

A large, stylized graphic of the Swiss cross is positioned on the left side of the page. It features a white cross on an orange square, which is set against a larger, light gray square background. The graphic is slightly tilted and has a soft, faded appearance.

Jubiläumsbulletin
Bulletin anniversaire
Bollettino anniversario

50/2007

Eidgenössische Bankenkommision
Commission fédérale des banques
Commissione federale delle banche
Swiss Federal Banking Commission

Jubiläumsbulletin
Bulletin anniversaire
Bollettino anniversario

50/2007

Eidgenössische Bankenkommision
Commission fédérale des banques
Commissione federale delle banche
Swiss Federal Banking Commission

Impressum

Herausgeber / Éditeur

Eidg. Bankenkommission / Commission fédérale des banques

Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern
Schwanengasse 12, case postale, 3001 Berne

Telefon / Téléphone +41 (0)31 322 69 11

Telefax / Téléfax +41 (0)31 322 69 26

E-Mail info@ebk.admin.ch

Internet www.ebk.admin.ch
www.cfb.admin.ch

Vertrieb / Diffusion

BBL, Verkauf Bundespublikationen
OFCL, Vente des publications fédérales

CH-3003 Bern / Berne

Telefax / Téléfax +41 (0)31 325 50 58

Internet www.bbl.admin.ch/bundespublikationen

Bestellnummer / Numéro de commande

607.150 dfi

10.2007 2200 860183717

Genau 30 Jahre nach der Veröffentlichung des ersten Bulletins der Eidg. Bankenkommision (EBK) im November 1977 erscheint heute der 50. Band. Aus Anlass dieses doppelten Geburtstags hat die EBK die Professoren Alain Hirsch und Peter Nobel, beide ehemalige Mitglieder der EBK, gebeten, einen Blick zurück auf die Geschichte des Bulletins zu werfen. Die EBK bedankt sich an dieser Stelle herzlich für ihre Beiträge. Sie zeigen, nicht ohne Humor, den Werdegang der Praxis der EBK und des Bulletins als ihres Mitteilungsorgans auf.

An einer Konferenz mit den Prüfgesellschaften am 23. Februar 1977 wurde der Wunsch geäussert, den Kontakt mit der EBK zu intensivieren. Dies sollte dadurch erreicht werden, dass die EBK durch ein Bulletin für eine bessere Information über ihre Praxis sorgt. Die EBK hat diesen Vorschlag «mit Freude» aufgenommen, wie sie bei Erscheinen des ersten EBK-Bulletins betonte.

Das Bulletin verfolgte seit jeher eine Politik der Transparenz und Flexibilität. Auch nach 30 Jahren ist die Idee nach wie vor dieselbe, auch wenn die Form des Bulletins sich in der Zwischenzeit geändert hat: Einem möglichst grossen Fachpublikum sollen relevante Aspekte und Prinzipien des Finanzaufsichtsrechts bekannt gemacht werden. Auch die Mitarbeiter der EBK stellen eine Zielgruppe des Bulletins dar, um das Know-how der Bankenkommision längerfristig sicherzustellen. Im Laufe der Jahre hat sich das EBK-Bulletin den Bedürfnissen der Empfänger bezüglich Erscheinungshäufigkeit, Inhalt und Umfang kontinuierlich angepasst.

Früher diente das EBK-Bulletin oft auch dazu, Regulierungsänderungen besser bekannt zu machen. Beispielhaft erwähnt seien hierzu die neuen Eigenmittelvorschriften (EBK-Bulletin 27/1995) oder die neuen

Vorwort

Risikoverteilungsvorschriften (EBK-Bulletin 30/1996). Mit der technischen Entwicklung, insbesondere auch des Internets, haben sich die Bedürfnisse verändert. Die Publikation auf der Homepage der EBK erwies sich zunehmend als geeigneteres und schnelleres Mittel für die Bekanntmachung von Normänderungen. Trotz dieser Entwicklung wurden aber weiterhin Sondernummern zu speziell wichtigen Themen wie der Geldwäschereibekämpfung (EBK-Bulletin 44/2003) oder dem Bankenkonzern und der Einlagensicherung (EBK-Bulletin 48/2006) veröffentlicht.

Die Art und Weise der Veröffentlichung der Entscheide der EBK hat sich seit 1977 nicht wesentlich verändert. Die Redaktion des EBK-Bulletins fasst jeweils die wesentlichen Elemente des Entscheids in einer Regeste zusammen. Für die Leser, die sich vertiefter mit dem Entscheid befassen wollen, findet sich eine kurze Zusammenfassung des Sachverhalts, gefolgt von Auszügen der interessierenden Erwägungen. Dabei bildete die Anonymisierung der Entscheide seit der Veröffentlichung des ersten Bulletins die Regel. Das EBK-Bulletin hat nie zum Ziel gehabt, bestimmte Ereignisse in der Öffentlichkeit bekannt zu machen oder solche, die bereits in der Presse Resonanz gefunden haben, wieder in Erinnerung zu rufen. Vielmehr bezweckt es die Information der verschiedenen Finanzmarktteilnehmer, im Besonderen jener, die der Aufsicht unterstehen. Die Anonymisierung der Entscheide ist aber auch keine absolute Regel. Die EBK hat seit jeher die verschiedenen involvierten Interessen, insbesondere auch jene der Leser, sorgfältig gegeneinander abgewogen. Bei Entscheiden über die Auflösung einer Gesellschaft oder die Konkurseröffnung werden in der Regel nur die Namen der natürlichen Personen anonymisiert.

Nicht alle Entscheide der EBK werden veröffentlicht. Nur jene, welche die bereits bestehende Praxis ergänzen oder weiterentwickeln, erscheinen im Bulletin. Zudem werden grundsätzlich nur die juristisch interessanten Passagen publiziert. Der Schwerpunkt wird also auf eine geordnete Entwicklung der vom Gesetzgeber nur in genereller Art geregelten Aspekte des Bankenrechts gelegt. Im Gegensatz zum Jahresbericht, der einen Gesamtüberblick über die Praxis der EBK vermittelt, konzentriert sich das Bulletin meist auf bestimmte, sich teilweise auch wiederholende Themen ihrer Praxis.

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) steht vor der Tür. Sie wird per Januar 2009 die Aufsichtsfunktionen der EBK, des Bundesamtes für Privatversicherungen und der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei übernehmen. Die Tage des EBK-Bulletins sind somit gezählt. Wird es ersetzt werden durch ein FINMA-Bulletin? Die Zukunft wird es weisen. In jedem Fall muss jedoch dem berechtigten Wunsch der Marktteilnehmer, die Praxis und die Überlegungen der Aufsichtsbehörde im «Originalton» zu erfahren, in der einen oder anderen Weise Rechnung getragen werden.

Dr. Urs Zulauf
Leiter Rechtsdienst

Serge Husmann
Rechtsdienst, Redakteur

Préface

Exactement 30 ans après la publication du premier «Bulletin CFB», en novembre 1977, paraît aujourd’hui le 50^{ème} volume. Ce double anniversaire a amené la CFB à prier deux anciens membres, les professeurs Alain Hirsch et Peter Nobel, de jeter un regard rétrospectif sur le Bulletin CFB. La CFB les remercie ici de leur contribution. Elles montrent, non sans humour, le chemin parcouru par la pratique de la CFB et par son organe de communication, le Bulletin.

C’est à l’occasion d’une conférence réunissant les réviseurs bancaires à Berne, le 23 février 1977, que ceux-ci avaient émis le vœu de renforcer le contact avec la Commission des banques en étant mieux informés de sa pratique par un bulletin. La Commission des banques a souscrit à cette demande «avec plaisir» soulignera-t-elle à l’occasion de la parution du 1^{er} Bulletin CFB.

La ligne éditoriale du Bulletin CFB a toujours rimé avec transparence et flexibilité. 30 ans plus tard, même si la forme a changé, l’esprit est resté le même, soit de faire connaître à un public de spécialistes aussi large que possible les aspects pertinents du droit et des principes de la surveillance financière. Les collaborateurs de la Commission des banques sont également un public cible du Bulletin afin de préserver le savoir-faire de la Commission des banques sur le long terme. Au cours des ans, le Bulletin CFB s’est adapté, en fonction des besoins des destinataires, quant à sa fréquence, son contenu et son volume.

Avant, la publication du Bulletin CFB était également souvent l’occasion de faire mieux connaître les changements législatifs intervenus, comme, par exemple, les nouvelles dispositions en matière de fonds propres (Bulletin CFB 27/1995) ou celles concernant la répartition des risques (Bulletin CFB 30/1996). Avec l’évolution de la technique, et

L'avènement d'internet en particulier, les besoins se sont modifiés et l'utilisation du site internet de la CFB est souvent apparue plus adéquate et plus rapide pour faire connaître les changements normatifs. Ceci n'a toutefois pas empêché la publication de bulletins spéciaux sur des sujets particulièrement importants, comme la lutte contre le blanchiment d'argent (Bulletin CFB 44/2003) ou la faillite bancaire et la garantie des dépôts (Bulletin CFB 48/2006).

La façon de publier les décisions de la Commission des banques a peu changé depuis 1977. Un registre rédigé par la rédaction du Bulletin CFB relève les éléments pertinents de la décision publiée. Pour ceux qui souhaitent aller plus loin, un bref résumé des faits introduit les extraits des considérants intéressants. L'anonymisation des décisions a toujours été la règle depuis le premier Bulletin CFB. En effet, le Bulletin CFB n'a jamais eu pour vocation de rendre des affaires publiques ou de rappeler celles dont la presse s'était fait l'écho, mais s'est toujours concentré sur l'information pertinente à destination des différents acteurs des marchés financiers, dont les établissements assujettis en particulier. La Commission des banques n'a pas non plus fait du principe d'anonymisation une règle absolue mais a toujours pesé les différents intérêts en présence, en particulier ceux des lecteurs. Les décisions de la CFB prononçant la dissolution d'une société ou l'ouverture d'une faillite ne sont en général anonymisées que quant aux noms des personnes physiques impliquées.

Toutes les décisions de la CFB ne sont pas publiées. Seules celles apportant une plus-value par rapport à la pratique existante paraissent au Bulletin CFB. En outre, sont en principe seuls publiés les passages juridiquement intéressants des décisions. L'accent est ainsi mis sur le développement régulier de concepts bancaires définis de façon géné-

Préface

rale par le législateur. Contrairement au rapport de gestion annuel qui donne une vue d'ensemble de la pratique de la CFB, le Bulletin se concentre plus volontiers sur des sujets précis, même récurrents, de sa pratique.

