné doit également être informé de l'inspection sur place qui l'attend. L'autorité de surveillance du pays d'accueil a le droit de participer aux inspections. L'approbation du Conseil fédéral, ou d'un service désigné par lui, pour procéder à des inspections sur place en Suisse serait par conséquent possible dans des cas particuliers dans le domaine de la surveillance des marchés financiers, comme il l'est dans d'autres domaines. En l'espèce, nous cherchons cependant à introduire une réglementation générale valable pour différentes autorités. De plus, l'autorisation doit être liée à des conditions clairement définies. Une inscription formelle dans la loi est par conséquent souhaitable. De plus, c'est la seule manière d'atteindre la sécurité juridique indispensable pour tous ceux que cela concerne, et notamment pour les clients concernés. 130 Art 1er, 1er-al., de l'arrêté du Conseil fédéral du 7 juillet 1971 donnant pouvoir aux départements et à la Chancellerie fédérale d'accorder l'autorisation prévue à l'article 271, chiffre premier, du code pénal suisse. 131 Art. 1er, 3e al., de l'arrêté du Conseil fédéral du 7 juillet 1971 donnant pouvoir aux départements et à la Chancellerie fédérale d'accorder l'autorisation prévue à l'article 271, chiffre premier, du code pénal suisse. 132 Cf. Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, thèse Berne 1997, p. 242 s. 133 Cf. Peter Nobel, Die Rechtshilfe in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in

Zivil- und Handels- sachen, RSDA 2/1995, p. 72 ss. 134 Accord du 19 décembre 1996 sur l'assurance directe entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein, pas encore en vigueur, publié dans la FF 1997 II 232. 135 Ch. 4 de l'annexe: «Surveillance selon le principe du pays du siège» de l'Accord du 19 décembre 1996 sur l'assurance directe entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein. 3392

14 Travaux préparatoires La question des inspections sur place effectuées par des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers a fait à deux reprises l'objet de textes discutés au Parlement. Dans le cadre du projet «Eurolex» en relation avec l'adhésion projetée de la Suisse à l'Espace économique européen (EEE), les deux Chambres ont approuvé un texte qui aurait autorisé les contrôles directs effectués par les autorités étrangères de surveillance bancaire auprès de succursales suisses de banques dont le siège se trouve dans un Etat de l'Union européenne¹³⁶. Dès lors que le peuple et les cantons ont refusé le 6 décembre 1992 d'adhérer à l'EEE, cette disposition n'est pas entrée en vigueur. Le Conseil fédéral a soumis en 1993 au Parlement une réglementation semblable dans le cadre du projet «Swisslex»¹³⁷. Le Parlement a rejeté ce texte, avançant en particulier qu'il ne fallait pas faire des concessions à la veille d'entamer des négociations bilatérales avec l'Union européenne. Il craignait qu'une réglementation admettant des contrôles directs auprès de succursales de banques ayant leur siège dans un Etat de l'Union européenne n'affaiblisse la position de la Suisse dans les négociations bilatérales¹³⁸. Les dispositions de la loi sur les bourses et de la loi sur les fonds de placement concernant l'entraide administrative internationale ont été adaptées en conséquence. La Commission des banques a déjà fait état de la question des inspections sur place dans son rapport de gestion pour l'année 1995¹³⁹. Elle y a été incitée par les travaux, cités dans ce rapport, du groupe de travail mixte composé de représentants du Comité de Baie et du Groupe offshore des autorités de contrôle bancaire provenant des principales places financières offshore (Offshore Group of Banking Supervisors), dont le rapport a servi de base aux recommandations de Stockholm de juin 1996. En avril 1997, la Commission des banques a discuté en détail de ce thème avec les banques. En juin 1997, elle a soumis aux organismes concernés, à savoir l'Association des banques étrangères en Suisse et l'Association suisse des banquiers, un document de travail détaillé. En réaction à ce texte, une convergence très large entre ses vues et celles des milieux bancaires concernés a pu être constatée. La Commission des banques a par conséquent constitué en septembre 1997 un groupe de travail sous la direction de son secrétariat, composé de collaborateurs du DFF, des banques et des organes de révision. Ce groupe de travail a remis son rapport au DFF et à la Commission des banques le 7 novembre 1997. Ce rapport constitue la base du présent message. 15 Renonciation à une procédure de consultation Etant donné que les banques concernées et la Commission des banques ont été en mesure de proposer en commun une base légale réglant les inspections sur place en Suisse, aucune procédure de consultation n'a eu lieu. 136 FF 1992V 692. 137 FF 1993 1921. 138 BÖ N 1993 2496. 139 Rapport de gestion CFB 1995, p. 92 ss. 3393

16 Règles générales du projet La réglementation légale des inspections sur place doit suivre les principes suivants: - Respect des standards minimaux du Comité de Baie. - Harmonisation avec les conditions de l'entraide administrative (utilisation exclusive des informations à des fins de surveillance, respect du secret professionnel ou de fonction par les autorités étrangères, consentement de la Commission des banques avant toute transmission d'informations à des tiers). - Maintien de l'exigence du consentement pour

procéder à des inspections sur place en Suisse. - Protection optimale de la clientèle. - Adoption des conditions de l'entraide administrative. 161 Respect des standards minimaux du Comité de Baie Le projet de modification de la loi remplit les exigences des recommandations de Stockholm. Il n'est certes pas prévu que la décision de procéder à des inspections sur place en Suisse dépende à l'avenir de la seule appréciation des autorités de surveillance du pays d'origine. Elles auront besoin à cet effet de l'approbation de la Commission des banques. Mais celle-ci autorisera les contrôles lorsque les conditions, qui correspondent à celles des recommandations de Stockholm, en seront données. La réglementation suisse des inspections sur place s'appliquera à tous les Etats et pas seulement à ceux qui auront adopté les recommandations de Stockholm et adapté leurs législations de manière à s'y conformer. Une approbation préalable est donc raisonnable sous cet angle également. Cet aménagement de la réglementation est en accord avec les recommandations de Stockholm. L'exigence de l'approbation doit servir à empêcher la création d'une prétention des autorités étrangères de surveillance à procéder à des inspections sur place. Lorsque les conditions ne sont pas remplies, la Commission des banques pourra refuser un contrôle direct, sans que l'autorité étrangère de surveillance soit en mesure de se prévaloir de la qualité de partie et d'exiger une décision formelle susceptible de recours au Tribunal fédéral. Lorsque les conditions énumérées dans la loi seront remplies, la Commission des banques ne refusera cependant un contrôle direct que dans l'hypothèse où il existera des raisons particulières impérieuses. Elle pourra à cet égard évoquer le manque de réciprocité, à savoir le fait qu'elle ne peut pas procéder à des contrôles directs auprès d'établissements de banques suisses sis dans l'Etat concerné¹⁴⁰. Seul le contrôle des informations liées aux opérations de gestion de fortune ou de placement pour des clients individuels ne pourra faire l'objet d'inspections sur place. Ces informations ne seront accessibles que par l'intermédiaire de la Commission des banques. Cette dernière devra établir au cours d'une procédure de droit administratif si elle peut consentir à une transmission aux autorités de surveillance du pays d'origine¹⁴¹. 140 En ce qui concerne la réciprocité: cf. Partie B, ch. 23. 141 Comme prévu dans les recommandations de Stockholm, § 19. 3394

