

Secret et transparence pour les intermédiaires financiers

Paolo Bernasconi*

Jurisprudence récente concernant le secret bancaire

Tous les intermédiaires financiers exerçant sur territoire suisse continuent à rester tenus à garder le secret le plus strict concernant les circonstances dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur activité professionnelle, et cela dans l'intérêt de leurs clients, à l'égard de personnes privées ainsi que des autorités suisses et étrangères. Il s'agit d'obligations prévues par plusieurs normes légales de droit pénal¹ et de droit civil² ainsi que par la Loi fédérale sur la protection des données. Ces obligations de discrétion connaissent depuis des décennies une limitation importante dans le cadre de procédures judiciaires civiles et pénales ainsi que de certaines procédures administratives, suisses ou, à certaines conditions, même étrangères. Une

Résumé

La nouveauté principale dans le domaine de la limitation de l'obligation de discrétion est représentée par l'obligation de livrer aux autorités suisses l'identité de l'ayant droit économique de relations d'affaires auprès de filiales off-shore de banques suisses.

limitation importante nouvelle est représentée par l'obligation de signaler les cas suspects au sens de l'art. 9 de la Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier. En réalité, la nouveauté principale dans le domaine de la limitation de l'obligation de discrétion est représentée par l'obligation de livrer aux autorités suisses et même, sous des conditions déterminées étrangères, l'identité de l'ayant droit économique de relations d'affaires auprès de filiales off-shore de banques suisses.

Tendances récentes concernant l'ayant droit économique

Le concept d'ayant droit économique fit sa première apparition dans le système normatif suisse déjà dans le cadre de la première version de la Convention de diligence des banques, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1977. Dès le 1^{er} août 1990 ce concept fut élevé au niveau de la législation fédérale³ moyennant l'art. 305ter du Code Pénal Suisse, qui prévoit la punissabilité des intermédiaires financiers qui n'ont pas vérifié l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances⁴. En relation avec cette codification, pour respecter les obligations établies par les Directives anti-blanchiment de la Commission fédérale des banques⁵, les banques ont mis en œuvre l'enregistrement centralisé du nom des ayants droit économiques. Au plus tard dès le 1^{er} avril 2000, sur la base de la nouvelle Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, tous les autres intermédiaires financiers auront introduit un tel système. Cette mesure organisationnelle permet d'avoir facilement et rapidement accès à ces renseignements hautement confidentiels, non seulement aux autorités judiciaires pénales, mais aussi à des autorités compétentes dans d'autres domaines du droit.

Ainsi, un nombre croissant de créanciers obtient le séquestre de biens appartenants à des débiteurs résidents hors de la Suisse d'après l'art. 271 LP, même dans le cas où ces biens ont été cachés auprès d'un intermédiaire financier moyennant l'utilisation d'une société de domicile off-shore de la part de son ayant droit économique. Bien que les autorités compétentes n'admettent pas la réception pure et simple du concept d'ayant droit économique dans le droit des poursuites, ce résultat est atteint par les créanciers qui peuvent démontrer une utilisation abusive mise en œuvre par le débiteur, dans le but de soustraire ses biens aux recherches de ses créanciers. En effet, il suffit d'indiquer avec précision à l'autorité judiciaire le nom de l'intermédiaire financier – le plus souvent ce sera le cas d'une banque ou d'une société financière – auprès du-

quel le débiteur figure dans la liste des ayants droit économiques, pour obtenir que ses avoirs patrimoniaux soient soumis au séquestre.

D'une façon analogue, des créanciers, notamment dans le cadre de successions ainsi que de l'application des articles 145 ou 170 et 178 du Code Civil Suisse concernant le divorce respectivement la protection de l'union conjugale, peuvent obtenir de la part d'autorités judiciaires civiles suisses, sous forme d'exécution de mesures provisionnelles⁶, la saisie d'avoirs patrimoniaux auprès d'un intermédiaire financier, même dans le cas où le cohéritier ou le conjoint ne figure pas auprès de l'intermédiaire comme titulaire d'une relation, mais seulement comme ayant droit, et cela même lorsqu'il est connu comme bénéficiaire d'un trust⁷ ou d'une fondation de famille du Liechtenstein.