L'autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) sera là demain. Elle reprendra, dès janvier 2009, les tâches de surveillance de la Commission des banques, de l'Office fédéral des assurances privées et de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Les jours du «Bulletin CFB» sont ainsi comptés. Sera-t-il remplacé par un «Bulletin FINMA»? Nous verrons. En tout état, les attentes légitimes des participants au marché de pouvoir connaître en «version originale» la pratique et les réflexions de l'autorité de surveillance devront être satisfaites, d'une façon ou d'une autre.

Dr Urs Zulauf
Chef du service juridique

Serge Husmann
Service juridique, rédacteur

Abkürzungen 15

Alain Hirsch

Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Universität Genf, ehemaliges
Mitglied der Eidgenössischen Bankenkommission

La garantie d'une activité irrécusable: l'évolution de la pratique 29

Peter Nobel

Rechtsanwalt, Professor an der Hochschule St. Gallen, ehemaliges
Mitglied der Eidgenössischen Bankenkommission

49 Nummern «Leading Cases»: die Vergangenheit ihrer Zukunft. 45

Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; Abklärungspflicht
bei vom Kunden in Auftrag gegebenen, ungewöhnlichen Transaktionen;
Übermittlung falscher Informationen an eine ausländische Behörde 65

Sorgfaltspflichten im Bereich der Geldwäscherei; Identifikation von
Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken
und Dokumentationspflicht; Zeitpunkt zusätzlicher Abklärungen 73

Internationale Amtshilfe; Einhaltung der Anforderungen
des Art. 38 BEHG durch die SEC. 91

Internationale Amtshilfe; Einhaltung der Anforderungen
des Art. 38 BEHG durch die Consob 104

Internationale Amtshilfe; Offenlegung von Beteiligungen 110

Inhaltsverzeichnis

Fondsgebundene Lebensversicherungen; Begriff des indirekten Fonds-
vertriebs; Bewilligungspflicht für den Vertrieb von ausländischen
fondsgebundenen Lebensversicherungen, die nicht über eine
Bewilligung zum Vertrieb in der Schweiz verfügen; Entgegennahme
von Publikumseinlagen im Zusammenhang mit Renditegarantien 115

Übernahme der Anwaltskosten 137

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Einlagecharakter
von Verbindlichkeiten; Verwendung des Ausdrucks «Sparen»;
Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten; Konkursöffnung 140

Beschwerdelegitimation; unerlaubte Entgegennahme von Publikums-
einlagen; Konkursöffnung; Publikation eines Werbeverbots 148

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Einlagecharakter
von Verbindlichkeiten; Anwendbarkeit des Bankengesetzes auf
Gruppengesellschaften; Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten;
Konkursöffnung; Liquidation; Vertrauensschutz. 154

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Werbeverbot
gegenüber dem Alleinaktionär sowie dem einzigen Verwaltungsrat
einer Gesellschaft; vorläufiger Verzicht auf Einsetzung eines
Konkursliquidators nach Bankenkonkursöffnung 169

Aufsichtsrechtliche Behandlung von Gruppen; Devisenhandel;
unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Werbeverbot 178

Zitervorschlag: EBK Bulletin 50/2007

	Page
Abréviations	15
 <i>Alain Hirsch</i>	
Avocat, professeur honoraire de l'Université de Genève, ancien membre de la Commission fédérale des banques	
La garantie d'une activité irréprochable: l'évolution de la pratique	29
 <i>Peter Nobel</i>	
Avocat, professeur à l'Université de Saint-Gall, ancien membre de la Commission fédérale des banques	
49 Nummern «Leading Cases»: die Vergangenheit ihrer Zukunft.	45
Garantie d'une activité irréprochable; obligation de clarifier les opérations inhabituelles demandées par un client; transmission de fausses informations à une autorité étrangère	65
Devoirs de diligence dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent; identification des relations et des transactions à risques accrus et devoir de documentation; moment des clarifications complémentaires	73
Entraide administrative internationale; respect des conditions de l'art. 38 LBVM par la SEC	91
Entraide administrative internationale; respect des conditions de l'art. 38 LBVM par la Consob	104
Entraide administrative internationale; publicité des participations	110

Sommaire

Assurances-vie liées à des fonds de placement; notion de distribution indirecte de fonds de placement; obligation d'obtenir une autorisation pour la distribution d'assurances-vie liées à des fonds de placement étrangers non autorisés à la distribution en Suisse; acceptation de dépôts du public en relation avec une garantie de rendement 115

Prise en charge des honoraires d'avocat 137

Acceptation illicite de dépôts du public; caractère de dépôts des passifs; utilisation du terme «épargne»; mise en œuvre d'un chargé d'enquête; ouverture de faillite 140

Qualité pour recourir; acceptation illicite de dépôts du public; ouverture de la faillite; publication d'une interdiction de faire de la publicité . 148

Acceptation illicite de dépôts du public; caractère de dépôts des passifs; application de la loi sur les banques aux sociétés de groupe; mise en œuvre d'un chargé d'enquête; ouverture de la faillite; liquidation; protection de la bonne foi. 154

Acceptation illicite de dépôts du public; interdiction pour l'actionnaire et administrateur unique d'une société de faire de la publicité; renoncement temporaire à la mise en œuvre d'un liquidateur de faillite ensuite de l'ouverture de la faillite bancaire 169

Traitement des groupes en droit de la surveillance; négoce sur devises; acceptation illicite de dépôts du public; interdiction de faire de la publicité 178

Proposition pour la citation: Bulletin CFB 50/2007

Abbreviazioni 15

Alain Hirsch

Avvocato, professore onorario all'Università di Ginevra, già membro della Commissione federale delle banche

La garantie d'une activité irréprochable: l'évolution de la pratique 29

Peter Nobel

Avvocato, professore all'Università di San Gallo, già membro della Commissione federale delle banche

49 Nummern «Leading Cases»: die Vergangenheit ihrer Zukunft. 45

Garanzia di un'attività irreprensibile; obbligo di chiarire le operazioni inusuali richieste da un cliente; trasmissione di informazioni

invertire ad un'autorità estera 65

Doveri di diligenza in ambito di lotta al riciclaggio di denaro; identificazione delle relazioni e delle transazioni a rischio superiore e

obblighi di documentazione; momento dei chiarimenti complementari . . 73

Assistenza amministrativa internazionale; rispetto delle condizioni dell'art. 38 LBVM da parte della SEC 91

Assistenza amministrativa internazionale; rispetto delle condizioni dell'art. 38 LBVM da parte della Consob 104

Assistenza amministrativa internazionale;

pubblicità delle partecipazioni 110

Sommario

Assicurazioni vita abbinate a fondi d'investimento; nozione di distribuzione indiretta di fondi d'investimento; obbligo di autorizzazione per la distribuzione di assicurazioni vita abbinate a fondi d'investimento esteri non autorizzati alla distribuzione in Svizzera; accettazione di depositi del pubblico a seguito di una garanzia sulla performance . . . 115

Assunzione delle spese di patrocinio 137

Accettazione illecita di depositi del pubblico; carattere di deposito dei passivi; utilizzo del termine «deposito»; impiego di un incaricato delle inchieste; apertura del fallimento 140

Diritto di ricorrere; accettazione illecita di depositi del pubblico; apertura di fallimento; pubblicazione del divieto di fare pubblicità 148

Accettazione illecita di depositi del pubblico; carattere di deposito dei passivi; applicazione della legge sulle banche alle società appartenenti ad un gruppo; nomina di un incaricato dell'inchiesta; apertura del fallimento; liquidazione; protezione della buona fede 154

Accettazione illecita di depositi del pubblico; divieto, per l'azionista e amministratore unico di una società, di fare pubblicità; rinuncia temporanea alla nomina di un liquidatore in seguito all'apertura del fallimento bancario 169

Nozione di gruppo nell'ambito della sorveglianza; operazioni su divise; accettazione illecita di depositi dal pubblico; divieto di fare pubblicità . . 178

Proposta di citazione: Bollettino CFB 50/2007

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

ABV	Verordnung über die ausländischen Banken in der Schweiz vom 21. Oktober 1996 (SR 952.111) OBE
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts Official chronological collection of the federal legislation RO/RU
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral suisse BGE/DTF
BA	Federal Banking Act of 8 November 1934 (SR 952.0) BankG/LB/LBCR
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0) LB/LBCR/BA
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (SR 952.02) OB/OBCR/BO
BBI	Bundesblatt FF
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (SR 954.1) LBVM/SESTA
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (SR 954.11) OBVM/SESTO
BEHV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Juni 1997 (SR 954.193) OBVM-CFB/SESTO-SFBC
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts ATF/DTF

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110) LTF
BKV	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zum Konkurs von Banken und Effekthändlern vom 30. Juni 2005 (SR 952.812.32) OFB
BO	Ordinance to the Federal Banking Act of 17 May 1972 (SR 952.02) BankV/OB/OBCR
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) LPers
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0) PPF/PP
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273) PCF/PC
CDB	Convention relative à l'obligation de diligence des banques Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche VSB
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101) EMRK/CEDU
CEDU	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101) EMRK/CEDH
CFB	Commission fédérale des banques Commissione federale delle banche EBK/SFBC

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

Circ.-CFB	Circulaire de la Commission fédérale des banques Circolare della Commissione federale delle banche EBK-RS
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (SR 311.0) StGB
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (SR 313.0) Legge federale sul diritto penale amministrativo del 22 marzo 1974 (SR 313.0) VStrR
DTF	Decisioni del Tribunale federale svizzero BGE/ATF
EBK	Eidgenössische Bankenkommision CFB/SFBC
EBK-GebV	Verordnung über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidg. Bankenkommision vom 2. Dezember 1996 (SR 611.014) Oem-CFB/Oém-CFB
EBK-RS	EBK-Rundschreiben Circ.-CFB
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grund- freiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101) CEDH/CEDU
ERV	Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler vom 29. September 2006 (SR 952.03) OFR/OFoP

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

FBO	Ordinance on Foreign Banks in Switzerland of 21 October 1996 (SR 952.111) ABV/OBE
FF	Feuille fédérale Foglio federale BBI
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce SHAB/FUSC
FUSC	Foglio ufficiale svizzero di commercio SHAB/FOSC
GebV SchKG	Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbe- treibung und Konkurs vom 23. September 1996 (SR 281.35) OELP/OTLEF
GwG	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanz- sektor vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0) LBA/LRD
GwV EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung von Geldwäscherei vom 18. Dezember 2002 (SR 955.022) OBA-CFB/ORD-CFB/MLO SFBC
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291) LDIP
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (SR 951.31) LPCC/LIcol
KKV	Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen vom 22. November 2006 (SR 951.311) OPCC/OIcol