162 Harmonisation avec les conditions de l'entraide administrative Aux termes de la réglementation légale proposée, les conditions pour effectuer des inspections sur place en Suisse correspondent pour l'essentiel à celles de l'entraide administrative internationale, à quelques modifications rédactionnelles près. Cette adéquation est rationnelle car tant l'entraide administrative internationale que les inspections sur place et la transmission d'informations d'une filiale suisse à sa maison mère étrangère selon l'article 4 quiniuics LB constituent des instruments de la surveillance transfrontalière. Les règles applicables aux inspections sur place doivent par conséquent être harmonisées avec celles qui régissent actuellement l'entraide administrative internationale. Elles reprennent les trois conditions suivantes: - L'application du principe de la spécialité prévu dans les dispositions sur l'entraide administrative¹⁴² aux inspections sur place, et par conséquent la garantie que les informations ne seront utilisées qu'à des fins de surveillance, ne devraient pas poser de difficultés particulières. Les recommandations de Stockholm vont encore plus loin que la réglementation suisse puisqu'elles demandent expressément que la demande d'informations soit justifiée par des «fins prudentielles spécifiques»¹⁴³. L'historique de la collaboration entre la Commission des banques et les autorités étrangères de surveillance ne contient aucun indice permettant de croire que ces dernières aient tenté de se procurer des informations afin de les exploiter à d'autres fins. L'autorité étrangère s'annoncera auprès de

la Commission des banques avant de procéder à l'inspection et l'informer de la raison de l'inspection sur place ainsi que de l'étendue de l'examen. La Commission des banques devra donner son consentement. - En décrétant, que les autorités étrangères doivent être liées par le secret professionnel ou le secret de fonction, la réglementation proposée se conforme à une autre exigence des dispositions suisses sur la surveillance¹⁴⁴. - Le consentement de la Commission des banques avant toute transmission d'informations à des tiers constitue une exigence supplémentaire. Selon les recommandations de Stockholm¹⁴⁵, les autorités du pays d'origine ne devraient en principe pas transmettre les informations obtenues à des tiers sans le consentement de l'autorité du pays d'accueil. Si l'autorité du pays d'origine constate au cours d'une inspection sur place une violation grave des lois pénales de son pays, elle peut cependant être tenue par sa législation nationale de transmettre ces informations aux autorités de poursuite pénale. Dans un tel cas, elle devrait simplement informer l'autorité du pays d'accueil de l'action qu'elle a l'intention d'entreprendre¹⁴⁶. Notamment à la suite de l'intervention de la délégation suisse dans le groupe de travail mixte, celui-ci a constaté qu'une simple communication ne prendrait pas en compte l'exigence du consentement de l'autorité du pays d'accueil telle que la prévoit la législation suisse¹⁴⁷. Pour tous les pays, comme la Suisse, dont la législation prévoit cette exigence, l'approbation de l'autorité du pays d'accueil est donc nécessaire avant la transmission d'informations aux autorités de poursuite pénale. Les recommandations de Stockholm correspondent donc sur ce point à la réglementation suisse en matière d'entraide administrative. ¹⁴² Art. 23sexies, 2e al., let. a LB, art. 38, 2e al., let. a LBVM. ¹⁴³ Recommandations de Stockholm, § 10. ¹⁴⁴ Art. 23scixics, 2e al., let. b LB, art. 38, 2e al., let. b LBVM. ¹⁴⁵ Recommandations de Stockholm, § 10. ¹⁴⁶ Recommandations de Stockholm, § 10. ¹⁴⁷ Note additionnelle aux recommandations de Stockholm, § 26. 3395

¹⁶³ Maintien de l'exigence du consentement pour procéder à des inspections sur place en Suisse Les banques étrangères en Suisse effectuent surtout des opérations de gestion de fortune pour la clientèle privée. La protection de la personnalité a une importance particulière dans ce domaine. C'est la raison pour laquelle les inspections sur place devraient en principe se limiter à ce qui est nécessaire pour la surveillance consolidée, ce qui comprend notamment l'inspection des systèmes de gestion des risques. Les autorités étrangères doivent en outre requérir au préalable l'approbation de la Commission des banques pour procéder à une inspection sur place. Cette approbation peut intervenir en principe de manière informelle et, le cas échéant, à l'avance pour certains types déterminés de contrôles dont l'étendue est clairement définie. Un consentement préalable pour certains types déterminés de contrôles peut être annulé de manière tout aussi informelle. Si les banques et les négociants en valeurs mobilières concernés estiment que les conditions légales d'un contrôle direct ne sont pas remplies, ils peuvent demander une décision de la Commission des banques. Les autorités de surveillance étrangères n'ont pas la qualité de partie dans une telle procédure. La Commission des banques reçoit la compétence d'accorder de manière informelle son autorisation pour procéder à des inspections sur place en Suisse. Elle statue sur cette question de manière indépendante en faisant usage de son pouvoir d'appréciation. Elle examine en particulier si les conditions légales de l'inspection sur place sont remplies. Les autorités étrangères ne peuvent ainsi pas décider de leur propre chef d'effectuer des contrôles directs auprès des établissements suisses. L'autorisation de la Commission des banques sera en principe accordée lorsque les conditions légales sont données, sans qu'il existe un droit à l'obtenir. La Commission des banques ne donnera pas suite à une demande si les inspections transfrontalières lui sont refusées dans le pays requérant ou

qu'elle dispose d'indices concrets relatifs à des abus. 164 Protection optimale de la clientèle Pour des raisons de protection de la personnalité, les règles de procédure doivent viser une protection de la clientèle similaire à celle que garantissent les dispositions des lois sur les banques, les bourses et les fonds de placement concernant l'entraide administrative. Ces dispositions requièrent que la Commission des banques effectue une procédure administrative formelle avant de transmettre des informations relatives à un client¹⁴⁸. Elles assurent une protection de la clientèle unique en comparaison internationale. La réglementation relative aux inspections sur place doit prendre deux intérêts en compte: d'une part et de manière analogue aux règles sur l'entraide administrative, les informations relatives aux clients ne peuvent être transmises par la Commission des banques que dans le cadre d'une procédure administrative. D'autre part, les autorités étrangères ont dans certains cas un intérêt prudentiel prépondérant à avoir un accès direct à certaines informations relatives à des clients afin de pouvoir remplir certains buts de leur contrôle, notamment la vérification du respect des dispositions sur la répartition des risques. 148 Art. 23s«ies, 3e al., LB, art. 38, 3e al., LBVM. 3396

2 Partie spéciale: commentaire des différentes dispositions 21 Compétence de la Commission des banques en matière d'inspections sur place à l'étranger (art. 23scP'ics, 1er al., LB et art. 38a, 1er al., LBVM) Le but principal du projet est de permettre les contrôles directs exercés par les autorités des pays d'origine et de fixer les conditions auxquelles ces contrôles pourront avoir lieu. Mais à l'inverse la Commission des banques peut également se trouver dans une situation l'amenant à effectuer, dans le contexte de la surveillance sur base consolidée des groupes bancaires ou des groupes de négociants en valeurs mobilières suisses, de tels contrôles auprès des établissements étrangers de banques ou de négociants suisses en valeurs mobilières ou d'y faire procéder par des organes de révision. Les articles 23seP'ies, 1er alinéa, LB et 38fl, 1er alinéa, LBVM autorisent la Commission des banques, dans le cadre de la surveillance sur base consolidée qu'elle exerce sur les groupes bancaires ou les groupes de négociants en valeurs mobilières et sur les bourses suisses, à procéder elle-même, ou à faire procéder par un organe de révision, à des inspections sur place auprès des établissements étrangers de banques, de négociants ou de bourses suisses. Pour des raisons de symétrie, cette compétence doit être inscrite dans la loi bien que le droit existant ne l'exclue pas expressément. La modification proposée ne change par ailleurs rien au fait que la Commission ne peut effectivement procéder à des contrôles sur place à l'étranger que dans la mesure où le droit du pays d'accueil étranger l'autorise. 22 Conditions des inspections sur place en Suisse (art. 23seP'ies, 2e et 3e al., LB et art. 38a, 2e et 3e al., LBVM) 221 Inspections sur place du seul ressort des autorités du pays d'origine (art. 23scP'ies, 2e al., let. a, LB et art. 38a, 2e al., let. a, LBVM) Seules les autorités de surveillance des pays d'origine sont autorisées à effectuer des inspections sur place en Suisse. Le principe selon lequel c'est en premier lieu l'autorité du pays d'origine qui procède à la surveillance d'ensemble du groupe s'est imposé mondialement. Il s'agit de la surveillance consolidée qui est effectuée par l'autorité de surveillance du pays d'origine. Seule cette autorité a par conséquent un intérêt prudentiel légitime à procéder à des contrôles directs à l'étranger. Dans certains cas, compte tenu de la structure du système de surveillance du pays étranger, l'autorité du pays d'origine n'agit pas elle-même, mais fait appel à des mandataires, comme par exemple des organes de révision. C'est également admis. Il conviendra parfois d'examiner si une autorité étrangère est l'autorité de surveillance du pays d'origine avant d'autoriser une inspection sur place. Lorsque la structure de groupe est complexe, cette qualité n'est pas forcément évidente¹⁴⁹. Il peut y