Par conséquent on constate que, malgré les réticences exprimées en doctrine⁸, on utilise avec la notion d'ayant droit économique, dans le cadre de poursuites pour dettes ainsi que de procédures civiles, un instrument qui avait été voulu par le législateur comme moyen pour lutter efficacement contre le blanchiment d'argent, et, en définitive, contre la criminalité. Une évolution pareille paraît se dessiner aussi pour ce qui concerne l'utilisation de l'obligation d'enregistrement centralisé du nom des ayants droit de signature⁹: en effet, cette nouveauté technique rendrait possible une enquête judiciaire non seulement pénale mais aussi civile concernant les avoirs de personnes qui se cachent derrière des prête-noms mais qui en même temps sont aussi titulaires du droit de signature sur le compte, comme procureurs ou fondés de pouvoir. Une autre utilisation étrangère aux finalités anti-blanchiment est constituée par les lettres de mise en garde envoyées aux banques par les avocats de personnes qui s'estiment lésées par un acte illicite ainsi que par une violation de leurs droits de cohéritier ou de conjoint commis par les titulaires ou par les ayants droit économiques d'un compte bancaire. Par le biais de lettres de cette nature, ces personnes visent l'obtention d'un blocage interne qui pourrait faciliter la satisfaction de leurs prétentions de droit civil¹⁰. A ce propos, il faut rappeler que la victime de l'infraction de base (Haupttat) peut engager la responsabilité délictuelle d'après l'art. 41 CO non seulement de l'auteur de celle-ci, mais aussi de l'auteur du blanchiment du produit de cette même infraction de base¹¹.

Obligation de renseignement concernant les clients de filiales off-shore

De nombreux établissements bénéficiant de l'autorisation pour exercer l'activité bancaire en Suisse ont répondu aux préoccupations de la clientèle suisse et étrangère devant la croissance des possibilités d'accès des autorités suisses et étrangères à l'identité de l'ayant droit économique, en mettant à disposition leurs filiales off-shore – notamment à Monaco, au Luxembourg, aux Iles Britanniques, aux Bahamas, aux Iles Cayman, aux British Virgin Islands et aux Antilles Néerlandaises – pour l'ouverture de comptes dont les avoirs continuaient à être gérés auprès de la banque en Suisse. Quelques autorités judiciaires pénales suisses ont surmonté cet obstacle en complétant leurs demandes de renseignements et de documents notifiées aux banques en Suisse, par la requête de fournir non seulement les documents concernant les relations bancaires auprès de la banque en Suisse, mais aussi les documents concernant les avoirs patrimoniaux en gestion auprès de cette même banque, indépendamment du fait qu'il s'agissait d'avoirs de personnes titulaires de comptes auprès de la filiale off-shore de cette même banque suisse. Par contre, la saisie directe de ces biens est interdite, ne pouvant être obtenue que moyennant une demande d'entraide adressée au pays dans lequel est située la filiale off-shore¹².

De nouvelles évolutions sur le plan des structures bancaires off-shore pourraient s'engendrer en conséquence d'un jugement du 30.8.1999 du Tribunal fédéral¹³, d'après lequel une banque de Genève a été contrainte à communiquer à la Commission fédérale des banques, ainsi requise par son homologue allemand, des renseignements concernant un client de sa filiale aux Iles Cayman, en raison du fait que les avoirs de ce compte étaient gérés par la banque à Genève. Par conséquent, ce nominatif concernant des comptes qui se trouvaient hors du territoire suisse a été mis à disposition de l'autorité de vigilance sur la bourse allemande dans le cadre d'une procédure administrative menée pour le chef de manipulation de cours de bourse. Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 38 LBVM, la Commission fédérale des banques a été interpellée de nombreuses fois par des autorités étrangères de vigilance sur la bourse qui demandaient son assistance dans l'intérêt de procédures de caractère administratif menées pour le chef de insider trading ou de manipulation de cours¹⁴. Une brèche importante a ainsi été ouverte, parce que, si la catégorie des personnes pouvant potentiellement faire l'objet d'une procédure pénale