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

KKV-EBK	Verordnung der EBK über die kollektiven Kapitalanlagen vom 21. Dezember 2006 (SR 951.312) OPCC-CFB/OIcol-CFB
KOV	Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32) OAOF/RUF
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0) BankG/LBCR/BA
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (RS 955.0) GwG/LRD
LBCR	Legge federale su le banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (RS 952.0) BankG/LB/BA
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1) Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 24 marzo 1995 (RS 954.1) BEHG/SESTA
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 Legge federale sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 (RS 291) IPRG
LEF	Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento dell'11 aprile 1889 (RS 281.1) SchKG/LP

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

Llcol	Legge federale sugli investimenti collettivi di capitale del 23 giugno 2006 (RS 951.31) KAG/LPCC
LOGA	Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010) Legge federale sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione del 21 marzo 1997 (RS 172.010) RVOG
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 novembre 1889 (RS 281.1) SchKG/LEF
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (RS 951.31) KAG/Llcol
LPers	Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1) Legge sul personale federale del 24 marzo 2000 (RS 172.220.1) BPG
LRD	Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro nel settore finanziario del 10 ottobre 1997 (RS 955.0) GwG/LBA
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (RS 170.32) VG/Lresp
LResp	Legge federale su la responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali del 14 marzo 1958 (RS 170.32) VG/LRCF

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.32) Legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005 (RS 173.32) VGG
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110) Legge federale sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (RS 173.110) BGG
MLO SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission Concerning the Prevention of Money Laundering of 18 December 2002 (SR 955.022) GwV EBK/OBA-CFB/ORD-CFB
OAOF	Ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911 (RS 281.32) KOV/RUF
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (RS 952.02) BankV/OBCR/BO
OBA-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 18 décembre 2002 (RS 955.022) GwV EBK/ORD-CFB/MLO SFBC
OBCR	Ordinanza su le banche e le casse di risparmio del 17 maggio 1972 (RS 952.02) BankV/OB/BO

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

- OBE** Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse du 21 octobre 1996 (RS 952.111)
Ordinanza concernente le banche estere in Svizzera del 21 ottobre 1996 (RS 952.111)
ABV
- OBVM** Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (RS 954.11)
Ordinanza sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 2 dicembre 1996 (RS 954.11)
BEHV/SESTO
- OBVM-CFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 25 juin 1997 (RS 954.193)
Ordinanza della Commissione federale delle banche sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 25 giugno 1997 (RS 954.193)
BEHV-EBK/SESTO-SFBC
- OELP** Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 septembre 1996 (RS 281.35)
GebV SchKG/OTLEF
- Oem-CFB** Ordinanza sulla riscossione di tasse e emolumenti da parte della Commissione federale delle banche del 2 dicembre 1996 (RS 611.014)
EBK-GebV/Oém-CFB
- Oém-CFB** Ordonnance réglant la perception de taxes et d'émoluments par la Commission fédérale des banques du 2 décembre 1996 (RS 611.014)
EBK-GebV/Oem-CFB

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

OFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières du 30 juin 2005 (RS 952.812.32) Ordinanza della Commissione federale delle banche relativa al fallimento di banche e di commercianti di valori mobiliari del 30 giugno 2005 (RS 952.812.32) BKV
OFoP	Ordinanza sui fondi propri e la ripartizione dei rischi delle banche e dei commercianti di valori mobiliari del 29 settembre 2006 (RS 952.03) ERV/OFR
OFR	Ordonnance sur les fonds propres et la répartition des risques des banques et des négociants en valeurs mobilières du 29 septembre 2006 (RS 952.03) ERV/OFoP
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110) Legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (RS 173.110) OJ
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110) OG
O-COPA	Ordinanza commissionale sulle offerte pubbliche di acquisto del 21 luglio 1997 (RS 954.195.1) UEV-UEK/OOPA
OIcol	Ordinanza sugli investimenti collettivi di capitale del 22 novembre 2006 (RS 951.311) KKV/OPCC

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

- OIcol-CFB** Ordinanza della CFB del 21 dicembre 2006 sugli investimenti collettivi di capitale (RS 951.312)
KKV-EBK/OPCC-CFB
- OOPA** Ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition du 21 juillet 1997 (RS 954.195.1)
UEV-UEK/O-COPA
- OPCC** Ordonnance sur les placements collectifs de capitaux du 22 novembre 2006 (RS 951.311)
KKV/OIcol
- OPCC-CFB** Ordonnance de la CFB sur les placements collectifs de capitaux du 21 décembre 2006 (RS 951.312)
KKV-EBK/OIcol-CFB
- ORD-CFB** Ordinanza della Commissione federale delle banche relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro del 18 dicembre 2002 (RS 955.022)
GwV EBK/OBA-CFB/MLO SFBC
- ORFI** Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920 (RS 281.42)
VZG/RFF
- OTLEF** Ordinanza sulle tasse riscosse in applicazione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento del 23 settembre 1996 (RS 281.35)
Geb SchKG/OELP
- PA** Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
Legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (RS 172.021)
VwVG

Abkürzungen/abrégations/abbreviazioni

PC	Legge di procedura civile federale del 4 dicembre 1947 (RS 273) BZP/PCF
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273) BZP/PC
PP	Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (RS 312.0) BStP/PPF
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0) BStP/PP
R-CFB	Règlement de la Commission fédérale des banques du 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/Reg-CFB
R-EBK	Reglement über die Eidgenössische Bankenkommission vom 20. November 1997 (SR 952.721) R-CFB/Reg-CFB
Reg-CFB	Regolamento della Commissione federale delle banche del 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/R-CFB
RFF	Regolamento del Tribunale federale concernente la realizza- zione forzata dei fondi del 23 aprile 1920 (RS 281.42) VZG/ORFI
RO	Recueil officiel des lois fédérales Official chronological collection of the federal legislation AS/RU

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

RS	Recueil systématique du droit fédéral Raccolta sistematica del diritto federale Systematic collection of the federal legislation SR
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali Official chronological collection of the federal legislation AS/RO
RUF	Regolamento del Tribunale federale concernente l'amministrazione degli uffici dei fallimenti del 13 luglio 1911 (RS 281.32) KOV/OAOF
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010) LOGA
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1) LP/LEF
SESTA	Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 24 March 1995 (SR 954.1) BEHG/LBVM
SESTO	Ordinance of the Federal Council to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 2 December 1996 (SR 954.11) BEHV/OBVM
SESTO- SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 25 June 1997 (SR 954.193) BEHV-EBK/OBVM-CFB
SFBC	Swiss Federal Banking Commission EBK/CFB

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt FOSC/FUSC
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts Systematic collection of the federal legislation RS
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) CP
UEV-UEK	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. Juli 1997 (SR 954.195.1) OOPA/O-COPA
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (SR 170.32) LRFC/LResp
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.32) LTAF
VS	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken CDB
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0) DPA
VWVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021) PA
VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (SR 281.42) ORFI/RFF

La garantie d'une activité irréprochable: l'évolution de la pratique

Par Alain Hirsch*

La condition d'une activité irréprochable pour les dirigeants des banques a été introduite dans la loi sur les banques en 1971¹. Le législateur n'imaginait pas l'importance que cette nouvelle exigence allait prendre².

Je n'examinerai pas ici les critiques, parfois violentes, qui ont été portées contre la pratique de la CFB dans ce domaine³, dès lors qu'elles n'ont pas influencé la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴. Je n'examinerai pas non plus dans quelle mesure la pratique de la CFB devrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire plus sévère⁵. Enfin, je n'évoquerai pas les sanctions (parfois simplement un blâme) prises par la CFB.

* Avocat, professeur honoraire de l'Université de Genève, ancien membre de la Commission fédérale des banques.

¹ Art. 3 al. 2 let. c LB (et, depuis 1997, art. 10 al. 2 let. d LBVM).

² Pour un exposé complet de l'origine de cette disposition, cf. Marcel L. Aellen, «Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit», Zurich 1990, p. 52–84. Il est notamment significatif que l'exigence d'une activité irréprochable a d'abord été introduite pour les banques en mains étrangères, par l'Arrêté fédéral du 21 mars 1969.

³ Cf. B. Kleiner/R. Schwob in Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurich 1976 (mis à jour en 2006), ad. art. 3 n° 163 ss et les références citées. Cf. aussi M. L. Aellen et W. de Capitani, «Diskussionsbeiträge zu Fragen der Bankenaufsicht», SZW/RSDA 1996, p. 182 ss. Les commentaires récents ne s'intéressent plus guère à cette controverse: par exemple BSK BankG – C. Winzeler (2005), art. 3, n. 16 ss; et BKS BEHG – P. Huber (2007), art. 10, n. 55 ss (notamment n. 59).

⁴ Cf. notamment ATF du 2 février 2000, Bulletin N° 40, p. 57–58.

⁵ Cf. notamment Sabine Kilgus «Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht», Zurich 2007.

Sans avoir l'ambition de présenter toute la pratique de la CFB sur la garantie d'une activité irréprochable⁶, j'ai choisi quelques thèmes importants, illustrant l'évolution de cette pratique depuis trente ans.

1 Le devoir d'examiner l'arrière-plan économique de certaines opérations

1.1 Dans son premier rapport de gestion⁷, la CFB expose que l'exigence d'une activité irréprochable permet notamment de lutter efficacement contre les abus du secret bancaire. Quelques années après, elle précise que les banques doivent «tirer au clair l'arrière-plan économique de toute opération lorsque des indices permettent de supposer qu'elle fait partie d'une affaire de caractère immoral ou illégal ou lorsqu'il s'agit d'une affaire particulièrement compliquée, inhabituelle ou importante»⁸.

1.2 La première décision importante de la CFB date du 7 mars 1979⁹. Une petite banque avait acheté à l'un de ses clients des participations pour une valeur de 80 millions de francs (représentant environ 70 % du bilan de la banque avant l'opération). Le client s'engageait à racheter ces titres en tout temps à la demande de la banque et au même prix; le montant «payé» par la banque restait déposé sur un compte bloqué pour garantir cette obligation. La banque n'avait pas examiné pour quels motifs son client avait souhaité faire cette construction insolite, dès lors qu'elle estimait ne courir aucun risque.

⁶ Pour une présentation complète jusqu'à 1988, cf. Marcel L. Aellen, op. cit. n. 2.

⁷ Rapport de gestion 1976, p. 13-14.

⁸ Rapport de gestion 1985, p. 19.

⁹ Bulletin N° 7, p. 39.

La CFB estime, au contraire, qu'un examen de l'arrière-plan économique aurait été nécessaire: en participant à une opération importante sans la comprendre, une banque court le risque de participer à une affaire poursuivant un but illicite (et pouvant entraîner des dommages pour des tiers, dont la banque pourrait être responsable). Dans son arrêt du 11 juillet 1980¹⁰, confirmant la décision de la CFB, le Tribunal fédéral relève que cette opération visait peut-être simplement à renforcer l'anonymat des propriétaires des participations en cause, un but dont la légitimité est douteuse.