avoir plusieurs autorités du pays d'origine¹⁵⁰. Dans un tel cas, les autorités concernées doivent se Cf. à ce sujet l'art. 4 de la directive 92/30 CEE du Conseil du 6 avril 1992 sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée (JOCE n° L 110, 28.4.1992), qui prévoit en particulier quelle autorité de surveillance est responsable pour la surveillance sur une base consolidée d'un établissement de crédit qui fait partie d'une compagnie financière holding. ¹⁵⁰ par exemple l'autorité de surveillance bancaire et l'autorité de surveillance des assuran- 3397

mettre d'accord sur la procédure concrète à adopter. Il ne serait pas admissible que des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers effectuent des contrôles directs auprès de banques ou de négociants suisses en valeurs mobilières dans le but d'examiner des transactions auxquelles des clients ont procédé sur des marchés étrangers par l'intermédiaire de ces établissements. De telles informations doivent continuer à ne pouvoir être échangées que par le biais de l'entraide administrative internationale accordée par la Commission des banques ou, le cas échéant, par celui de l'entraide internationale en matière pénale. On limite de la sorte clairement l'accès aux inspections sur place et leur but (la surveillance consolidée)¹⁵¹. ²²² Utilisation des informations aux seules fins de la surveillance consolidée (art. 23scP^{ies}, 2e al., let. b, LB et art. 38a, 2e al., let. b, LBVM) Les informations obtenues lors d'une inspection sur place ne peuvent être utilisées qu'à des fins de surveillance consolidée. Cette condition limite les possibilités d'utilisation et introduit par conséquent le principe de la spécialité et ce, de manière semblable à la réglementation de l'entraide administrative internationale. Les informations que l'autorité de surveillance a obtenues par la voie du contrôle direct peuvent ainsi être utilisées exclusivement pour l'exercice de la surveillance sur base consolidée. Les contrôles directs des autorités de surveillance doivent se limiter à ce qui est indispensable à l'exercice de la surveillance sur base consolidée. Ils doivent, en premier lieu et de manière prépondérante, porter sur l'examen de l'organisation, des personnes dirigeantes, de la gestion des risques ainsi que de l'obligation de rendre compte aux autorités de surveillance. En règle générale, il n'est pas nécessaire à cet effet d'avoir connaissance des données concrètes relatives à la clientèle. Des exceptions se présentent lors de l'examen des gros risques ou en présence d'un soupçon grave d'escroquerie commise par exemple par la direction¹⁵². Le contrôle de la permanence des actifs ou l'examen de la structure de refinancement peuvent par ailleurs également rendre indispensable de prendre connaissance de certaines données sur des clients. Le but du contrôle est approprié à des inspections sur place auprès de banques ou de négociants en valeurs mobilières en Suisse qui font partie d'un groupe étranger. ²²³ Respect du secret professionnel ou de fonction (art. 23scP^{ics}, 2e al., let. c, LB et art. 38a, 2e al., let. c, LBVM) La disposition qui exige que l'autorité requérante soit liée par le secret de fonction ou le secret professionnel correspond aux règles sur l'entraide administrative internationale. ¹⁵¹ Cf. art. 23seP^{ies}, 2e al., let. a LB et art. 38bis, 2e al., let. a LBVM. ¹⁵² CasdelaBCCI. 3398

²²⁴ Retransmission seulement soumise à l'autorisation de la Commission des banques (art. 235eP^{ics}, 2e al., let. d, LB et art. 38a, 2e al., let. d, LBVM) Les informations obtenues lors d'une inspection sur place ne peuvent être retransmises qu'avec l'autorisation de la Commission des banques. Cette dernière peut accorder cette autorisation de manière informelle dans un cas particulier ou de manière générale pour un certain type d'informations et des autorités désignées. La Commission des banques a pour pratique courante, en matière d'entraide administrative internationale, de demander à l'autorité

concernée une attestation certifiant que celle-ci peut et entend respecter les conditions de l'entraide administrative, avant toute transmission d'informations confidentielles par la voie de l'entraide administrative. Elle étendra cette pratique aux inspections sur place. C'est principalement la promesse faite par l'autorité étrangère de surveillance de requérir l'autorisation de la Commission des banques avant toute retransmission qui peut poser des problèmes. Les autorités étrangères peuvent être tenues par leur droit national de divulguer ou de transmettre des informations confidentielles dans certaines circonstances, que ce soit par exemple à la requête d'un tribunal ou en raison d'une obligation légale de dénonciation. Dans de tels cas, elles devraient immédiatement informer la Commission des banques de l'existence d'une demande de divulgation ou de retransmission. Si la Commission des banques ne peut pas donner son autorisation, elles devraient entreprendre tout ce qu'on peut raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la divulgation ou la retransmission. Elles devraient en particulier faire usage de tous les moyens de droit à leur disposition et signaler à l'autorité requérante les conséquences négatives possibles que pourraient avoir une divulgation ou une retransmission forcées pour l'entraide administrative et, à l'avenir, également pour les contrôles directs. Cette procédure correspond aux recommandations de Stockholm¹⁵³. On ne saurait être plus exigeant sans rendre impossible toute transmission d'informations par la voie de l'entraide administrative ou des inspections sur place. La Commission des banques rencontre par ailleurs les mêmes problèmes. Elle peut être contrainte de révéler des informations confidentielles par un arrêt du Tribunal fédéral¹⁵⁴ ou par une Commission d'enquête parlementaire¹⁵⁵. Elle est en outre tenue de déposer des dénonciations pénales qu'elle devra le cas échéant motiver en ayant recours aux informations confidentielles obtenues d'une autorité étrangère¹⁵⁶. Elle pourrait cependant limiter l'étendue des informations transmises au juge pénal si cette transmission l'obligeait à contrevenir à une charge imposée par l'autorité étrangère qui a fourni l'information. La Commission des banques peut certes autoriser la retransmission d'informations à une autorité de poursuite pénale. Mais cela ne doit pas servir à éluder l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Elle ne peut donc le faire qu'à la condition que l'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne soit pas exclue. La loi renvoie ainsi aux clauses d'exclusion des articles 2 ss de la loi fédérale sur ¹⁵³ Recommandations de Stockholm, § 11, et noie additionnelle aux recommandations de Stockholm, § 26. ¹⁵⁴ ATF123IV157. ¹⁵⁵ Art. 61 de la loi fédérale du 23 mars 1962 sur la procédure de l'Assemblée fédérale ainsi que sur la forme, la publication et l'entrée en vigueur des actes législatifs (loi sur les rapports entre les conseils; RS 171.11). ¹⁵⁶ Cf. par ex. art. 23^{er} al. 4 LB. 3399