suisse ou étrangère est relativement réduite, la catégorie des personnes dont les comptes bancaires, auprès d'instituts suisses ou de leurs filiales off-shore, pourraient faire l'objet d'une communication à l'autorité suisse et/ou à l'autorité étrangère administrative dans le cadre de la surveillance prudentielle boursière est, par contre, extrêmement plus vaste. En effet, les autorités de vigilance sur la bourse dirigent leurs procédures sur toutes les personnes qui ont donné des instructions concernant un titre incriminé pendant une période critique, qui peut varier entre un mois et six mois, immédiatement antécédente une oscillation majeure et imprévue du cours d'un titre coté en bourse. L'ampleur de cette catégorie est également influencée par le fait que la faculté de coopération internationale entre autorités de vigilance sur la bourse peut s'étendre à des opérations qui ont été accomplies même avant l'entrée en vigueur de l'art. 38 LBVM ou de l'art. 23sexies de la Loi fédérale sur les banques¹⁵.

Conclusion: Vers le renforcement de la protection juridique des investisseurs

L'élargissement des possibilités d'enquête de la part des autorités judiciaires et administratives suisses ainsi que par le biais de la coopération internationale avec les autorités étrangères, est en évolution continue. Une conclusion à ce sujet n'est donc pas possible, sauf pour recommander que l'on suive de très près l'évolution de la pratique et de la jurisprudence, qui risque de comporter progressivement une érosion de la confidentialité, sinon *de iure* au moins *de facto*, dans une mesure même plus ample que celle due aux pressions de l'étranger auxquelles le secret bancaire suisse est soumis actuellement. D'autre part, il faut reconnaître que cet élargissement des possibilités d'enquête profite largement aux personnes physiques et morales lésées dans leurs droits patrimoniaux¹⁶. Leurs débiteurs ne peuvent plus simplement se cacher derrière les secrets prévus par la loi mais doivent se défendre ouvertement en faisant valoir les arguments qui leurs sont conférés par le droit civil¹⁷ et pénal. En définitive, le fait que les contentieux se déplacent sur le plan juridique ne fait que contribuer à la sécurité juridique, qui continue à représenter un facteur d'attraction essentiel pour une place financière. ■

*avocat, Étude Sganzi, Bernasconi, Peter, Gaggini, à Lugano, professeur aux Universités de St.Gall et de Milan (Bocconi)

