**Circulaire de la Commission fédérale des banques:
Loi sur les banques et nouveau droit des sociétés anonymes
(Loi sur les banques / Droit des S.A.)
du 25 août 1993 (Abrogée le 1^{er} décembre 2006)**

1. Principes

Les banques organisées en société anonyme appliqueront en principe les règles du nouveau droit des sociétés anonymes telles que prévues par la modification du 4 octobre 1991, ainsi que les dispositions de la loi et de l'ordonnance sur les banques. Lorsque la loi sur les banques ou d'autres dispositions légales ordonnent expressément l'application du droit des sociétés anonymes, toutes les autres banques en appliqueront également les règles. 1

Lorsque le droit des sociétés anonymes chevauche ou contredit la loi ou l'ordonnance sur les banques de manière à provoquer des incertitudes ou des contresens, il faut examiner de cas en cas si les dispositions de la loi et de l'ordonnance prévalent en leur qualité de *lex specialis* (loi spéciale) ou si au contraire le nouveau droit des sociétés anonymes l'emporte en tant que *lex posterior* (loi postérieure). 2

Les principes suivants doivent en particulier être pris en considération: 3

- la réserve en faveur de la loi sur les banques figurant à l'article 16 des dispositions finales et transitoires du code des obligations, du 18 décembre 1936, vaut également à l'égard du nouveau droit des sociétés anonymes;
- le nouveau droit des sociétés anonymes s'applique aussi aux banques organisées en société anonyme lorsque, comme jusqu'à présent, la loi sur les banques ne contient pas de dispositions réservées;
- le nouveau droit des sociétés anonymes s'applique en principe aux banques constituées en société anonyme s'il contient des dispositions qui vont au-delà des dispositions spéciales de la loi sur les banques;
- les renvois de la loi et de l'ordonnance sur les banques au droit des sociétés anonymes implique le renvoi aux dispositions en vigueur, c'est à dire au nouveau droit dans sa version du 4 octobre 1991;
- la loi et l'ordonnance sur les banques s'appliquent en tant que loi spéciale lorsqu'elles contiennent des dispositions divergentes du code des obligations; à défaut de telles dispositions, le droit des sociétés anonymes est applicable.

La CFB n'a pas de compétence définitive pour interpréter des règles de droit civil, elle peut seulement, dans le cadre de l'application de la loi et de l'ordonnance sur les banques, examiner des questions de droit privé à titre préjudiciel. L'interprétation donnée par les juges civils et les registres du commerce, qui ne sauraient être liés par l'interprétation de la CFB, est par conséquent réservée, les présentes notes explicatives ne concernant que l'application des dispositions du droit des sociétés anonymes par la CFB en relation avec la loi et l'ordonnance sur les banques. 4

Sur la base des principes susmentionnés, la présente circulaire expose la manière dont la CFB estime que les nouvelles dispositions du droit des sociétés anonymes qui apparaissent incertaines en regard de la loi et de l'ordonnance sur les banques doivent être appliquées aux banques. 5

Les termes utilisés par la loi et l'ordonnance sur les banques ou le droit des sociétés anonymes doivent être interprétés selon les mêmes principes. Les nouveaux termes du droit révisé des sociétés anonymes n'appellent en principe aucune adaptation immédiate des statuts et des 6

règlements des banques. Lors de révisions futures des statuts et des règlements, il conviendra par contre de prendre en considération les nouveaux termes du droit des sociétés anonymes, sauf si la loi ou l'ordonnance sur les banques prévalent.

2. Dispositions particulières

Art. 635a, 652f et 653f CO / Art. 3 al. 2 let. a et al. 3 LB

Les attestations de vérification établies lors de la fondation et en cas d'augmentation de capital font partie intégrante des documents que la banque doit remettre à la CFB en application de l'art. 3 al. 2 et 3 LB. Elles doivent être établies par l'organe de révision bancaire.

7

Art. 650 - 653i CO et art. 656a - j CO / Art. 11a al. 1 let. a OB

Lors d'une augmentation ordinaire ou autorisée du capital-actions, les fonds propres de base ainsi créés peuvent être pris en compte en application de l'art. 11a al. 1 let. a OB dès que le conseil d'administration a constaté, conformément à l'art. 652g al. 1 ch. 3 CO, que les apports ont été effectués. Lors d'une augmentation conditionnelle, la prise en compte peut avoir lieu dès que le conseil d'administration a constaté l'état du capital-actions à la fin de l'exercice conformément à l'art. 653g al. 1 CO.