l'entraide pénale internationale¹⁵⁷. L'autorisation de la Commission des banques, et par conséquent la retransmission, sont également exclues lorsque la procédure pénale dans le pays concerné comporte de graves lacunes, qu'elle porte sur des délits politiques ou fiscaux ou que le délit est insignifiant. Avant de décider d'autoriser la retransmission, la Commission des banques doit contacter l'Office fédéral de la police pour qu'ils harmonisent leurs points de vue sur ces questions. ²²⁵ Informations nécessitées en vue de la surveillance sur base consolidée (art. 23^{scP}ics, 3^e al., LB et art. 38a, 3^e al., LBVM) Ainsi que cela a déjà été relevé, l'inspection sur place est un instrument de surveillance qui doit permettre aux autorités d'origine d'exercer la surveillance consolidée. En sus des conditions analogues à celles de l'entraide administrative internationale, il faut que les inspections sur place permettent d'obtenir des informations indispensables à la surveillance consolidée. Le 3^e alinéa précise quelles sont les informations qui entrent dans cette catégorie. Tant les

conditions de du 2e alinéa que celles du 3e alinéa doivent être remplies pour que la Commission des banques autorise une inspection sur place en Suisse. Elle devra par conséquent examiner, en sus des conditions déjà connues en relation avec l'entraide administrative, si les informations sont nécessaires à la surveillance consolidée. A l'issue de cet examen, elle pourra limiter l'accès aux documents et, par exemple, n'autoriser que l'examen des crédits qui dépassent un montant minimal déterminé. Les articles 23^{se}P^{ies}, 3e alinéa, LB et 38a, 3e alinéa, LBVM énumèrent de manière non exhaustive quelles informations peuvent en principe être nécessaires pour une surveillance sur base consolidée:

- Les informations sur l'organisation de l'activité entrent dans cette catégorie. L'autorité du pays d'origine ne peut examiner si le groupe est organisé de manière appropriée au plan mondial que si elle est familiarisée avec les structures d'organisation de chaque société du groupe ou unité commerciale. La Commission des banques et l'autorité du pays d'origine se partagent les tâches de surveillance. La Commission des banques examine au plan national si l'organisation de l'établissement sis en Suisse est appropriée et l'autorité du pays d'origine s'assure qu'il en va de même pour l'organisation au niveau du groupe (art. 23^{se}P^{iie}S) 3e al.; [et. a LB, art. 38a, 3e al., let. a, LBVM).
- La surveillance consolidée nécessite également des informations relatives à la manière dont les risques sont recensés, limités et surveillés. Ces indications permettent à l'autorité du pays d'origine de vérifier s'il existe au sein du groupe entier un système de gestion des risques qui fonctionne (art. 23^{se}P^{ics}, 3e al., let. b, LB).
- Lors de ses inspections sur place, l'autorité du pays d'origine peut demander à avoir accès aux dossiers des personnes qui dirigent la société afin d'examiner si elles présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. Les systèmes modernes d'organisation par modules ont pour conséquence que la direction d'une société du groupe n'assume pas nécessairement l'entière responsabilité des opérations effectuées au sein de cette société. La Commission des banques vérifie que la garantie d'une activité irréprochable est donnée par les personnes diri-

157 Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, loi sur l'entraide pénale internationale, E1MP, RS 3S1.1
3400

gées dans la mesure où elles sont responsables des opérations effectuées par la société assujettie à la loi sur les banques ou à la loi sur les bourses. L'autorité du pays d'origine doit par contre s'assurer que l'activité est irréprochable au plan du groupe. Elle a par conséquent dans certaines circonstances besoin d'informations relatives à des personnes qui dirigent l'établissement sis en Suisse et qui sont responsables d'opérations effectuées à l'étranger ou par des sociétés étrangères du groupe (art. 23^{sc}P^{ics}, 3e al., let. c, LB, art. 38a, 3e al., let. c, LBVM). - L'autorité du pays d'origine a besoin, pour la surveillance consolidée, d'informations concernant le respect des dispositions sur les fonds propres et la répartition des risques qui doivent être appliquées sur base consolidée en vertu de son droit national. Lorsqu'elle examine si les prescriptions en matière de fonds propres et de répartition des risques sont appliquées, elle a un intérêt prudentiel légitime à avoir accès aux données sur les clients pour contrôler, ou faire contrôler par un organe de révision, s'il existe des gros risques au niveau du groupe. Cet accès concerne également les cumuls de risques prévus par le droit suisse¹⁵⁸ (art. 23[«]ptic^S> 3e al.; jet. j; LB, art. 3&z, 3e al., let. d, LBVM). - Afin de pouvoir surveiller un groupe sur base consolidée, l'autorité du pays d'origine a besoin d'informations provenant d'établissements sis à l'étranger, par exemple en ce qui concerne les fonds propres et la répartition des risques des différentes sociétés du groupe. Elle a un intérêt prudentiel légitime à contrôler (ou faire contrôler par l'organe de révision) si les rapports et annonces prescrits ont été effectués de manière correcte (art. 23^{se}P^{lics}, 3e al.,

let. e, LB, art. 38a, 3e al., let. e, LBVM). 226 Protection des intérêts des clients par la procédure (art. 23seP'ies, 4e al., LB et art. 38a, 4e al., LBVM) Dans le cadre des inspections sur place, les autorités étrangères de surveillance n'ont en principe pas accès aux données relatives à la clientèle lorsque ces informations sont liées à des opérations de gestion de fortune ou de placement au sens le plus large. La consultation directe de données relatives aux crédits lombards¹⁵⁹ ou à d'autres crédits liés à une opération de gestion de fortune ou qui ont été accordés sans contrat de nantissement formel mais en raison d'un dépôt existant, est donc exclue. Cette réserve prend en compte les besoins de protection des droits de la personnalité des clients suisses et étrangers dont la fortune est gérée en Suisse. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il existe un besoin prudentiel d'avoir accès à de telles informations sur la clientèle¹⁶⁰. Si un tel besoin est avéré, la Commission des banques peut recueillir elle-même les informations et les transmettre à l'autorité étrangère par la voie de l'entraide administrative après avoir effectué une procédure administrative. Cette manière de faire garantit une protection très large des clients par la procédure même dans le cadre de l'instrument prudentiel des inspections sur place. La transmission des informations sur la clientèle par la voie de l'entraide administrative internationale signifie qu'avant de transmettre de telles informations, la Commission des banques doit rendre une décision susceptible de recours, à moins que le client n'ait donné son consentement préalable à la transmission de 158 Cf. art. 21 ss de l'ordonnance sur les banques (RS 952.02). 159 Un crédit lombard est un crédit garanti en particulier par le nantissement de titres ou de métaux précieux. 160 Recommandations de Stockholm, § 9. 3401