- ¹ Art. 47 de la Loi fédérale sur les banques, art. 43 de la Loi fédérale sur les bourses et sur les commerçants de valeurs mobilières, art. 6 en relation avec art. 23 de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale, art. 162 et art. 273 du Code Pénal Suisse
- ² Art. 398 alinéa 2 et art. 321 a) du Code des obligations (droit du mandat) aussi que les articles 28 ss. du Code Civil (droit de la personnalité)
- ³ Le concept d'ayant droit économique est utilisé aussi aux articles 4 et 5 LBA
- ⁴ A ce sujet il faut signaler que, dans un jugement du 30.4.1999, le Tribunal fédéral a établi qu'une condamnation d'après l'art. 305 peut être prononcée même dans le cas où le comportement incriminé ne constituerait pas une violation de la Convention et que, d'autre côté, toutes les violations de la Convention ne sont pas punissables pénalement
- ⁵ Directive no. 1/1990 ainsi que Directive no. 3/1998
- ⁶ cf. Bernasconi/Chopard (éd.), Mesures provisionnelles judiciaires et administratives. Droits et devoirs de la banque suisse et de ses clients, Lugano 1999
- ⁷ Kenney Martin, The Penetration of Assets Protection Trusts, dans: Journal of Financial Crime, Vol. 6, N. 2, 1998
- ⁸ cf. Matthey Sylvain, La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse, dans: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Zürich 1998, page 2; Stanislas Guy, Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignement de la banque, Semaine Judiciaire, 121, 1999, 309ss; Nobel Peter, Der wirtschaftlich Berechtigte – Ein unsicheres Konzept, RSDA 5/99, 258ss; Kuster Matthias, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265 a des revidierten SchKG, SJZ 93, 1997, 289
- ⁹ cf. Circulaire no. 1421D; de l'ASB en vigueur depuis le 1.7.1999
- ¹⁰ Pour plus de détails cf. Gericke Dieter, Der «Geldwäschearrest», dans Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, S. 371 ss.
- ¹¹ cf. Semaine Judiciaire 1998, 6461
- ¹² cf. Sträuli Bernhard, Territorialité de l'enquête pénale et garantie d'une activité irréprochable dans: Journée de droit bancaire et financier 1995 Berne, 1995, pages 123 ss.
- ¹³ ATF 125 II 450
- ¹⁴ La condition de double punissabilité étant satisfaite, parce que ces deux comportements sont punissables aussi en droit suisse d'après les articles 161 et 161bis du Code Pénal Suisse
- ¹⁵ Ainsi ayant été décidé par un ATF du 25.1.1999 (2A.345/1998)
- ¹⁶ Schmid/Ackermann (Hrsg.), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und Internationalen Rechts, Zürich, 1999; Cassani Ursula, Combattre le crime en confisquant les profils nouvelles perspectives d'une justice transnationale, in: Wirtschaftskriminalität, Zürich, 1999.
- ¹⁷ Arzt Günther, Einziehung und guter Glauben, in: Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Berne, 1996, 89; cf. aussi le chapitre «Des moyens de défense du client et de tiers» par Sylvain Matthey, La gestion des avoirs bancaires saisis par le juge d'instruction, in: Semaine Judiciaire 121 (Doctrine), 1999, 309ss, avec commentaire de la Circulaire de l'ABS N. 1429 D du 26.3.1999 concernant la gestion des valeurs patrimoniales faisant l'objet d'une mesure de blocage, laquelle a complété, sans l'abroger, la Circulaire de l'ASB N. 1286 du 8 avril 1997.

Geheimnis und Transparenz für Finanzintermediäre

Paolo Bernasconi*

Jüngste Rechtsprechung über das Bankgeheimnis

Alle auf dem Territorium der Schweiz tätigen Vermittler von Finanzgeschäften bleiben der strengsten Geheimhaltung aller Gegebenheiten unterworfen, über die sie in Folge ihrer Berufstätigkeit Kenntnis erhalten, dies im Interesse ihrer Kunden, gegenüber Privatpersonen und gegenüber den schweizerischen und ausländischen Behörden. Es handelt sich dabei um Pflichten, die sich aus mehreren Rechtsnormen des Strafrechts¹ und des Zivilrechts² sowie aus dem Bundesgesetz für Datenschutz ergeben. Diese Geheimhaltungspflichten erfahren seit Jahrzehnten im Rahmen von Zivilrechts- und Strafrechtsverfahren sowie im Rahmen von eini-

Zusammenfassung

Die wichtigste Neuerung im Bereich der Beschränkung der Geheimhaltungspflicht betrifft die Verpflichtung, den schweizerischen Behörden bei Geschäftsverbindungen mit Offshore-Filialen von Schweizer Banken die Identität des wirtschaftlich Berechtigten mitzuteilen.