1.3 Dans une décision de 1981, confirmée par le Tribunal fédéral le 25 juin 1982¹¹, la CFB décide que les mêmes principes s'appliquent à des crédits fiduciaires consentis par la banque sur les instructions de son client.

1.4 Une société étrangère avait conclu un contrat de construction avec un État du Moyen-Orient; elle avait payé une commission de 5% à des entreprises locales ayant contribué à la conclusion du contrat. La moitié de cette commission, soit environ 30 millions de francs, était bloquée auprès d'une petite banque suisse, qui en garantissait la restitution si le contrat n'était pas exécuté pour au moins 60% de son montant. La banque ne connaissait pas le contenu du contrat de commission; elle considérait qu'elle n'avait pas besoin de le connaître, dès lors que sa garantie était juridiquement indépendante.

Dans une décision du 23 juin 1980¹², la CFB considère que la banque aurait dû comprendre l'arrière-plan économique de l'opération et no-

¹⁰ Bulletin N° 7, p. 45.

¹¹ Bulletin N° 11, p. 15 et ATF 108 I b, p. 186.

¹² Bulletin N° 7, p. 35.

tamment examiner les prestations des «entreprises locales». Elle aurait pu aussi se demander pourquoi une société étrangère s'était adressée à elle pour obtenir cette garantie, alors que cette société n'avait aucun rapport avec la Suisse et qu'elle n'était pas précédemment sa cliente.

1.5 Dans une décision du 26 février 1985¹³, la CFB blâme une banque et ses dirigeants pour avoir participé à une opération destinée à tromper une autorité fiscale étrangère. Un client avait demandé à sa banque de lui octroyer un crédit garanti par une hypothèque sur un bateau; le client voulait ainsi éviter qu'une autorité fiscale étrangère, avec laquelle il était en litige, puisse procéder à la saisie de son bateau. En réalité, le crédit était aussi garanti par des certificats de dépôt émis par la banque elle-même.

La CFB considère que l'hypothèque avait un caractère fictif, car le crédit était entièrement garanti par les certificats de dépôt. En acceptant cette affaire, la banque était amenée, si le bateau faisait l'objet d'une saisie par l'autorité étrangère, soit à invoquer son hypothèque (trompant ainsi l'autorité étrangère, dès lors que cette hypothèque avait un caractère fictif), soit à tromper l'attente de son client.

1.6 En 1986 la CFB est intervenue au sujet des avoirs de l'ancien chef d'État philippin Ferdinand Marcos et de sa famille, en invitant les banques suisses, par un communiqué, à exercer un «devoir accru de vigilance» sur ces avoirs. Quelques jours après, elle invitait les banques à ne pas permettre le retrait de ces avoirs avant que la situation juri-

¹³ Bulletin N° 15, p. 5; décision confirmée par le Tribunal fédéral le 27 juin 1985 (ATF 111 I b, p. 126).

dique soit éclaircie¹⁴. La CFB relève à cet égard: «Les craintes que ces mesures constituent un pas vers la levée du secret bancaire suisse sont infondées. Le secret bancaire n'offre, à juste titre, aucune protection au délinquant pour l'argent obtenu illégalement...»¹⁵.

1.7 Cette pratique de la CFB a été en grande partie consacrée et précisée par sa circulaire du 19 décembre 1991 sur la lutte contre le blanchiment d'argent¹⁶, remplacée par sa circulaire du 26 mars 1998¹⁷, puis enfin par son ordonnance du 18 décembre 2002. Cette ordonnance impose à chaque banque de fixer les critères des «risques accrus» pour ses relations d'affaires et pour les transactions effectuées, en tenant compte de sa situation particulière; elle précise aussi de manière détaillée les «indices de blanchiment». La pratique de la CFB dans ce domaine a même influencé les standards internationaux¹⁸.

2 Les abus de marché

2.1 Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les bourses en 1997, la CFB a examiné les «abus de marché», en se basant tant sur la garantie d'une activité irréprochable¹⁹ que sur l'art. 11 LBVM prévoyant un

¹⁴ Parallèlement, le Conseil fédéral, en application de l'art. 102 ch. 8 de la Constitution fédérale alors en vigueur (prévoyant que le Conseil fédéral «veille aux intérêts de la Confédération au dehors»), bloquait les avoirs de Marcos et de sa famille auprès de six banques déterminées.

¹⁵ Rapport de gestion 1986, p. 129.

¹⁶ Après l'adoption des art. 305^{bis} et 305^{ter} du code pénal, en 1990.

¹⁷ Après l'adoption de la loi contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier, en 1997.

¹⁸ Ainsi, les recommandations du GAFI de 1989, et ensuite les règles sur les «personnes exposées politiquement» (PEP), cf. Urs Zulauf, «International affairs» in *der Schweizer Finanzmarktaufsicht*, in «Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatz Schweiz», vol. 12, Bern 2005, p. 185–186.

¹⁹ Imposée aussi aux négociants par l'art. 10 al. 1 let. d LBVM.

devoir d'information, de diligence et de loyauté des négociants. Elle condamne ainsi notamment la pratique du «snake trading»²⁰, des «wash sales»²¹, du «front running»²², etc.

2.2 La CFB considère aussi que, même si le code pénal définit de manière étroite le délit d'initié, les banques et les négociants ont un devoir plus large dans ce domaine. Cette pratique est notamment consacrée dans la décision du 25 mars 1999, à propos de la société Biber Holding. Trois banques participaient aux efforts d'assainissement de cette société. À un moment donné, considérant que le marché était informé de la situation difficile de la société, deux banques ont décidé de vendre sur le marché les actions dont elles étaient propriétaires.

La CFB considère que ces banques avaient des informations plus précises que celles dont le marché bénéficiait et qu'il était donc inadmissible qu'elles profitent de cette information privilégiée. Elle leur a demandé de restituer aux personnes lésées les bénéfices illégitimes qu'elles avaient ainsi réalisés²³.

Le Tribunal fédéral, dans un important arrêt du 2 février 2000, confirme que les ventes de ces actions étaient contraires à la garantie d'une activité irréprochable²⁴. Il invoque notamment la violation des règles de droit privé sur la bonne foi en affaires et la confiance que les banques doivent inspirer au public: «Mit Recht stellt die Bankenkommision daher an das Verhalten der Bankorgane höhere Anforderungen, als sie

²⁰ Bulletin N° 41, p. 31.

²¹ Rapports de gestion 1999, p. 235–236, 2000, p. 226.

²² Bulletins N° 40 p. 24 et N° 47, p. 182.

²³ Rapport de gestion 2000, p. 226.

²⁴ Bulletin N° 40, p. 37 (p. 58–59).

für das Erfüllen des Straftatbestandes von Art. 161 StGB vorausgesetzt werden. Ein Verhalten kann auch treuwidrig und aufsichtsrechtlich unzulässig sein, wenn noch keine strafbare Handlung vorliegt. Die Vertrauenswürdigkeit einer Bank kann nicht losgelöst davon beurteilt werden, wie bestimmte Verhaltensweisen in der Öffentlichkeit beurteilt werden, da Vertrauen immer eine Wechselwirkung zwischen denjenigen, die vertrauen, und denjenigen, welchen vertraut wird, voraussetzt.»

Le TF considère, en revanche, que la CFB n'avait pas la compétence d'ordonner la confiscation ou la restitution des gains illicites²⁵. Néanmoins, les deux banques ont créé un fonds d'indemnisation, auquel elles ont versé les bénéfices qu'elles avaient réalisés. Ce montant a été versé à tous les actionnaires qui avaient acquis en bourse des actions Biber pendant la période en question (permettant ainsi de rembourser environ 40 % de leurs pertes).

2.3 Dans un projet de circulaire de décembre 2003, la CFB se proposait de reprendre et d'explicitier sa pratique en matière d'abus de marché. À la suite des réactions très négatives des banques, la CFB a retiré son projet de circulaire, en relevant cependant qu'elle ne modifierait pas sa pratique²⁶. Elle a publié un nouveau projet, en novembre 2007, explicitement basé sur l'exigence d'une activité irréprochable²⁷.

²⁵ La possibilité d'une confiscation administrative du gain «acquis en violant gravement le droit de la surveillance» a été introduite dans la nouvelle loi sur la FINMA (art. 35).

²⁶ Rapport de gestion 2004, p. 79–80.

²⁷ Ch. 3 du projet: «Die Anforderungen stützen sich auf das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nach Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG. Sie sind Gegenstand des Aufsichtsrechts, haben eine eigenständige Bedeutung und gehen namentlich über den Gehalt von Art. 161 und 161^{bis} StGB hinaus.»

En l'état de la législation, la CFB ne peut intervenir que contre les banques et les négociants, alors que les abus de marché peuvent être commis par n'importe quel investisseur. La question se pose de savoir si les compétences de la CFB devraient être élargies. Des études ont été menées tant par la CFB qu'au sein du Département fédéral des finances; une commission d'experts a été récemment nommée pour pour suivre cet examen.

3 Le devoir de loyauté des banques envers leurs clients

3.1 La CFB n'intervient pas dans les différends pouvant surgir entre une banque et ses clients. En revanche, la CFB considère que la garantie d'une activité irréprochable est en cause lorsqu'une banque viole clairement et gravement ses devoirs de loyauté envers ses clients, notamment lorsque ces violations sont systématiques, qu'elles concernent de nombreux clients et que ceux-ci ne sont pas à même de s'en apercevoir facilement. Ces devoirs de loyauté résultent des règles générales du droit privé, ainsi que (depuis 1997) de l'art. 11 LBVM.

Les conflits d'intérêts

3.2 Depuis 1986 déjà, la CFB considère que la pratique des «cours coupés» (Kurschnitt) est contraire à la garantie d'une activité irréprochable. Elle a pris de nombreuses décisions dans ce domaine²⁸.

²⁸ Déjà en 1988 et en 1989 (Bulletins N° 18, p. 11, et N° 20, p. 23), puis après l'entrée en vigueur de la LBVM (Bulletins N° 43, p. 87, et N° 47, p. 157).

3.3 La CFB intervient parfois dans des cas de conflits d'intérêts, même si les clients n'ont pas (encore) subi un dommage.

Ainsi, une décision du 25 août 1993²⁹ concerne une banque dont le principal actionnaire souhaitait vendre ses actions; mais celles-ci étaient mises en gage au profit d'un créancier. Pour permettre à l'actionnaire de rembourser ce créancier et de retrouver ainsi la libre disposition de ses actions, le directeur de la banque avait créé trois sociétés «off shore» qui ont acheté une participation (peu «liquide») de l'actionnaire dans une entreprise située dans un pays «à risque». Il a ensuite placé les titres de ces sociétés «off shore» dans les dossiers de 173 clients de la banque, qui lui avaient donné un mandat de gestion discrétionnaire. La CFB considère que ce comportement, faisant courir un risque important aux clients, est inadmissible.