l'information. Les banques et négociants en valeurs mobilières qui ont effectué des placements auprès d'autres banques ne sont pas considérés comme des clients dans ce contexte. La réglementation destinée à protéger les clients n'inclut pas les informations relatives aux opérations interbancaires. Il n'est pas nécessaire de prévoir une protection de la bonne foi particulière pour les intermédiaires financiers soumis à autorisation. Les informations relatives aux clients qui ne sont pas en relation avec une opération de gestion de fortune sont par contre soumises au droit de regard direct des autorités étrangères de surveillance lorsque les conditions légales sont remplies. Les clients concernés, par exemple les bénéficiaires de crédits commerciaux¹⁶¹, n'ont aucun droit à ce que la Commission des banques effectue une procédure administrative. Le projet de loi diverge donc sur ce point des règles actuelles de l'entraide administrative¹⁶². Cette différence se justifie dès lors que la surveillance consolidée des cumuls de risques correspond à un besoin prudentiel évident qui fait partie du standard minimal en matière de surveillance bancaire. En ce qui concerne les négociants en valeurs mobilières, l'ensemble de leur activité est en relation avec la gestion de fortune. Les règles concernant la protection des clients prévues par l'entraide administrative internationale (art. 38, 3e al., LBVM) sont par conséquent reprises sans modification dans les dispositions sur les inspections sur place de la loi sur les bourses (art. 38a, 4e al., LBVM). Si une autorité d'un pays d'origine souhaite avoir accès à certaines données relatives à la clientèle et que la banque a du mal à déterminer si ces données ont un lien direct ou indirect avec l'activité de gestion de fortune ou de placement, elle peut s'adresser à la Commission des banques. La même chose est possible lorsque l'établissement en Suisse estime que les conditions d'une inspection sur place en Suisse, en particulier l'utilisation des informations aux seules fins de la surveillance sur base consolidée, ne sont pas remplies. En cas de divergence entre l'autorité du pays d'origine et la banque en Suisse, cette dernière peut s'adresser à la Commission des banques qui déterminera l'étendue du droit d'accès. Si nécessaire, cette appréciation revêtira la forme d'une décision formelle.

L'autorité étrangère requérante ne sera pas partie à cette procédure. 227 Accompagnement facultatif par la Commission des banques ou l'organe de révision (art. 23^{se}P^{ies}, 5^e al., LB et art. 38a, 5^e al., LBVM) La réglementation proposée autorise la Commission des banques à accompagner ou à faire accompagner par l'organe de révision l'autorité étrangère de surveillance au cours d'inspections sur place. La Commission des banques en décide en toute liberté. Ni l'autorité étrangère ni l'établissement qui doit faire l'objet d'un contrôle direct n'ont le droit d'exiger cet accompagnement. La Commission des banques peut avoir un intérêt propre à effectuer cette démarche. D'un autre côté, celle-ci peut également avoir pour but de protéger les banques étrangères ou leur clientèle. Les coûts de l'intervention de la Commission des banques ou de l'organe de révision sont à la charge de la banque ou du négociant en valeurs mobilières concerné. 161 Crédits accordés à des clients inscrits au registre du commerce 162 Art. 23XX^{'CS}, y al., LB. 3402

228 Définition des établissements et des parties d'établissement concernés par l'inspection sur place (art. 23^{septies} 6^e al., LB et art. 38a, 6^e al., LBVM) Les inspections sur place pourront avoir lieu auprès de représentations, de succursales et de filiales ainsi qu'auprès des sociétés d'un groupe (let. a). Les inspections sur place auprès des succursales doivent être admises dès lors que celles-ci sont surveillées presque exclusivement par l'autorité de surveillance d'origine. Les règles prudentielles suisses applicables aux succursales renvoient en outre pour l'essentiel au régime prudentiel étranger, raison pour laquelle on ne demande par exemple ni fonds propres distincts ni respect des dispositions suisses sur la répartition des risques¹⁶³. Les filiales sont juridiquement indépendantes et sont contrôlées en premier lieu par l'autorité de surveillance du pays sous la législation duquel elles ont été créées. La surveillance mondiale sur le groupe entier est assurée par l'autorité du pays d'origine. Elle n'est garantie que dans la mesure où cette autorité de surveillance dispose des informations nécessaires sur les filiales et les succursales. Mais il est également possible que la surveillance sur base consolidée porte sur des sociétés qui n'exercent pas une activité soumise à autorisation ou qui ne sont pas incluses dans le groupe bancaire ou financier par le biais d'une domination directe¹⁶⁴. Afin de garantir une surveillance consolidée, les inspections sur place doivent être possibles auprès de groupes et de parties de groupe lorsqu'ils ont l'obligation de consolider. On peut penser à cet égard aux sociétés holding chapeautant un groupe ou une partie de groupe (holding partielle), aux sociétés sœurs ou aux sociétés qui effectuent des prestations de service en faveur de banques ou de négociants en valeurs mobilières¹⁶⁵ et qui doivent être intégrées dans une entreprise afin de permettre une surveillance consolidée étendue (let. b). 229 Devoir d'information des établissements (art. 23^{septies} 7^e al., LB et art. 38a, 7^e al., LBVM) En Suisse, les succursales de banques, de bourses et de négociants en valeurs mobilières étrangers ont besoin d'une autorisation de la Commission des banques et doivent fournir à celle-ci toutes les informations qu'elle requiert¹⁶⁶. Il en va de même des filiales dans la mesure où elles opèrent en qualité de banque, de bourse ou de négociant en valeurs mobilières. La Commission des banques ou l'autorité étrangère de surveillance pourront désormais pénétrer dans les locaux et demander des informations et des documents à des entreprises qui doivent être intégrées dans un groupe afin de permettre une surveillance consolidée étendue¹⁶⁷. Dans le cadre d'une procédure administrative formelle, tout un chacun peut certes être contraint en application de la loi sur la procédure administrative de témoigner et de donner accès aux documents¹⁶⁸. Mais les inspections sur place doivent normalement¹⁶⁹ pouvoir se ¹⁶³ Cf. art. 4 ss de l'ordonnance de la Commission fédérale des banques du 21 octobre 1996 concernant les banques étrangères en Suisse; RS 952.111. ¹⁶⁴ Cf. art. 13a, 1^{er}

al., de l'ordonnance sur les banques. 165 Notamment dans le cadre de l'externalisation de certaines tâches («outsourcing»). 166 Art. 23bis, 2e al., LB et art. 35, 2e al., LBVM. 167 Cette extension de la surveillance est impérativement nécessaire en particulier au vu de l'extension croissante de l'externalisation de tâches («outsourcing»). 168 Art. 15 ss PA (RS 172.021). Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1993, § 121 s. 169 Art. 23septies, 4e al., LB et art.38a., 4e al., LBVM. 3403

dérouler sans qu'une procédure administrative formelle ait lieu. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire de soumettre aux inspections sur place également les entreprises qui n'exercent pas une activité soumise à autorisation et qui ne sont pas intégrées dans un groupe bancaire ou financier par le biais d'une domination directe, mais qui doivent être attribuées à un groupe afin de permettre une surveillance consolidée étendue. Il faut par conséquent inscrire dans la loi une obligation claire de ces établissements de participer aux inspections sur place et de fournir des informations ainsi que de donner accès aux documents et aux locaux où elles exercent leur activité tant aux autorités étrangères de surveillance qu'à la Commission des banques sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une procédure administrative. Si un litige s'élève quant à savoir si l'entreprise doit être qualifiée d'établissement au sens de cet alinéa, la Commission des banques devra statuer au moyen d'une décision formelle. 23 Subsidiarité et réciprocité C'est un fait d'expérience que les inspections sur place ne sont pas des instruments prioritaires de la surveillance transfrontalière. Elles sont en effet trop coûteuses pour cela. On y recourt plutôt de manière subsidiaire pour clarifier certains problèmes prudentiels particuliers. Le principe du caractère subsidiaire des contrôles directs découle de lui-même et ne doit par conséquent pas être introduit dans la loi au titre de condition devant être remplie pour que la Commission des banques puisse consentir à une inspection sur place. Il est en outre pratiquement impossible pour l'autorité du pays d'accueil de contrôler que cette condition est remplie. La décision de savoir à quel moment une autorité étrangère entend utiliser tel ou tel instrument de surveillance devrait en principe appartenir à l'autorité du pays d'origine qui doit assumer la surveillance universelle. La réserve générale du consentement de la Commission des banques est suffisante. Il n'est pas prévu d'intégrer dans la loi une condition de réciprocité. Les dispositions sur l'entraide administrative internationale ne contiennent pas non plus de condition de ce genre. Il est très difficile d'établir de manière définitive, à l'avance et abstraction faite de tout cas concret, si la réciprocité est donnée. En outre, la Commission des banques sera plus souvent sollicitée pour autoriser une inspection sur place en Suisse qu'elle ne souhaitera procéder elle-même à un contrôle direct à l'étranger. On a par conséquent renoncé à l'exigence de la réciprocité. Dans son activité, la Commission des banques a toutefois pour habitude d'examiner dans chaque cas d'entraide administrative si l'autorité étrangère de surveillance est en principe habilitée juridiquement à lui accorder l'entraide administrative et désireuse de le faire. Cette assurance lui a jusqu'à présent toujours été donnée. Il serait plus raisonnable de ne pas en demander plus tant pour l'entraide administrative internationale que pour les inspections sur place qui sont toutes deux dépendantes du cas particulier. Si la Commission des banques ne reçoit pas l'entraide administrative dans un cas concret ou lorsqu'elle se voit refuser de procéder à un contrôle direct à l'étranger, elle fera à tout le moins preuve de retenue à l'avenir à l'égard de l'autorité de surveillance concernée, ou refusera carrément l'entraide administrative ou l'exécution d'une inspection sur place. Un tel comportement est conforme à l'accord 3404