gen schweizerischen oder, unter gewissen Bedingungen sogar ausländischen administrativen Verfahren, wichtige Einschränkungen. Eine wichtige neue Einschränkung ist die Verpflichtung, verdächtige Fälle gemäss Art. 9 des Bundesgesetzes über Geldwäscherei bei Geldgeschäften zu melden. In Wahrheit betrifft die wichtigste Neuerung im Bereich der Beschränkung der Geheimhaltungspflicht die Verpflichtung, den schweizerischen und sogar, unter bestimmten Bedingungen, den ausländischen Behörden bei Geschäftsverbindungen mit Offshore-Filialen von Schweizer Banken die Identität des wirtschaftlich Berechtigten mitzuteilen.

Die neusten Trends im Bereich des wirtschaftlich Berechtigten

Den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten findet man im Schweizer Gesetzssystem schon in der ersten Fassung der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Schweizer Banken, die am 1. Juli 1977 in Kraft getreten ist. Am 1. August 1990 ist dieser Begriff in die Bundesgesetzgebung³ aufgenommen worden mit Art. 305ter des Schweizer Strafrechts, welcher die Strafbarkeit von Finanzintermediären vorsieht, die die Identität des wirtschaftlich Berechtigten nicht mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt⁴ geprüft haben. In Zusammenhang mit dieser Gesetzgebung und damit die in den Anweisungen zur Bekämpfung von Geldwäscherei der Eidgenössischen Bankenkommission⁵ erlassenen Verpflichtungen eingehalten werden, haben die Banken mit der zentralisierten Registrierung des Namens des wirtschaftlich Berechtigten begonnen. Spätestens ab 1. April 2000, auf Grund des neuen Bundesgesetzes zur Bekämpfung von Geldwäscherei im Finanzbereich werden auch alle anderen Finanzintermediäre ein solches System eingeführt haben. Diese organisatorische Massnahme erlaubt es nicht nur den Strafverfolgungsbehörden, sondern auch Behörden in anderen Rechtsbereichen, schnell und einfach zu höchst vertraulichen Auskünften Zugang zu erhalten.

So kann zum Beispiel nach Art. 271 SchKG eine steigende Anzahl Gläubiger den Arrest auf Vermögensstücken von im Ausland wohnhaften Schuldnern erreichen, auch wenn diese Vermögensstücke vom wirtschaftlich Berechtigten bei einem Finanzintermediär unter der Deckung einer Off-Shore-Domizilgesellschaft versteckt wurden. Obwohl die zuständigen Behörden das Konzept des wirtschaftlich Berechtigten im Betreibungsrecht als unzulässig betrachten, erreichen Gläubiger dieses Resultat, wenn sie in der Lage sind, eine vom Schuldner eingesetzte missbräuchliche Anwendung zu beweisen, die das Ziel hatte, dessen Vermögenswerte der Suche seiner Gläubiger zu entziehen. In der Tat genügt es, den Namen und die Adresse des Finanzintermediärs präzise anzugeben –

meistens handelt es sich um eine Bank oder um eine Finanzgesellschaft – bei dem der Name des Schuldners in der Liste der wirtschaftlich Berechtigten auftaucht, um zu erreichen, dass die Vermögenswerte dieses Schuldners mit Arrest belegt werden.

In ähnlicher Weise können Gläubiger, besonders im Rahmen von Nachlässen und der Anwendung der Artikel 145 oder 170 und 178 ZGB über das Scheidungsverfahren bzw. den Schutz der ehelichen Gemeinschaft, von den schweizerischen Zivilrechtsbehörden, in Form von einstweiligen Verfügungen⁶, den Arrest auf Vermögensgütern bei einem Finanzintermediär erreichen, auch wenn der Miterbe oder der Ehegatte beim besagten Finanzintermediär nicht als Beziehungsträger erscheint, sondern nur als Berechtigter, und dies auch wenn er als Begünstigter eines Trusts⁷ oder einer liechtensteinischen Familienstiftung bekannt ist.