3.4 Dans une décision du 22 mars 1995³⁰, la CFB est intervenue dans le cas d'une banque qui avait acquis (pour elle-même et pour certains de ses organes) des actions d'une société minière canadienne pour un montant représentant près de 40% de ses fonds propres; le cours de ces actions était volatile et leur marché étroit. La banque avait également placé ces actions dans les dossiers de plusieurs clients, notamment des fondations de prévoyance. La CFB considère que la banque a lié son sort à celui de la société canadienne et qu'elle ne pouvait plus exercer objectivement et loyalement son mandat de gestion lorsqu'elle achetait des actions de cette société pour le compte de ses clients.

²⁹ Bulletin N° 25, p. 16.

³⁰ Bulletin N° 29, p. 11.

3.5 Tout récemment, la CFB a examiné les conséquences d'un arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2006³¹, décidant que les «rétrocessions» versées par une banque à un gérant de fortune ne pouvaient être conservées par celui-ci qu'en cas d'accord du client, donné expressément et de manière éclairée (malgré un usage contraire assez généralisé). La CFB considère qu'il s'agit d'un sujet important pour la surveillance des banques³² «en raison surtout des conflits d'intérêts qui peuvent en résulter selon les circonstances»³³. Elle estime qu'une nouvelle réglementation ne s'impose pas de manière urgente, mais que la question devra être approfondie avec les divers participants au marché financier.

Attribution des titres lors d'une émission publique

3.6 Dans une décision du 8 mars 1988³⁴, le directeur d'une petite banque avait systématiquement favorisé son frère (et certains clients de ce dernier) lors de nouvelles émissions, permettant ainsi à ces personnes de faire des profits à court terme et sans risque. La CFB considère que ce traitement de faveur systématique constitue une grave violation de la bonne foi en affaires.

3.7 L'affaire «Think Tools» concernait une offre au public portant sur 30 % du capital de la société, suivie d'une introduction en bourse

³¹ ATF 132 III 460. Cf. aussi le jugement rendu, sur renvoi, par le tribunal cantonal des Grisons, le 30 janvier 2007 (publié le 12 septembre 2007 sur le site «www.kg-gr.ch», sous le titre «Rechenschaftsbericht/Forderung»).

³² Les gérants de fortune ne sont pas soumis à la surveillance de la CFB. Mais les banques reçoivent aussi des rétrocessions (et elles en paient!).

³³ Rapport de gestion 2006, p. 39.

³⁴ Bulletin N° 18, p. 26.

pour la totalité du capital. Les actions offertes à un prix d'émission de 270 francs, ont été sursouscrites plus de 25 fois; le jour suivant l'émission, elles étaient traitées en bourse pour plus de 1000 francs, ce qui représentait donc une plus-value de presque 300%. L'attribution des actions devait être décidée conjointement par la société et par la banque chargée de l'émission. Le prospectus avait indiqué que 5% de l'émission serait placé parmi les proches des actionnaires de Think Tools. En réalité, seulement 43% des actions ont été placées dans le public (dont 34% aux clients de la banque chargée de l'émission); 32% ont été placées auprès de personnes proches de la société et 25% auprès de la banque elle-même (ou de son groupe). Celle-ci a vendu environ le tiers desdites actions pendant le premier jour de cotation, encaissant ainsi une plus-value de 21 millions de francs.

La CFB considère que, même si personne n'a subi de dommage dans cette affaire, le comportement de la banque était contraire aux principes de la bonne foi en affaires³⁵: «Ein Verstoss gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit liegt vor, wenn die beanstandete Tätigkeit in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss, widerspricht. Im Sinne eines Berufrechts obliegen daher Banken und Effekthändlern zusätzliche Rechtspflichten, die berufsspezifisch und nicht in materiellgesetzlichen Bestimmungen festgelegt sind ... Angesichts des Vertrauens, das Banken und Effekthändler als wichtige Grundlage für ihre Tätigkeit beanspruchen, kommt dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ein sehr hoher Stellenwert zu ... Dies bedeutet namentlich, dass Interessenkonflikte so zu lösen sind, dass Kunden und Dritten daraus keine Nachteile erwachsen.»

³⁵ Décision du 19 mars 2003, Bulletin N° 45, p. 164.

Ces considérants, qui invoquent la bonne foi en affaires et la confiance que les banques doivent inspirer, sont assez semblables aux considérants du Tribunal fédéral, dans son arrêt du 2 février 2000³⁶.

La banque chargée de l'émission avait déjà licencié les organes responsables. La CFB considère cependant que la banque, dont l'organisation était insuffisante, est elle-même responsable de cette affaire: «Ob-schon sich die Bewilligungsvoraussetzung der Gewähr für eine ein-wandfreie Geschäftstätigkeit direkt an natürliche Personen richtet, hat nach ständiger Praxis der Eidg. Bankenkommission, bestätigt durch das Bundesgericht, auch die Bank als Unternehmen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten ... Die Gewähr für eine ein-wandfreie Geschäftstätigkeit wird dadurch gewissermassen entperso-nifiziert.» La banque devait donc prendre les mesures nécessaires pour améliorer son organisation et son contrôle interne.

En outre, la CFB demandait à la banque de trouver une solution adé-quate pour transférer à des tiers son profit illégitime de 21 millions de francs. Quelques jours après cette décision, la banque versait ce mon-tant au CICR et en informait le public.

À la suite de cette affaire, l'Association suisse des banquiers a adopté en juin 2004 une directive détaillée sur l'attribution des titres lors d'émissions publiques.

³⁶ Cf. ci-dessus ch. 2.2.

4 Conclusions

4.1 La CFB a utilisé l'exigence générale d'une «activité irréprochable» pour combler certaines lacunes de la loi.

Ainsi, la CFB a demandé aux banques dès 1979 d'examiner l'arrière-plan économique des opérations insolites. Douze ans après, le législateur complétait le code pénal en punissant le blanchiment; presque vingt ans après, il adoptait la loi contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier.

De même, la CFB est intervenue depuis 1999 pour lutter contre certaines formes de délits d'initiés échappant à la définition étroite du code pénal, lorsque des banques ou des négociants participaient à ces opérations. La définition pénale des opérations d'initiés vient d'être élargie par le législateur, qui a supprimé l'art. 161 al. 3 CPS. Une loi générale sur les abus de marché, élargissant notamment les compétences de la CFB, ne verra le jour que dans plusieurs années.

S'agissant des pratiques bancaires concernant l'attribution des titres lors d'émissions publiques, la décision de principe de la CFB date de mars 2003. L'Association suisse des banquiers a souhaité introduire rapidement une certaine sécurité juridique dans ce domaine et elle a adopté une directive déjà en juin 2004.

La CFB, en appliquant l'exigence d'une activité irréprochable de manière novatrice, n'est pas tombée dans l'arbitraire. Elle a soigneusement choisi ses domaines d'intervention pour combler certaines lacunes du droit bancaire et financier. Le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique. Le législateur la consacre, à son rythme tout helvétique.

On peut penser qu'une autorité administrative ne devrait pas ainsi anticiper des modifications législatives. Tel était d'ailleurs le motif principal invoqué par les critiques de la pratique de la CFB, qui craignaient le risque de développements arbitraires. Mais on peut aussi penser qu'une autorité administrative remplit son rôle en appliquant largement une règle générale, comme l'exigence d'une activité irréprochable, tout en utilisant ses pouvoirs avec discernement et retenue.

4.2 La FINMA poursuivra probablement dans ce domaine la pratique de la CFB.

Ainsi, le principe général du respect de la bonne foi en affaires pourrait encore se prêter à de nouveaux développements, dans certains domaines. En particulier, on reconnaît maintenant généralement que si les conflits d'intérêts ne peuvent pas être interdits, notamment dans le secteur financier, ils doivent être «gérés» par les banques de manière transparente, en évitant que les clients en subissent des inconvénients³⁷. Dans ce domaine, l'efficacité du droit privé est souvent bien faible, car les conflits d'intérêts sont difficiles à reconnaître pour les tiers.

La FINMA pourrait aussi interdire certaines clauses abusives dans les conditions générales des banques. Cette intervention serait justifiée par le régime très libéral du droit privé suisse dans ce domaine. Elle est

³⁷ Cf. Peter Nobel/Isabel Stirnimann, SZW/RSDA 2007, p. 343: «Bei Banken und Effektenhändlern besteht mit dem Gewährsartikel auch ein wirksames aufsichtsrechtliches Mittel, damit diese die notwendigen internen Vorkehrungen treffen, um Interessenkonflikte richtig zu kanalisieren bzw. zu vermeiden.» Cf. généralement «Conflicts of Interest», edited by Luc Thévenoz and Rashid Bahar, Schulthess 2007.

d'ailleurs bien établie dans le domaine des assurances³⁸. La CFB a écarté pour l'instant cette perspective, mais de manière très nuancée, invitant peut-être à une certaine autorégulation³⁹.

L'exigence d'une activité irréprochable s'applique aussi aux activités des dirigeants bancaires suisses à l'étranger, notamment dans le cadre d'un groupe bancaire. En revanche, cette exigence ne s'applique pas en principe aux dirigeants des filiales étrangères, exclusivement soumis aux règles du droit local. Dans son ordonnance de 2002 sur le blanchiment, la CFB a prévu que les banques suisses devaient veiller à l'application des principes fondamentaux de cette ordonnance par leurs filiales étrangères⁴⁰. La FINMA pourrait peut-être demander à l'avenir aux banques suisses de faire respecter généralement l'exigence d'une activité irréprochable par leurs filiales étrangères, dès lors que ces filiales contribuent à «l'image» de la banque-mère, c'est-à-dire à la confiance qui lui est témoignée par ses clients et par le marché.

Enfin, la FINMA pourrait augmenter ses exigences dans le domaine essentiel de l'organisation et du contrôle interne des banques (notamment le «compliance» et le contrôle des risques). La CFB a fait un premier pas dans ce domaine, par sa circulaire du 27 septembre 2006. Cette évolution conduirait à appliquer encore davantage les exigences d'une activité irréprochable aux banques elles-mêmes, et non seulement à leurs dirigeants, ce qui est sans doute souhaitable.

³⁸ La Commission d'experts pour la révision de la loi sur le contrat d'assurance propose d'introduire un nouvel article 20a CO s'appliquant à toutes les conditions générales, et excluant les clauses désavantageant le client de manière inadéquate (Rapport de la Commission du 31 juillet 2006 – <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01068/index.html?lang=de>).