GATS/OMC170 tant qu'il n'exerce pas une influence négative sur l'offre de services bancaires et, si tel devait être le cas, il trouve une justification prudentielle. 24 Renonciation aux inspections sur place pour les fonds de placement La surveillance des fonds de placement est d'une toute autre nature que celle sur les banques et les négociants en valeurs mobilières. Elle se rattache à la distribution de produits alors que la surveillance sur les banques et les négociants est une surveillance sur des établissements. Les directions de fonds ont certes besoin d'une autorisation, mais la surveillance exercée sur elles en leur qualité d'établissements autorisés joue un rôle bien moins important que la surveillance exercée sur les établissements bancaires et les négociants en valeurs mobilières. Les directions de fonds ne supportent aucun risque de crédit ou de marché. De plus, rares sont celles qui disposent de filiales ou de succursales à l'étranger. Il est par conséquent possible de renoncer à régler les inspections sur place dans le domaine des fonds de placement. 3 Conséquences 31 Conséquences Financières et effets sur l'état du personnel 311 Sur le plan de la Confédération Conséquences financières Le projet n'aura pas de conséquences financières pour la Confédération. Les coûts de la surveillance seront supportés intégralement par les établissements surveillés. Effets sur l'état du personnel La Commission des banques devra engager un ou plusieurs juristes supplémentaires pour mener à bien les procédures administratives prescrites par le projet et les procédures d'entraide administrative découlant de l'application de la loi sur les bourses. Les coûts supplémentaires seront intégralement supportés par les établissements surveillés. 312 Sur le plan des cantons et des communes La réglementation proposée des contrôles directs effectués par les autorités étrangères de surveillance en Suisse n'aura aucune conséquence sur les finances et le personnel des cantons et des communes. 170 GATS: General Agreement on Trade in Services - Accord général sur le commerce des services. GATT: General Agreement on Tariffs and Trade - Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. OMC: Organisation mondiale du commerce. Accord du 15 avril 1994 instituant l'organisation mondiale du commerce, RS 0.632.20, en vigueur depuis le 1er juillet 1995. 3405

313 Frein aux dépenses La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne et, en particulier, la révision proposée, ne sont pas soumis au frein aux dépenses puisqu'aucune subvention (aide financière ou dédommagement) n'est prévue. 4 Programme de la législature Le présent projet n'a pas été annoncé dans le programme de la législature 1995-1999 (FF 1996 II 289). En raison des recommandations de Stockholm et de l'activité de plus en plus internationale des banques et des intermédiaires financiers dont les opérations deviennent de plus en plus complexes, un renforcement de la surveillance transfrontalière est indispensable. Ce projet doit être considéré comme urgent. Les milieux bancaires concernés eux-mêmes estiment que les inspections sur place sont un instrument important pour la surveillance et ont fait part de leur intérêt à ce qu'elles soient autorisées en Suisse. 5 Contexte international 51 Vue d'ensemble de qui est pratiqué à l'étranger En vue de la Conférence internationale des autorités de surveillance bancaire qui a eu lieu en 1996 à Stockholm, une enquête relative aux systèmes nationaux de surveillance a été réalisée. 127 pays y ont participé. Les résultats de cette enquête montrent que 83 pour cent des pays industrialisés et 90 pour cent des autres pays procèdent eux-mêmes à des contrôles directs auprès des banques assujetties. 87 pour cent des pays industrialisés et 80 pour cent des autres pays permettent les inspections sur place effectuées par les autorités du pays d'origine. Parmi ces Etats, 100 pour cent des pays industrialisés et 83 pour cent des autres pays octroient la possibilité d'avoir accès à l'identité des débiteurs, alors que respectivement

90 pour cent et 74 pour cent étendent cette possibilité à l'identité des déposants¹⁷¹. Tous les Etats représentés au sein du Comité de Baie ont par ailleurs indiqué dans une enquête qu'ils autorisent les inspections sur place. La plupart d'entre eux n'ont pas de réglementation légale expresse. Mais on peut partir de l'idée que certains pays ont qualifié d'inspections sur place des discussions informelles entre la direction d'un établissement dans leur pays et l'autorité étrangère du pays d'origine. ⁵² Réglementation au sein de l'Union européenne Au sein de l'Union européenne, les inspections sur place sont un corollaire de la surveillance exercée par le pays d'origine. Elles sont par conséquent prévues dans différentes directives. L'article 15 de la deuxième directive de coordination bancaire ¹⁷¹ Rapport de gestion CFB 1996 p. 239. 3406

caire¹⁷² prévoit, en ce qui concerne les banques qui ont une licence européenne unique, que les autorités de surveillance d'un Etat membre d'origine peuvent, après en avoir préalablement informé les autorités du pays d'accueil, procéder à des vérifications sur place des succursales installées dans un autre Etat de l'Union européenne. Aux termes de l'article 7, 7^e alinéa, de la directive sur la surveillance consolidée¹⁷³, les vérifications sur place sont également autorisées auprès de filiales installées dans un Etat de l'Union européenne. Selon cette disposition, les Etats membres doivent prévoir que les autorités de surveillance d'un pays d'origine membre de l'Union européenne peuvent contrôler elles-mêmes ou faire contrôler par un réviseur externe les informations qu'elles ont reçues d'une filiale étrangère installée dans un Etat membre. L'autorité de surveillance du pays d'origine membre de l'Union européenne doit demander aux autorités du pays d'accueil membre de l'Union européenne l'autorisation de procéder à une vérification directe. En présence d'une telle requête, l'autorité de surveillance du pays d'accueil a trois possibilités. Elle peut: - permettre à l'autorité du pays d'origine de procéder à la vérification, - procéder elle-même à cette vérification, ou - permettre qu'un réviseur procède à cette vérification sur place. L'article 7, 7^e alinéa, de la directive de la CE sur la surveillance consolidée va moins loin que les recommandations de Stockholm qui n'entendent pas laisser les contrôles directs dans le pouvoir d'appréciation de l'autorité du pays d'accueil mais dans celui de l'autorité du pays d'origine. Cette différence s'explique par le fait que la directive européenne est plus ancienne et que les évolutions les plus récentes sur le plan international n'y ont pas encore été intégrées. Elle correspond par conséquent seulement aux recommandations du Comité de Baie de 1992. A l'image de la Suisse, la CE est par conséquent confrontée aux nouvelles exigences du Comité de Baie qu'elle a déjà reconnu en qualité de «leading regulator» pour d'autres aspects de la surveillance¹⁷⁴. Pendant l'automne 1997, le Comité consultatif bancaire de la CE a demandé que la réglementation des inspections sur place dans la directive sur la surveillance consolidée soit adaptée aux recommandations de Stockholm. Les travaux préparatoires sont en cours et il est prévu de les accélérer au cours de l'année 1998. Depuis 1994, la Commission de la CE mène des discussions avec la Suisse et d'autres Etats tiers dans le but de conclure des accords sur la surveillance consolidée des groupes bancaires exerçant une activité transfrontalière. La Suisse n'a pas encore entrepris de négociation formelle. Jusqu'à présent, les discussions ont eu lieu au niveau des experts. Elles ont pour objet l'échange d'informations notamment dans le cadre de contrôles transfrontaliers directs. Compte tenu des nouvelles conditions des recommandations de Stockholm, il a été décidé en automne 1997 de ne poursuivre les discussions qu'à partir du moment où les mesures prises en vue de l'application de ces recommandations seront plus avancées des deux côtés. Du point de vue de la Suisse, c'est en particulier la manière dont l'Union européenne appliquera les recommandations de