Deshalb stellt man fest, dass trotz den von der Lehre⁸ angemeldeten Zweifeln mit dem Begriff des wirtschaftlich Berechtigten im Rahmen von Schuldbetreibungen und Zivilrechtsverfahren ein Instrument verwendet wird, das anfänglich vom Gesetzgeber als Mittel zur effizienten Bekämpfung von Geldwäscherei und, schlussendlich, der Kriminalität vorgesehen worden ist. Eine solche Entwicklung scheint sich auch im Bereiche der Anwendung der zentralisierten Registrierungspflicht des Namens der Unterschriftsberechtigten⁹ abzuzeichnen: diese technische Neuheit würde nämlich nicht nur eine richterliche Straf-, sondern auch eine Ziviluntersuchung ermöglichen über Vermögensstücke von Personen, die sich hinter Decknamen verstecken und gleichzeitig auch als Prokuristen Unterschriftsberechtigte über Konten sind.

Eine andere der Geldwäschereibekämpfungsgesetzgebung fremde Anwendung stellen an die Banken geschickte Warnbriefe dar. Diese werden von Anwälten verschickt, deren Auftraggeber sich durch eine unerlaubte Tat sowie durch die Verletzung ihrer Rechte als Miterben oder Ehegatte durch die Inhaber oder die wirtschaftlich Berechtigten eines Bankkontos geschädigt fühlen. Mit Briefen dieser Art versuchen diese Personen eine interne Blockierung zu erwirken, welche ihre Zivilrechtsansprüche¹⁰ zufriedenstellen könnte. Diesbezüglich muss daran erinnert werden, dass das Opfer der Haupttat die Haftung wegen unerlaubter Handlungen gemäss Art. 41 OR nicht nur gegen den Täter dieser Haupttat, sondern auch gegen den Täter der Wäscherei des Geldes bzw. des Erlöses, das sich aus derselben Haupttat¹¹ ergab, beanspruchen kann.

Auskunftsverpflichtung in Bezug auf Kunden von Off-Shore-Filialen

Zahlreiche Institute, die über eine Bewilligung für die Ausübung bankähnlicher Aktivitäten in der Schweiz verfügen, haben auf die Bedenken der schweizerischen und ausländischen Kundschaft betreffend der immer zahlreicher werdenden Zugangsmöglichkeiten von schweizerischen und ausländischen Behörden zur Identität der wirtschaftlich Berechtigten reagiert, indem sie in ihren Off-Shore-Filialen – vor allem in Monaco, Luxemburg, den Kanal-Inseln, den Bahamas, den Cayman Islands, den British Virgin Islands und in den niederländischen Antillen – Konten eröffneten, deren Guthaben weiterhin von der Bank in der Schweiz verwaltet werden. Einige Strafverfolgungsbehörden haben dieses Hindernis überwunden, indem sie ihre an Schweizer Banken gerichteten Verfügungen zur Aktenherausgabe damit ergänzten, nicht nur die Dokumente über Bankverbindungen bei der Bank in der Schweiz seien vorzuweisen, sondern auch diejenigen über Vermögensstücke, die bei dieser gleichen Bank verwaltet würden, unabhängig davon, ob es sich dabei um Guthaben von Personen handelt, die Inhaber von Konten bei der Off-Shore-Filiale dieser gleichen Schweizer Bank sind. Allerdings ist die unmittelbare Beschlagnahme dieser Vermögensgüter verboten, da diese nur mittels eines Rechtshilfebegehrens an das Land, in welchem die Off-Shore-Filiale¹² liegt, erreicht werden kann.