8

Art. 656a CO / Art. 11 al. 1 let. a OB

Abrogé

9

Art. 659 et 659a al. 1 CO

Les propres actions du portefeuille destiné au négoce qui sont nécessaires dans le cadre d'une activité commerciale usuelle ne doivent pas être prises en compte lors de l'application de l'art. 659 CO. Il en va de même des bons de participation (art. 656b al. 3 CO).

10

Art. 659a al. 2 et 671a CO / Art. 11a al. 1 let. a et al. 3 OB

Les banques sont également obligées de constituer et de comptabiliser une réserve séparée conformément à l'art. 659a al. 2 CO. Les propres actions et bons de participation du portefeuille destiné au négoce qui sont nécessaires dans le cadre d'une activité commerciale usuelle sont dispensées de cette obligation en application de l'art. 25 al. 5 OB. (= propres titres de participation)

11

La réserve séparée pour propres titres de participation est comptée comme fonds propres de base au sens de l'art. 11a al. 1 let. b OB. Les propres titres de participation non compris dans le portefeuille destiné au négoce doivent par ailleurs être déduits des fonds propres de base (art. 11a al. 3 let. a OB). En outre, les propres titres de participation du portefeuille destiné au négoce doivent être pondérés à raison de 1250 % lors du calcul des exigences en matière de fonds propres (art. 12h al. 4 ch. 4 OB).

12

Art. 662 - 676 CO / Art. 6 LB, art. 23 - 28 OB

L'art. 6 al. 2 LB est valable également en regard des nouveaux principes de présentation des comptes du droit des sociétés anonymes. Depuis leur entrée en vigueur, les art. 662 à 676 CO lient par conséquent toutes les banques. Les dispositions particulières de la loi et de l'ordonnance sur les banques, ainsi que les DEC-CFB et les circulaires qui en découlent, sont en outre applicables comme précédemment.

13

En raison de dispositions spéciales de la loi et de l'ordonnance sur les banques

(cf. les notes ci-dessous), ou pour des causes matérielles, les dispositions suivantes ne sont pas applicables aux banques: art. 663, 663a al.1-3 et 666 CO. L'art. 671 CO n'est applicable que partiellement (cf. note 22). L'art. 663a al. 4 est en revanche applicable.

14

Les art. 662 à 676 CO s'appliquent pour la première fois à toutes les périodes comptables commençant après le 30 juin 1992, donc en particulier aux comptes annuels 1993.

15

La structure du bilan, du compte de résultat et de l'annexe est régie par les art. 23 ss OB.

16

Abrogé	17
Les bouclements intermédiaires selon les dispositions de l'ordonnance sur les banques constituent des comptes intermédiaires au sens de l'art. 652a al. 1 ch. 5 CO.	18
Les comptes de groupe doivent être établis selon les dispositions de l'ordonnance sur les banques, en particulier les art. 23a et 25e OB.	19
Le chap. II DEC-CFB doit être appliqué en sus des art. 669 et 670 CO.	20
Abrogé	21
Art. 671 al. 2 ch. 1 CO / Art. 5 al. 1bis let. a LB	
L'art. 5 LB est applicable à toutes les banques, à l'exception des banques cantonales et des banquiers privés qui ne font pas appel au public pour obtenir des dépôts de fonds. L'art. 5 al. 1bis let. a LB, qui va plus loin que l'art. 671 al. 2 ch. 1 CO, prévaut sur ce dernier.	22
Art. 684 - 686a CO / Art. 3bis et 3ter LB, art. 44 OB	
Abrogé	23
Art. 697a - f CO / Art. 23bis al. 2 LB, art. 49 al. 2 OB	
Le contrôle spécial prévu par les art. 697a ss CO doit être clairement distingué de la révision extraordinaire ordonnée par la CFB en conformité de l'art. 23bis al. 2 LB. Le premier peut être demandé par un actionnaire et exécuté par n'importe quel expert. La révision extraordinaire ne peut être ordonnée que par la CFB et sera en règle générale confiée à une société habilitée à effectuer des révisions bancaires.	24
Art. 697h CO / Art. 6 LB, art. 26 OB	
En matière de publication du bouclement individuel et des comptes de groupe, les dispositions plus sévères de la loi et de l'ordonnance sur les banques ont priorité.	25
Par ailleurs, c'est le bilan avant répartition du bénéfice, accompagné d'une proposition pour cette répartition, qui doit être publié.	26
Art. 713 al. 2 CO / Art. 3 al. 2 let. a LB	
Les décisions du conseil d'administration prises par voie de circulation sont soumises à l'art. 713 al. 2 CO (changement de pratique par rapport au Bulletin CFB 2 (1978) p.5); l'exigence de l'unanimité n'est plus requise.	27
Art. 716 - 721 CO / Art. 3 al. 2 let. a LB / Art. 7 - 10 OB	
En application de la loi et de l'ordonnance sur les banques, le conseil d'administration doit impérativement déléguer la gestion à des tiers - à l'exception de la décision en matière de gros risques (art. 21 al. 1 OB) - et les compétences doivent être définies dans les statuts et les règlements. Les diverses possibilités en matière d'organisation prévues par le droit des SA sont exclues pour les banques.	28
La liste des attributions intransmissibles du conseil d'administration selon l'art. 716a CO correspond aux attributions des organes préposés à la haute direction, à la surveillance et au contrôle conformément à l'art. 3 al. 2 let. a LB.	29
Il est possible de déduire de l'art. 716a ch. 4 CO qu'il ne faut entendre par personnes chargées de la gestion et de la représentation que les organes au sens des articles 716b al. 1 et 718 al. 2 CO. Le conseil d'administration peut dès lors déléguer à la direction la compétence de nommer et de révoquer les fondés de pouvoir et autres mandataires commerciaux (art. 721 CO). La CFB admettra les dispositions statutaires à cet effet.	30
Art. 727b al. 2, 727d al. 3 et 729 CO / Art. 20 LB	
Les personnes qui sont reconnues comme réviseurs responsables par la CFB, répondent aux exigences de l'ordonnance du Conseil fédéral sur les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés du 15 juin 1992. A l'intention des réviseurs responsables qui le demandent, la CFB établira à l'attention du registre du commerce une attestation confirmant	31