Stockholm dans ses relations avec les Etats tiers qui sera importante. 172 Deuxième directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE (JOCE n° L 386 du 30. 12. 1989). 173 Directive 92/30/CEE du Conseil du 6 avril 1992 sur la surveillance des établissements de crédit sur une base consolidée (IOCE n° L 110 du 28. 4. 1992). 174 Les règles en matière de fonds propres de la CE (89/299/CEE et 89/647/CEE) se fondent ainsi en majeure partie sur les normes minimales de Baie de 1988 (Accord de Bâle). 3407

La CE a admis le principe d'une surveillance d'ensemble sur les groupes qui exercent des activités empiétant sur différents secteurs des domaines bancaire, du négoce de titres et des assurances. Elle se base sur les travaux préparatoires du «Joint Forum on Financial Conglomerates». Il s'agit d'une réunion des institutions de surveillance en matière de banques, de commerce de valeurs mobilières et d'assurances, où la Commission des banques est représentée. Cette assemblée a le mandat de débattre des moyens -pratiques qui pourraient permettre un échange d'informations entre autorités de surveillance chargés de secteurs différents (au plan national et international). Elle doit en outre identifier les obstacles pratiques et légaux pouvant empêcher un tel échange, examiner les moyens d'améliorer la coordination de la surveillance et enfin développer des principes en vue d'une surveillance plus efficace des entreprises contrôlées qui font partie d'un conglomerat financier international. 53 Grande-Bretagne La Grande-Bretagne n'a aucune base légale expresse qui réglerait la question des inspections sur place effectuées par des autorités étrangères de surveillance du pays d'origine d'un groupe bancaire. Mais de tels contrôles ne sont pas interdits. La «Bank of England», en sa qualité d'autorité de surveillance bancaire, encourage au contraire les autorités étrangères de surveillance à en effectuer. Ce sont en particulier les autorités d'autres Etats de l'Union européenne et des Etats-Unis qui font usage de cette possibilité. Ces dernières disposent en partie à Londres de comptoirs permanents. La «Bank of England» demande aux autorités étrangères de surveillance de lui accorder un entretien avant de procéder à l'inspection sur place et de lui faire savoir ensuite comment l'exercice s'est déroulé. 54 Luxembourg Au Luxembourg, les autorités étrangères de surveillance ont deux possibilités pour exercer la surveillance consolidée sur des filiales sises dans ce pays. Elles peuvent demander la désignation d'un réviseur ou exiger de la maison mère étrangère toutes les données concernant la filiale qui sont nécessaires pour la surveillance consolidée. Afin de compléter les informations obtenues par la voie interne, les autorités étrangères de surveillance sont autorisées à mener des discussions avec la direction des filiales au Luxembourg. Au cours de ces discussions sur place, elles peuvent avoir accès aux informations qui leur sont nécessaires pour la surveillance consolidée afin de se faire une opinion sur les risques internes à la banque, sur la qualité de l'organisation et sur celle du contrôle interne. L'Institut Monétaire Luxembourgeois organise une rencontre avec l'autorité étrangère de surveillance afin de préparer la discussion puis d'y mettre un point final. La possibilité d'effectuer des inspections sur place au Luxembourg est utilisée avec une fréquence variable par les différentes autorités étrangères de surveillance. Certaines procèdent à des contrôles ponctuels et d'autres effectuent des inspections régulières une fois par année. 3408

6 Bases juridiques 61 Constitutionnalité et légalité La compétence constitutionnelle de la Confédération pour cette modification de loi découle de l'article 149a Cst. 62 Délégation

du droit de légiférer Le projet ne contient aucune délégation du droit de légiférer au Conseil fédéral ou à une autre autorité. 40065 3409

Annexes Table des abréviations BNS Banque nationale suisse BTJP Berner Tage für die juristische Praxis Bull. sten. Bulletin sténographique (aujourd'hui: Bulletin officiel) de l'Assemblée fédérale CC Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210 CE / CEE Communauté (économique) européenne CER Commission de l'économie et des redevances CFB Commission fédérale des banques CO Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations); RS 220 est. Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Constitution fédérale; RS 101 DFF Département fédéral des finances DFJP Département fédéral de justice et police FMI Fonds monétaire international FSE Fédération des sociétés suisses d'employés JO Journal officiel des Communautés européennes LB Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, Loi sur les banques; RS 952.0 LDIP Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé; RS 291 LIFO Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct; RS642.11 LIPI Loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut fédéral de la Propriété intellectuelle; RS 172.010.31 LP Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite; RS 281.1 LPM Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques; RS 232.77 OB Ordonnance du 17 mai 1992 sur les banques et les caisses d'épargne, Ordonnance sur les banques; RS 952.02 OECD / OCDE Organisation for Economie Coopération and Development / Organisation pour la coopération et le développement économi- ques ORC Ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce; RS 221.411 PA Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative; RS 772.02; PJA Pratique juridique actuelle PSS Parti social iste suisse rapport du CF Rapport du Conseil fédéral du 29 mars 1995 RSDA Revue suisse du droit des affaires UBCS Union des banques cantonales suisses USS Union syndicale suisse ZBL Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 3410

* Loi fédérale Projet sur les banques et les caisses d'épargne Modification du L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse, vu le message du Conseil fédéral du 27 mai 1998", arrête: I La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne² est modifiée comme suit: Titre Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) Art. 3a 1 Est réputée banque cantonale toute banque créée en vertu d'un acte légal cantonal et revêtant la forme d'une institution ou d'une société anonyme. Le canton doit détenir dans cette banque une participation de plus d'un tiers du capital et des droits de vote. 2 Les banques cantonales ne peuvent commencer leur activité qu'après avoir obtenu une autorisation de la Commission des banques, conformément à l'article 3. 3 Les banques cantonales dont les cantons garantissent intégralement les engage- ments n'ont pas besoin d'une autorisation. Elles doivent toutefois satisfaire aux exigences définies à l'article 3, 2e et 3e alinéas, et elles sont soumises à la sur- veillance de la Commission des banques. Art. 5, 2e al. 2 Le présent article ne s'applique pas aux banquiers privés qui ne font pas appel au public pour obtenir des dépôts de fonds. Art. 23i"iniuies 1 La Commission des banques retire à la banque qui ne remplit plus les conditions requises ou qui viole gravement ses obligations légales l'autorisation d'exercer son activité. En pareil cas, elle peut ordonner la fermeture d'une banque cantonale dont les engagements sont garantis intégralement par le canton. 1 FF 1998 3349 2 RS 952.0 3411