Als Folge des Bundesgerichtsurteils¹³ vom 30.8.1999, das eine Genfer Bank zwang, der Eidg. Bankenkommision auf Ersuchen ihrer deutschen Schwesterbehörde Auskünfte über einen Kunden ihrer Filiale auf den Cayman Islands zu erteilen, weil die Einlagen auf diesem Konto durch die Bank in Genf verwaltet wurden, könnten neue Entwicklungen im Bereich der Off-Shore-Bankstrukturen eintreten. Also wurden die Informationen über diese Konten, die sich ausserhalb des Schweizer Territoriums befanden, der deutschen Börsenaufsichtsbehörde im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens wegen Börsenkursmanipulationen mitgeteilt. Seit Inkrafttreten des Art. 38 Bundesgesetz über Börsen und Effektenhändler wurde die Eidg. Bankenkommision mehrmals von ausländischen Börsenaufsichtsbehörden angegangen, welche ihre Amtshilfe bei Verfahren mit aufsichtsrechtlichem Charakter wegen «Insider Trading» oder «Kursmanipulationen»¹⁴ anforderten. Damit wurde ein wichtiger Spalt im Mauerwerk des Börsen- und Bankgeheimnisses geschlagen, denn wenn auch der Kreis der Personen, die mögli-

cherweise von einem schweizerischen oder einem ausländischen Strafverfahren betroffen sein könnten, relativ klein ist, so ist die Kategorie der Leute, deren Bankkonten bei schweizerischen Instituten oder Off-Shore-Filialen dieser Institute liegen und die von einer Mitteilung an die schweizerischen und/oder ausländischen administrativen Behörden im Rahmen der Börsenaufsicht betroffen sein könnten, wesentlich grösser. Die Börsenaufsichtsbehörden richten nämlich ihre Verfahren gegen alle jene Personen, die während einer kritischen Zeitspanne Instruktionen betreffend eines bestimmten Wertpapiers gegeben haben. Diese Zeitspanne kann zwischen einem und sechs Monaten betragen und liegt unmittelbar vor einer wichtigen und unvorhergesehenen Schwankung eines an der Börse gehandelten Wertpapiers. Das Ausmass dieser Kategorie wird ebenfalls von der Tatsache beeinflusst, dass diese Form der internationalen Zusammenarbeit zwischen Börsenaufsichtsbehörden sich auch auf Operationen ausweiten kann, die sich schon vor Inkrafttreten des Art. 38 Bundesgesetz über Börsen und Effekthändler oder des Art. 23sexies Eidg. Bankengesetz¹⁵ zugetragen haben.

Schlussfolgerung: Verstärkung des Rechtsschutzes zugunsten der Investoren

Die Erweiterung der Untersuchungsmöglichkeiten seitens der schweizerischen richterlichen und administrativen Behörden sowie durch die internationale Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden befindet sich in einer permanenten Evolution. Somit ist es nicht möglich, diesbezüglich eine Schlussfolgerung zu ziehen, es sei nur zu empfehlen, die Praxis und die Rechtsprechung in diesem Bereich genauestens zu verfolgen, denn es besteht die Gefahr, dass die Vertraulichkeit, wenn nicht de iure, so wenigstens de facto, immer mehr vermindert wird, und dies in viel grösserem Ausmass als durch den zurzeit zur Diskussion stehenden ausländischen Druck auf das schweizerische Bankgeheimnis. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass sich diese erweiterten Untersuchungsmöglichkeiten sehr zugunsten der in ihren Vermögensrechten geschädigten natürlichen und juristischen Personen¹⁶ auswirken. Deren Schuldner können sich nicht mehr einfach hinter den gesetzlich vorgesehenen Geheimhaltungspflichten verstecken, sondern sie müssen sich mit den vom Zivil-¹⁷ und vom Strafrecht gewährten Argumenten offen verteidigen. Schlussendlich trägt der Umstand, dass sich Streitfälle auf die juristische

Ebene verschieben, zur Rechtssicherheit bei, welche weiterhin einen wesentlichen Anziehungspunkt für einen Finanzplatz darstellt. ■