³⁹ Rapport de gestion 2006, p. 39–40.

⁴⁰ Art. 3 OBA-CFB du 18 décembre 2002.

49 Nummern «Leading Cases» – Die Vergangenheit ihrer Zukunft

Peter Nobel*

1 These – oder: Warum das Starke keine Zukunft hat

Die Absicht der folgenden Zeilen ist nicht derart provokativ, wie es nach der Überschrift scheinen könnte. Gerne komme ich der Aufforderung zum Rückblick auf eine Tätigkeit, die mich auch 13 Jahre faszinierte, nach. Selbstverständlich sind von innen her gesehen fast alle Entscheide der EBK «leading cases» und extern mindestens für die Sonntagspresse, ob noch angereichert durch eine spezielle mediale Kommentierung oder nicht. Es geht hier (etwas lockerer als der Gegenstand selbst) um die bisherigen 49 EBK-Bulletins, sozusagen die Hofnachrichten.

Es gibt da natürlich auch heisse Geschichten, so wenn eine Aktiengesellschaft unerlaubt Geld sammelt für ein Herzinfarktvorwarngerät (23/1993, 10 ff.), der vermeintliche individuelle Erwerb wirklicher exotischer Bäume versprochen wird (Jahresbericht 2006, S. 44) oder der «königliche» Club, der «Brabham» Lüthi dazu diente, Gelder von Anlegern in Formel-1-Kerosin-Düfte umzuwandeln (25/1994, S. 12 ff.; BGer Urteil 2A. 146/2002 vom 13. Februar 2003); wenigstens konnte man hier am Fernsehen dem infernalischen Verbrennungsprozess zusehen. Die *unbewilligte Banktätigkeit* zieht sich denn auch als roter Faden durch die Bulletin-Geschichte; immer wieder beschäftigte sie

* Rechtsanwalt, Professor an der Hochschule St. Gallen, ehemaliges Mitglied der Eidgenössischen Bankenkommission.

die EBK und es scheint, dass der Erfindungsgabe der Menschen kaum Grenzen gesetzt sind, wie sie im Finanzbereich unbehelligt ihrer Jäger- und Sammlerlust nachgehen zu können glauben. Auch der merkwürdigen Ausnahme des Geldsammelns mittels Obligationenausgabe wurde aber ein Riegel geschoben (39/1999, S. 21 ff.). Dagegen ist die bundesrätlich angeordnete Ausnahme der Geldanlage beim Arbeitgeber (Art. 3a Abs. 4 lit. e BankV) bei Swissair fast auch mit abgestürzt.

Das zweite Defizit, nämlich dass Vermögensverwalter nur hinsichtlich der Geldwäschereibelange reguliert sind (Art. 2 Abs. 3 GwG), erscheint nur sporadisch in den Bulletins (4/1979, S. 14 ff.; 23/1993, S. 13 ff.). Heute können sie wenigstens auch auf eigenes Begehren eine Lizenz beantragen, wenn das Ausland dies verlangt (Art. 13 Abs. 4 KAG).

Schon früh war auch – wie im gemeinen Aktienrecht (BGE 104 II 32, ferner 126 III 266 E. 1/b) – die schiere Erfolglosigkeit einer Bank schlicht als Missstand gebrandmarkt worden; wenn ein Institut «aus strukturellen Gründen keinen Gewinn erwirtschaften und nur noch mit Hilfe von Aktionärszuschüssen (à fonds perdu) existieren kann», rechtfertigt sich ein Bewilligungsentzug durch die Bankenkommision (12/1983, 6¹); das waren bodenständige Zeiten.

Für den ernsthaften Betrachter von aussen reduziert sich der Gehalt dann aber doch in Bleibendes und Vorübergehendes, Passagères. Das Bleibende sind die Leitentscheide; auch sie haben in der Regel aber gerade darum keine Zukunft, weil sie nicht selten erste Anregung für Gesetzesrevisionen darstellen.

¹ BGer Urteil vom 9. August 1982, worin die Argumentation der EBK geschützt worden ist.

Das ist die These, mit der ich mich bewaffnete, um durch die 49 Hefte des bisherigen Bulletins zu streifen, farblich von anfänglich rot-schwarzer Aufmachung über weiss-grün bis chamois-schwarz-rot, von ganz dünn bis zu adipös, signetmässig von den schlichten drei Buchstaben «EBK» zu einer Gestaltung, die an den russischen Suprematismus erinnert (und in vergleichbarer Weise auch auffindbar ist, etwa bei Holcim und der früheren Batigroup).

Was war die Ausbeute? Die folgenden Resultate sind natürlich «ohne Gewähr», und dies in einem doppelten Sinne: Die Gewährsproblematik behandelt erstens absprachegemäss mein dank der EBK zum Freund gewordener Kollege Alain Hirsch; was wird er zum Merksatz sagen: Steuerdelikte sind mit Gewähr nicht vereinbar (22/1992, S. 27 ff.; Jahresbericht 2006, S. 43)? Zweitens ist die Auswahl hier hoffnungslos subjektiv, was immer noch besser ist als «hoffnungsvoll», sagte Kurt Hauri doch gerne: «L'espoir c'est l'amour des imbéciles.»

So widerspiegelt die Gestalt des Bulletins zum Teil auch die Präsidenten: Schmal und zurückhaltend, aber selbstbewusst die Walliser Heftchen von Hermann Bodenmann, die sich verhalten anbahnende Öffnung in Richtung Zürcher Nachrichten unter Silvio de Capitani und dann die Befehlsausgaben von Kurt Hauri. Die Härte des Gesetzes zeigte sich auch früh daran, dass die EBK meint, in Bezug auf Strafanzeigen den Gedanken an ein Opportunitätsprinzip nicht aufkommen lassen zu dürfen (3/1978, S. 68 ff., 72): Ihre Pflicht zur Anzeige von Verbrechen und Vergehen zum Nachteil von Bankgläubigern ergebe sich bereits aus ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde, weiss die EBK unter

Berufung auf das Bundesgericht.² Ausserdem haben die Strafverfolgungsbehörden über die Einleitung eines Strafverfahrens zu entscheiden. Die EBK müsse aber bei Vorliegen eines ernsthaften Verdachts Anzeige erheben, ansonsten kein Strafverfahren durchgeführt werde. Die EBK träge damit einen Entscheid, der gar nicht in ihre Kompetenz falle.

Und jetzt wird unter Eugen Haltiner alles neu werden und die Alten schreiben den Nachruf, «nihil nisi bene»; ich bin froh, dass ich das noch auf Deutsch tun darf, denn die EBK, eher CFB³, ist heute mehrheitlich, frei nach La Fontaine, «des cerveaux plantés dans une commission qui tiennent dans leurs plis leurs mystères».

Übers Ganze muss man auch einen Blick auf die Entscheide des Bundesgerichts werfen, denn die eidgenössische Sparsamkeit gebot damals noch, einen Entscheid, den das Bundesgericht selbst veröffentlichte, nicht auch noch im Bulletin abzudrucken. Man glaubte an den Überblick der Leute. Heute drucken alle alles ab, so dass niemand mehr den wirklichen Überblick haben kann. Wie die Lage in Bezug auf das Bundesverwaltungsgericht wird, hängt wohl von dessen künftiger Handhabung des technischen Ermessens ab.

2 Vom Gegenrechtserfordernis zur Globalisierung

Schon im ersten Heft stösst man auf nostalgische Themen wie das *Gegenrechtserfordernis* (1/1977, S. 25 ff., 27 ff.). Dieses war lange Zeit ein

² «Es wäre mit dem Sinn und Zweck des Aufsichtsrechtes nicht zu vereinbaren und würde von der Öffentlichkeit mit Recht nicht verstanden, wenn die Kommission Strafsachen, die ihren Aufgabenkreis betreffen, auf sich beruhen lassen könnte», BGE 93 I 86.

³ Commission fédérale des banques.

probates aussenwirtschaftspolitisches Druckmittel, indem man ausländisch beherrschten Banken die Präsenz in der Schweiz nur erlaubte, wenn sie ihr Territorium auch Schweizer Banken öffneten.⁴ Die Bestimmungen zum Gegenrecht (Art. 3^{bis} und 3^{ter} BankG) wurden 1971 eingeführt, als der Schock mit der russischen Wozchod-Bank noch von Osten kam und man kein Abwehrmittel fand.⁵ Diese Gegenrechtsfragen geisterten durch zahlreiche Bulletins (etwa 4/1979, S. 16 ff. und 24 ff.; 9/1981, S. 38 ff., 45 ff. und 47 ff.; 14/1984, S. 10 ff.; 17/1987, S. 28 ff.) und die Jahresberichte enthielten bis 1997 regelmässig Gegenrechtslisten (vgl. etwa Jahresberichte 1992, S. 39; 1993, S. 33; 1994, S. 31; 1995, S. 31; 1996, S. 34 und 1997, S. 51). Heute ist die Welt anders, offen und die WTO-Ordnung ist natürlich weder am Bankrecht noch am EBK-Bulletin vorbeigegangen. Am 1. März 1999 ist das WTO/GATS-Abkommen in Kraft getreten. Hauptfolge für die Schweiz ist der endgültige Verzicht auf die Anwendung des Gegenrechtsvorbehalts im Rahmen von Bewilligungsverfahren bei ausländischen Banken und Effektenhändlern, die aus einem WTO-Mitgliedstaat stammen.⁶

Die Globalisierung zeigt sich aber vor allem auch an den «Basler» *Materien*, die da in den Bulletins abgehandelt und abgedruckt werden, von dem aus der Herstatt-Krise entstammenden Konkordat über den Capi-

⁴ Botschaft des Bundesrates über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970, BBl 1970, S. 1144 ff., insbes. S. 1152.

⁵ Vgl. Peter Nobel, Der heutige Stand der internationalen Bankenüberwachung, in: Société Suisse de droit international (Hrsg.), *Aspects du droit international des sociétés*, Bd. 92, Zürich 1995, S. 91 ff., insbes. S. 107; Daniel Zuberbühler, Die bankaufsichtsrechtliche Erfassung des Derivatgeschäftes, in: Peter Nobel (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Bd. 4, Bern 1996, S. 42 ff., insbes. S. 43.