Banques et caisses d'épargne. LF 2 Le retrait de l'autorisation entraîne, pour les personnes morales, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite, la dissolution et, pour

les raisons individuelles, la radiation au registre du commerce. La commission désigne le liquidateur et surveille son activité. La dissolution de banques cantonales dont les engagements sont garantis intégralement par les cantons ressortit à ces derniers. Art. 23^{seP}KS (nouveau) 1 Afin d'assurer l'application de la présente loi, la Commission des banques peut procéder elle-même ou faire procéder par un réviseur à des contrôles directs auprès des établissements à l'étranger de banques dont elle assume la surveillance consolidée incombant au pays d'origine. 2 Elle peut autoriser les autorités étrangères de surveillance des banques ou des marchés financiers à procéder à des contrôles directs auprès des établissements en Suisse de banques étrangères si ces autorités: a. assument la surveillance consolidée incombant au pays d'origine sur les banques examinées; b. utilisent les informations obtenues exclusivement à des fins de surveillance consolidée des banques ou d'autres intermédiaires financiers soumis à autorisation; c. sont liées par le secret professionnel ou par le secret de fonction, et d. ne transmettent les informations obtenues à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'autorisation de la Commission des banques. Lorsque l'entraide internationale en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales. La Commission des banques décide en accord avec l'Office fédéral de la police. 3 Seules des informations nécessaires à la surveillance consolidée des banques ou des intermédiaires financiers peuvent être obtenues par des contrôles directs transfrontaliers. Il s'agit en particulier d'informations permettant de savoir si une banque ou un intermédiaire financier, dans tout le groupe: a. est organisé de manière appropriée; b. recense, limite et surveille de manière appropriée les risques encourus dans le cadre de ses activités; c. est dirigé par des personnes qui présentent toutes garanties d'une activité irréprochable; d. satisfait aux prescriptions en matière de fonds propres et de répartition des risques sur base consolidée, et e. remplit correctement son obligation de rendre compte aux autorités de surveillance. 4 Si une autorité étrangère de surveillance des banques ou des marchés financiers, lors de contrôles directs en Suisse, souhaite avoir accès à des informations qui sont liées directement ou indirectement à des opérations de gestion de fortune ou de placement pour le compte de clients de la banque, la Commission des banques re- 3412

•* Banques et caisses d'épargne. LF cueille elle-même ces informations et les transmet à l'autorité requérante. La procédure est régie par la loi sur la procédure administrative³. 5 La Commission des banques peut accompagner les autorités étrangères de surveillance des banques ou des marchés financiers lors de leurs contrôles directs en Suisse ou les faire accompagner par un réviseur reconnu au sens de la loi sur les banques. 6 Sont considérés comme des établissements de banques au sens du présent article: a. les filiales, succursales et représentations de banques; b. d'autres entreprises lorsque leur activité est intégrée dans la surveillance consolidée effectuée par une autorité de surveillance des banques ou des marchés financiers. 7 Les établissements organisés selon le droit suisse doivent fournir aux autorités étrangères de surveillance des banques ou des intermédiaires financiers ainsi qu'à la Commission des banques toutes les informations nécessaires aux contrôles directs ou à l'entraide administrative accordée par la Commission des banques et leur accorder le droit de consulter leurs livres. Art. 38, 1^{er} al. Abrogé Dispositions transitoires 1 Pendant les dix ans qui suivent l'entrée en vigueur de la présente loi, les banques cantonales de Vaud et de Genève demeurent exemptées de l'autorisation, pour autant que leur statut juridique ne soit pas modifié et que la garantie de l'Etat ne soit pas limitée davantage. Elles doivent remplir les conditions d'octroi de l'autorisation mentionnées à l'article 3, 2^e et 3^e alinéas, et elles

sont soumises à la surveillance de la Commission des banques. 2 Pour la banque cantonale de Zoug, une participation du canton de plus d'un tiers des droits de vote, conformément à l'article 30, 1er alinéa, n'est pas requise, pour autant que le canton ne modifie ni la garantie de l'Etat ni l'exercice du droit de vote et qu'il demeure assuré que des décisions importantes ne puissent pas être prises sans l'accord du canton. III Référendum et entrée en vigueur 1 La présente loi est sujette au référendum facultatif. 2 Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur. 40065 3 RS 172.021 3413

Banques et caisses d'épargne. LF Annexe Modification d'autres lois fédérales La loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières est modifiée comme suit: Art. 38a Contrôles transfrontaliers (nouveau) 1 Afin d'assurer l'application de la présente loi, l'autorité de surveillance peut procéder elle-même ou faire procéder par un réviseur à des contrôles directs auprès des établissements à l'étranger de bourses ou de négociants dont elle assume la surveillance consolidée incombant au pays d'origine. 2 Elle peut autoriser les autorités étrangères de surveillance des bourses ou des négociants à procéder à des contrôles directs des établissements en Suisse de bourses ou de négociants étrangers si ces autorités: a. assument la surveillance consolidée incombant au pays d'origine sur les bourses ou les négociants examinés; b. utilisent les informations obtenues exclusivement à des fins de surveillance consolidée des bourses ou des négociants; c. sont liées par le secret professionnel ou le secret de fonction, et d. ne transmettent les informations obtenues à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'assentiment de l'autorité de surveillance suisse. Lorsque l'entraide internationale en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales. L'autorité de surveillance décide en accord avec l'Office fédéral de la police. 3 Seules des informations nécessaires à la surveillance consolidée des bourses ou des négociants peuvent être obtenues par des contrôles directs transfrontaliers. Il s'agit en particulier d'informations permettant de savoir si un négociant, dans tout le groupe: a. est organisé de manière appropriée; b. recense, limite et surveille de manière appropriée les risques encourus dans le cadre de ses activités; c. est dirigé par des personnes et emploie des collaborateurs responsables qui présentent toutes garanties d'une activité irréprochable; d. satisfait aux prescriptions en matière de fonds propres et de répartition des risques sur base consolidée, et e. remplit correctement son obligation de rendre compte aux autorités de surveillance. 4 Si une autorité étrangère de surveillance des bourses ou des négociants, lors de contrôles directs en Suisse, souhaite avoir accès à des informations qui concernent des clients de négociants, la Commission des banques recueille elle-même les informations et les transmet à l'autorité requérante. La procédure est régie par la loi sur la 4 RS 954.1 3414

Banques et caisses d'épargne. LF procédure administrative 5. La transmission d'informations sur des personnes qui, de manière évidente, ne sont pas impliquées dans l'affaire qui fait l'objet de l'enquête est interdite. 5 L'autorité suisse de surveillance peut accompagner les autorités étrangères de surveillance des bourses ou des négociants lors de leurs contrôles directs en Suisse ou les faire accompagner par un réviseur reconnu au sens de la loi sur les bourses. 6 Sont considérés comme des établissements au sens du présent article: a. les filiales, succursales et représentations de bourses et de négociants, b. d'autres entreprises lorsque leur activité est intégrée dans la surveillance consolidée effectuée par une autorité de surveillance des bourses ou des négociants. 7 Les établissements organisés selon le droit suisse doivent fournir aux autorités étrangères de surveillance des bourses et des négociants

ainsi qu'à la Commission des banques toutes les informations nécessaires aux contrôles directs ou à l'entraide administrative accordée par la Commission des banques et leur accorder le droit de consulter leurs livres. 40065 RS 172.021 3415

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message sur la révision de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 27 mai 1998 In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 1998 Année Anno Band 4 Volume Volume Heft 29 Cahier Numero Geschäftsnummer 98.033 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 28.07.1998 Date Data Seite 3349-3415 Page Pagina Ref. No 10 109 527 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert. Le document a été digitalisé par les. Archives Fédérales Suisses. Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.