*Anwalt (Kanzlei Sganzi, Bernasconi, Peter, Gaggini) in Lugano, Professor an den Universitäten von St. Gallen und Mailand (Bocconi)

- ¹ Art. 47 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Art. 43 Bundesgesetz über Börsen und Effekthändler Art. 6 im Zusammenhang mit Art. 23 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Art. 162 und 273 StGB.
- ² Art. 398 Abs. 2 und Art. 321 a) OR (Auftragsrecht) sowie Art. 28ff. ZGB (Persönlichkeitsrechte)
- ³ Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten wird auch in den Artikeln 4 und 5 GwG verwendet.
- ⁴ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in einem Urteil vom 30.4.1999 festgestellt hat, dass eine Verurteilung gemäss Art. 305 bis StGB auch dann möglich ist, wenn die zu beurteilende Tat keine Verletzung der Sorgfaltspflichtvereinbarung darstellt und dass andererseits nicht alle Verletzungen der Sorgfaltspflichtvereinbarung strafrechtlich verfolgbar sind.
- ⁵ Richtlinie Nr. 1/1990 sowie Richtlinie Nr. 3/1998.
- ⁶ Siehe Bernasconi/Chopard (Hrsg), «Mesures provisionnelles judiciaires et administratives. Droits et devoirs de la banque suisse et de ses clients», Lugano, 1999
- ⁷ Kenney Martin, «The Penetration of Assets Protection Trusts», in: Journal of Financial Crime, Band 6, Nr. 2, 1998
- ⁸ Siehe Matthey Sylvain, La notion d'ayant-droit économique en droit bancaire suisse in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Zürich 1998, Seite 2; Stanislas Guy, Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignement de la banque, Semaine Judiciaire, 121, 1999, 309ss; Nobel Peter, Der wirtschaftlich Berechtigte – Ein unsicheres Konzept, RSDA 5/99, 258ss; Kuster Matthias, Begriff und Bedeutung der wirtschaftlichen Berechtigung nach Art. 265 und 265 a des revidierten SchKG, SJZ 93, 1997, 289.
- ⁹ Siehe Rundschreiben Nr. 1421D von 1999 der SBVg, am 1.7.1999 in Kraft getreten.
- ¹⁰ für weitere Einzelheiten, siehe Gericke Dieter, Der «Geldwäscherei-arrest», in Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, S. 371 ss.
- ¹¹ Siehe Semaine Judiciaire 1998, 6461
- ¹² Siehe Sträuli Bernhard, «Territorialité de l'enquête pénale et garantie d'une activité irréprochable» in: Journé de droit bancaire et financier 1995, Bern, 1995, Seiten 123 ff.
- ¹³ BGE 125 II 450
- ¹⁴ Die Bedingung der doppelten Strafbarkeit ist erfüllt, weil diese beiden Benehmen gemäss Art. 161 und 161bis des StGB auch im schweizerischen Recht strafbar sind.
- ¹⁵ Dies wurde im BGE vom 25.1.1999 (2A.345/1998) entschieden.
- ¹⁶ Schmid/Ackermann, Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil- Vollstreckungs- und Internationalen Rechts, Zürich, 1999; Cassani Ursula, combattre le crime en confisquant les profits; nouvelles perspectives d'une justice transnationale, in: Wirtschaftskriminalität, Zürich, 1999.
- ¹⁷ Arzt Günther, Einziehung und guter Glauben, in: Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Berne, 1996, 89; vgl. ebenfalls das Kapitel «Des moyens de défense du client et de tiers» bei Sylvain Matthey, La gestion des avoirs bancaires salsis par le juge d'instruction, in: Semaine Judiciaire 121 (Doctrine), 1999, 309ff., mit Kommentar des Rundschreibens der SBVg N. 1429 D vom 26.3.1999 betreffend die Verwaltung von gesperrten Vermögenswerten, welches – ohne es aufzuheben – das Rundschreiben der SBVg N. 1286 vom 8. April 1997 vervollständigt.