⁶ EBK-Jahresbericht 1998, S. 42 f.

tal Accord⁷ (heute Basel II) bis zu den Beaufsichtigungsgrundsätzen (Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht [Basler Grundsätze], 33/1997, S. 77 ff.⁸). Es gab dazu auch Einzelfälle und einen berühmten Fall, einen «seminal case» (die ja immer Missvergnügen bereiten), wo (durch Daniel Zuberbühler) das Konzept des «faktischen Beistandszwanges» im Konzern geschaffen wurde (heute in Art. 3c Abs. 1 lit. c BankG). Der berühmte Satz «Eine Tochter ist keine Schwester» genügte da nicht mehr (21/1991, S. 39 ff. [CS-Holding]⁹; 36/1998, S. 13 ff.), obwohl im gesellschaftsrechtlichen Familienrecht alles weiblich ist (Mutter, Tochter), ausser den Strohmännern.

Dabei ist nicht nur die mit der Internationalisierung verbundene Entwicklung von *Standards* bemerkenswert, sondern auch die konsequente *Konzernerfassung*, die im Bankenrecht viel weiter gediehen ist als im ordentlichen Gesellschaftsrecht (vgl. schon Bericht des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht über Mindestanforderungen für die Beaufsichtigung internationaler Bankkonzerne und ihrer grenzüberschreitenden Niederlassungen vom Juni 1992, EBK-Bulletin 23/1993, S. 44 ff.). Heute hat sich auch diese Entwicklung in gesetzlichen Regeln niedergeschlagen (vgl. Art. 4 BankG, 14 und 14a BankV). Die Praxis der EBK in diesem Bereich hat viel zur Qualität der Schweizer Aufsicht als Home Country Control beigetragen. Auch das Bundesgericht war hier kühler Helfer, indem es im Fall «Banque commerciale» sagte, eine Bank, die der Schweizer Aufsichtsbehörde wegen Drittlandnormen

⁷ Vgl. dazu Sonderheft «Die neuen Eigenmittelvorschriften der Bankenverordnung», EBK-Bulletin 19/1990, S. 3 ff., insbes. S. 22 ff.

⁸ Die revidierte Fassung von 2006 findet sich auf der Website der BIZ unter <www.bis.org/publ/bcbs129ger.pdf>.

⁹ BGE 116 Ib 331 ff.

keine Auskunft geben könne (oder dies meine), solle sich doch gefälligst geografisch anders organisieren (BGE 108 Ib 513 E. 2/b).

Für die EBK stellte sich auch immer die Frage der richtigen *Anknüpfung ihrer Zuständigkeit* bei internationalen Sachverhalten. Schon im ersten Heft wird um Fragen einer Zweigniederlassung gerungen (1/1977, S. 8 ff.); die EBK hält dort fest, dass für die schweizerischen Zweigniederlassungen einer ausländischen Bank ein einziger Revisionsbericht genügt, der jedoch präzise Angaben über diese einzelnen Zweigniederlassungen enthalten muss. Mit «Fidenas» wurde dann aber die Praxis begründet, dass ausländische Institute am Ort ihrer (allenfalls fiktiven) Zweigniederlassung in der Schweiz ins Recht gefasst und gegebenenfalls auch liquidiert werden können (29/1995, S. 17 ff.). Die Liquidation hat zum Zweck, die Gläubiger von Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung zu befriedigen oder sicherzustellen. Sie umfasst denn auch jene Vermögenswerte, die mit der Schweiz in einem exekutionsrechtlichen Zusammenhang stehen. Das scheint effizienter zu sein als etwa die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete nach Art. 166 IPRG. Die EBK anerkennt aber gemäss Art. 37g BankG ausländische Konkursdekrete, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 166 IPRG erfüllt sind (48/2006, S. 279 ff.). Diese kluge Praxis wurde weitergeführt bis zum kürzlich ergangenen Tessiner Entscheid (BGE 130 II 351), wo das Bundesgericht unter Berufung auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit die Auffassung vertrat, man müsse nicht gleich auch noch liquidieren, wenn die Vermögenswerte der fraglichen Zweigniederlassungen keinen engen Zusammenhang mit der von der Schweiz aus erfolgten Geschäftstätigkeit aufweisen, weil hier keine Kunden geworben worden sind und die bewilligungspflichtigen Aktivitäten schwergewichtig im

Ausland liegen und den hiesigen Finanzplatz höchstens am Rande berühren.

Die Konzernproblematik konnte mit einigen bemerkenswerten Entscheidungen, zur Zeit, als «*Allfinanz*» der magische Begriff war, auch in den Bereich der Finanzkonglomerate übergeführt werden. Der Entscheid i.S. Zurich Financial Services dürfte hier insofern der am meisten hervorstechende sein, als nicht gleich der Konzern zur Bank werden durfte, sondern nur der Betrieb eines isolierten Bänkleins erlaubt wurde (42/2002, S. 15 ff.). Auch dieser Komplex ist zum Gegenstand der Gesetzgebung geworden. Mit der Reform des Versicherungsaufsichtsgesetzes¹⁰ sind eine Konglomeratsaufsicht (Art. 64 ff. VAG) geschaffen und entsprechende Anpassungen im BankG (Art. 3b ff.) vorgenommen worden.

3 Die Wurzeln des FINMAG-Sanktionenkatalogs

Immer wieder – von Anfang an – taucht der *Bewilligungsentzug* als Sanktion auf. Dort wo er verfügt wurde, lässt sich die Berechtigung durchaus nachvollziehen. Ein leading case ist mit Gewissheit der Bewilligungsentzug der Spar- und Leihkasse Thun (22/1992, S. 9 ff.¹¹), wo plötzlich das System versagte und die Grossbanken, bislang treue Übernehmer, die kleine Regionalbank nicht mehr schlucken wollten. Der «bank run», d.h. die Warteschlangen der gläubigen Kunden vor den geschlossenen Schaltern, bescherte Prominenz in ausländischen

¹⁰ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004, SR 961.011.

¹¹ Unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 20. November 1991.

Fernsehsendungen wie heute «Northern Rock». Dann erinnert man sich mit Genuss an die flammenden Aufrufe der SchKG-Kammer des Bundesgerichts (durch Bundesrichter Karl Spühler) an die ATAG Ernst & Young AG (von der EBK eingesetzte Liquidatorin) und Herrn Paul Freiburghaus (von den SchKG-Behörden eingesetzter Kommissär), wonach sie sich stets bewusst sein mögen, «dass sie ihre Tätigkeit unter den Augen einer grossen Zahl von Bankgläubigern ausüben, die entgegen jeder Erwartung ihre Forderungen gefährdet sehen, und dass sie deshalb eine besondere Verantwortung tragen» (BGE 119 III 37 E. 8/b). Weitere namhafte Fälle von Bewilligungsentzug sind «Bank Rinderknecht» (33/1997, S. 22 ff.) und «Bank Thorbecke» (45/2003, S. 150 ff.), die jeder für sich ein Universum von Erkenntnissen über Fehlentwicklungen öffneten. Die Bank Rinderknecht musste sich unzureichende Eigenmittel im Verhältnis zu ungewissen Prozessrisiken, die Eingehung nicht zu verantwortender Klumpenrisiken sowie Verstösse gegen interne Weisungen und Standesregeln vorwerfen lassen. Auf der anderen Seite ist allerdings festzustellen, dass die Androhung des Bewilligungsentzugs ein an sich oft unangemessenes Mittel darstellen kann. Bisher fehlte aber ein differenziertes Sanktionssystem. Das wird mit dem *FINMAG*¹² anders, wenn auch nicht vollumfänglich in dem von der EBK gewünschten Ausmass. Die Art. 29 ff. *FINMAG* enthalten eine Reihe von präventiven und repressiven Sanktionsinstrumenten. Zu erwähnen ist beispielsweise das Berufsverbot (Art. 33 *FINMAG*), welches Personen bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen eine Tätigkeit in leitender Stellung für maximal fünf Jahre untersagen kann. Die ominöse Praxis des «Gewährsbriefts» (46/2004, S. 21 ff.) dürfte damit zu Grabe getragen sein, da das individuelle Ver-

¹² Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz) vom 22. Juni 2007, BBl 2007, S. 4625 ff. Inkraftsetzung: 1. Januar 2009.

bot sicherlich auch die individuelle Legitimation bringt. Ferner kann mit der Einziehung von Gewinnen (Art. 35 FINMAG) verhindert werden, dass sich ein Verstoß gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen «lohnt». Daneben soll die FINMA befugt sein, bei einer schwerwiegenden Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften ihre rechtskräftige Verfügung zu veröffentlichen (Art. 34 FINMAG).

Für den Bereich des Banksanierungs- und Konkursrechts wurde, dank des erschütternden Anstosses der Spar- und Leihkasse Thun, mit der Novelle vom 3. Oktober 2003 ebenfalls gänzlich neues Recht geschaffen, so sogar ein schweizerisches «chapter 11», d.h. einen elften Abschnitt im BankG mit der Überschrift «Massnahmen bei Insolvenzgefahr». Es wäre daran zu denken, dieses auch proaktiv auf den Bewilligungsbereich auszudehnen, ohne vorerst die Überschuldungs- und Liquiditätsbesorgnis zu prüfen (Art. 25 BankG), erscheint diese doch oftmals als notwendige Folge von aufsichtsrechtlichen Massnahmen. Ausserdem könnte die banksanierungsrechtliche Innovation auch für das Unternehmenssanierungsrecht des SchKG wegweisend sein.

4 Die VSB-Konzepte als Wegbereiter für (inter)nationale Regulierung

Mit der *Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)*, bei deren Schaffung (1977) die EBK anfänglich nur wohlwollend in den Schlepptouren von Texon der Initiative der Nationalbank (bzw. des verdienten Leo Schürmann) zusah, wurde die Figur des «wirtschaftlich Berechtigten» geschaffen und damit auch bereits das KYC-Theorem, das nicht «kicken» meint, sondern: «Know Your Customer».

Verschiedene Bulletin-Entscheide reichern die Szene dann durch die Pflicht zur Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes an (7/1980, S. 39 ff.; 11/1982, S. 15 ff.; 49/2006¹³, S. 36 ff.). «Nach der Praxis der Bankenkommision hat die Bank über die Dokumentationspflichten [...] hinaus die «wirtschaftlichen Hintergründe» des in Aussicht genommenen Geschäftes abzuklären, wenn im Einzelfall Anzeichen darauf hindeuten, dass die Transaktion Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhaltes bilden könnte oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt» (11/1982, S. 18). Hier ist nicht Thema, dass dies im Gewährszusammenhang entwickelt wurde, sondern dass schon dieses Unterfangen dem Ziel diene, die wirtschaftlichen Zusammenhänge zu erfassen und so die konkrete Risikolage des fraglichen Geschäftes zu beurteilen.