leur qualification particulière au sens de l'art. 3 al. 2 de l'ordonnance susmentionnée. Cette attestation n'aura cependant aucun effet civil direct, la reconnaissance par les registres du commerce et les juges civils restant réservée. Elle ne saurait non plus remplacer les autres documents à produire conformément à ladite ordonnance concernant les qualifications professionnelles des réviseurs particulièrement qualifiés.

Art. 729a CO / Art. 21 LB

Comme précédemment, la présentation conjointe des rapports de révision selon le CO et selon la loi sur les banques est possible sans autres. 32

Art. 731a CO / Art. 44 let. b, l, o et h OB

L'examen des comptes consolidés selon l'art. 44 OB ne peut être effectué que par l'organe de révision bancaire. La vérification des comptes de groupe selon le CO peut en revanche être effectuée par un réviseur particulièrement qualifié selon le CO. En toute logique, l'organe de révision bancaire devrait cependant pouvoir effectuer également la vérification des comptes de groupe selon le CO (cf. note 31). 33

Art. 732 al. 2 CO / Art. 11 LB

Le rapport de révision spécial en cas de réduction du capital social selon l'art. 732 al. 2 CO et l'art. 11 al. 1 let. a LB doit être établi par l'organe de révision bancaire (cf. note 31). 34

Art. 736 ch. 4, 740 et 741 CO / Art. 23quinquies LB

La liquidation d'une société anonyme bancaire décidée par le juge selon l'art. 736 ch. 4 CO ne soulève pas de nouvelles questions par rapport à l'ancien droit des sociétés anonymes. Comme précédemment, la CFB doit en être informée par la banque elle-même (art. 3 al. 3 LB), ou par l'organe de révision. Il n'est pas possible de prendre position sur les autres solutions judiciaires potentielles selon l'art. 736 ch. 4 CO. 35

Art. 745 al. 3 CO

L'attestation d'extinction des dettes selon l'art. 745 al. 3 CO doit être effectuée par l'organe de révision bancaire (cf. note 31). 36

Art. 752 - 761 CO / Art. 39 - 45 LB

Les dispositions particulières de responsabilité civile de la loi sur les banques ont en principe valeur de lex specialis. En tant que lex posterior, et dès lors que la loi sur les banques ne contient aucune disposition correspondante, les art. 754 al. 2, 759 et 761 CO peuvent cependant également être valables pour les banques. 37

3. Nouvelles dispositions de la loi ou de l'ordonnance

Les modifications ultérieures de la loi ou de l'ordonnance sur les banques sont réservées et auront priorité sur les notes explicatives de la présente circulaire. 38

Date de l'entrée en vigueur: 25 août 1993

Chiffres marginaux 8, 9, 11 - 13, 16 - 21, 23 et 25 selon modification du 1er février 1995; entrée en vigueur le 1er février 1995.

Base légale: Art. 16 des dispositions finales et transitoires des titres XXIV à XXXIII CO