Als dann die grosse Zeit von «pecunia olet» und der Dispositive für die Geldwäschereiabwehr kam, war man gerüstet und konnte sogar im Rahmen der *FATF* eine führende Rolle spielen. Die VSB-Konzepte haben praktisch die Welt erobert. An bedeutenden Fällen ist hier vor allem «Abacha» (BGE 131 II 169¹⁴) zu verzeichnen; dieser hat gezeigt, dass das Geld nicht etwa direkt aus Afrika, sondern unter Benützung weltweit renommierter Finanzplätze, wie etwa London, transferiert wurde, was dann auch die Engländer nachträglich veranlasste, Massnahmen zu ergreifen.

Organisationsmässig ging mit dem *Geldwäschereigesetz (GwG)* dann aber einiges schief, bis die EBK, die ihre Aufsichtsdomäne ja auch geldwäschereimässig selbständig betreuen konnte, eine vertraute Kraft in

¹³ BGer Urteil 2A.91/2005 vom 9. Februar 2006.

¹⁴ Pra 95/2006 Nr. 35.

die Kontrollstelle entsandte (die jetzt im Rahmen der FINMA aber sozusagen wieder heimgeholt wird).

Die VSB bestimmte grundsätzlich auch, was unter «üblicher Sorgfalt» im Rahmen von Art. 305^{bis} StGB verstanden wird (nur das Bundesgericht befand sich, es handle sich lediglich um eine Auslegungshilfe, 38/1999, S. 50 ff.¹⁵). Da die VSB aber nur im Bankbereich galt und die Geldwäschereिनormen allgemein waren, leiteten die Konzepte dann auch noch die Schaffung des GwG ein.

Die VSB hat so ausserordentlich viel zur Schweizer Geschichte beigetragen; was ihr indessen nicht gelang, war, das Anwaltsgeheimnis aus den Angeln zu heben. Zwar konnten die liechtensteinischen und die schweizerischen ausserhalb der Kammer organisierten Treuhänder ferngehalten werden (BGE 109 Ib 146 ff.), aber es kam, nach einigen Diskussionen, doch zum Formular R; dieses wurde damals ad hoc, in einer Sitzung entwickelt, und die langen Diskussionen mit dem Anwaltsverband brachten nichts mehr als eine zusätzliche «check box» auf dem Formular. Immerhin sind aber auch die Grenzen des Anwaltsgeheimnisses geklärt worden; ein Anwalt kann sich nicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht für das berufen, was auch eine Bank oder eine Treuhandfirma tun könnte; «[wollte] man die Dinge anders betrachten, so hätte es ein Beschuldigter in der Hand, durch Einschaltung eines Anwalts als Mittelsmann einen Erlös aus einer Straftat unter Umständen dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen», befand das Bundesgericht im «Weihnachts-Entscheid» (17/1987, S. 20 ff.

¹⁵ BGE 125 IV 139, insbes. E. 3/d.

= BGE 112 Ib 606 E. c). Para-Banken im anwaltlichen Kleid können keine Sonderbehandlung beanspruchen, was richtig ist.¹⁶

5 «Stammgäste» im EBK-Bulletin

Blättert man so durch die Bulletins, so fragt man sich, ob es da nicht auch wiederkehrende Kunden gebe, aus welchen Gründen auch immer. Dabei taucht die Erinnerung an einen Anwalt auf, der sich dem Bereich der *Immobilienanlagefonds* verschrieben hatte und hartnäckig die Behauptung der Verwässerung der Altanteile durch die Ausgabe neuer Anteile verfolgte (25/1994, S. 34 ff.). Obwohl er auf dem Fahrrad einem Autounfall zum Opfer fiel, blieb er nicht wirkungslos. Das Geschäft der Schätzungsexperten wurde ernster genommen und die EBK führte ein Bezugsrecht ein, welches in Art. 41 Abs. 1 AFG festgeschrieben wurde (vgl. heute Art. 66 Abs. 1 KAG). Woran man aber lange herumkaute, war ein noch heute eher ungelöstes Problem, nämlich die Stellung des Anlegers im Verwaltungsverfahren (29/1995, S. 46 ff. und BGE 120 Ib 351 ff.). Hier wird vielleicht sogar das Bundesverwaltungsgericht aktiv.

Auch die *BZ-Bank* und *Martin Ebner* tauchen auf – zuerst mit Offenlegungsfragen (37/1999, S. 13 ff.), woraus sich dann ein Musterfall zum Rechnungslegungsrecht im Bankbereich ergab, der Klarheit zu den bankspezifischen Abweichungsmöglichkeiten von der aktienrechtlichen Vorlage brachte. (Eine «wahre Koordinationsaufgabe», sagte

¹⁶ Vgl. zum Ganzen auch Daniel Urech, Die neue VSB – das neue Formular R für Rechtsanwälte und Notare, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 1, Bern 1993, S. 185 ff.

Susan Emmenegger bereits damals kämpferisch.) Jetzt liegt eine Kontroverse zur Frage der Gruppenbildung vor, deren Schluss im althergebrachten Bulletin vielleicht keinen Platz mehr findet (angefochtene Verfügung der Übernahmekammer der EBK vom 13. Juli 2007 in Sachen Converium Holding AG, Zug). Dazwischen hatte die EBK noch 2002 im Zusammenhang mit Verkäufen von Pirelli-Titeln mit Ebner zu tun.¹⁷ Dabei ist sie zum Schluss gekommen, dass Martin Ebner kein marktmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden kann, welches eine aufsichtsrechtliche Sanktion nach sich ziehen würde. Im September 2003 endete dann auch das Strafverfahren gegen Ebner wegen Insidergeschäften mit einem Freispruch vor dem Bezirksgericht Zürich.¹⁸

Wiederkehrend traf es auch die *Bank Thorbecke* in St. Gallen, zuerst verletzte sie durch Kursschnitte ihre Effekthändlerpflichten nach Art. 11 BEHG¹⁹ – dass sie sich imagemässig davon nie mehr ganz erholte, zeigt, dass die EBK auch nachtragend sein kann – und dann führte die Art der Vermögensverwaltung und insbesondere die mangelnde Überwachung durch den Verwaltungsrat insgesamt zum Untergang, d.h. letztlich zur Rettung im Schosse der St. Galler Kantonalbank (45/2003, S. 150 ff.).

Der *Kursschnitt* ist aber ein Problem, das die EBK immer wieder beschäftigte, da damit auch keine einfachen Fragen aufgeworfen werden (43/2003, S. 87 ff.). Die heutige Lösung, dass dann kein Kursschnitt vorliegt, wenn die Bank ein Risiko trägt (47/2005, S. 157 ff. insbes. 169),

¹⁷ Medienmitteilung des EFD vom 26. November 2003 <www.efd.admin.ch>.

¹⁸ Urteil vom 25. September 2003, teilweise abgedruckt bei Peter Nobel/Myriam Senn, Finanzmarktrechtliche Entscheide, 2. A. Bern 2006, S. 399 ff.

¹⁹ Vgl. EBK-Jahresbericht 2002, S. 45 f.

ist eine salomonische, aber nicht das Gelbe vom Ei, denn man kann füglich darüber streiten, ob im Blockhandel die Courtage die finderische Tätigkeit angemessen entschädigt.

6 Dauerbrenner Amtshilfe

Ein denkwürdiges Kapitel ist und war für die EBK auch stets die Frage der Amtshilfe bei der Strafverfolgung. Grundsätzlich ist sie dazu verpflichtet (Art. 357 StGB). Sie wollte aber Bremsen einbauen, was ihr nur in unvollständiger Weise gelang, beginnend mit der Auseinandersetzung um die Solothurner Kantonalbank (33/1997, S. 47 ff. = BGE 123 IV 157 ff.), wo 13 Aufsichtsgremien versagten. Der Einbruch in die Arkansphäre geschah aber mit dem Fall der Genfer Kantonalbank, wo den Untersuchungsrichtern, allerdings vorerst nur in Bern (in Camera), die Lektüre der Protokolle der EBK gewährt wurde, und erst auf bundesgerichtliche Anordnung (BGE 129 IV 141 ff.). – Ich würde mich wundern, wenn der Protokollstil der EBK sich seither nicht geändert hätte.

7 Die bankengesetzliche Revisionsstelle als «verlängerter Arm» der EBK – Höhen und Tiefen

Das Schweizer Aufsichtssystem ist bekanntlich dualistisch. Erstens sind SNB und EBK getrennt und hier hat der Dualismus zuweilen härterer Art in die Minne eines Memorandums of Understanding²⁰ geführt.

²⁰ Memorandum of Understanding zwischen der Eidgenössischen Bankkommission und der Schweizerischen Nationalbank im Bereich der Finanzstabilität vom 23. Mai 2007.

Dann gelten die bankgesetzlichen Revisionsstellen als «verlängerter Arm der EBK» (Jahresbericht 2002, S. 53). Mit diesen Armen (immer noch mehr als zwei) hatte die EBK auch ihre wiederkehrenden Sorgen, obschon das System an sich weiterhin Unterstützung verdient. Das Bundesgericht hat den Revisor einer bankengesetzlichen Revisionsstelle zwar einmal in lichte charakterliche Höhen gehoben und dazu Attribute wie «Integrität, Geradheit, Gewissenhaftigkeit und einwandfreie Sorgfalt» verwendet, «mit denen allgemeine Eigenschaften wie Ansehen, Achtung und Vertrauenswürdigkeit selbstverständlich einhergehen» (BGE 99 Ib 104 E. 5). Auf einer tieferen Ebene hat die EBK dann später aber einen Fall «Arthur Andersen» abgewickelt, der freilich nicht – wie in den USA – zum Untergang führte (43/2003, S. 31 ff.). Heute werden auch Revisionsstellen von Banken verstärkt überwacht; sie müssen ebenso über eine Zulassung gemäss Art. 6 des Revisionsaufsichtsgesetzes²¹ verfügen.²² Das RAG schafft hier aber auch Koordinationsschwierigkeiten. Um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, sind die Tätigkeiten der spezialgesetzlichen Aufsichtsbehörden (wie EBK, BPV und später die Finma) mit denjenigen der Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) nach Art. 28 ff. RAG modular zu koordinieren, indem die RAB künftig über die «Grundzulassung» nach RAG befindet, während die spezialgesetzlichen Aufsichtsinstanzen in ihren Zuständigkeitsbereichen über die spezialgesetzlichen Zulassungen entscheiden (Art. 21 der Revisionsaufsichtsverordnung²³). Dabei sind die Aufsichtsbehörden zu gegenseitiger Information und Zusammenarbeit angehalten (Art. 22 RAG, Art. 26 RAV).

²¹ Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (RAG) vom 16. Dezember 2005, SR 221.302.

²² Vgl. EBK-RS 05/3 Prüfgesellschaften vom 29. Juni 2005, Rz 6.

²³ Verordnung über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (RAV) vom 22. August 2007, SR 221.302.3.

8 Vielfältige Szenenbeherrschung durch das Börsengesetz

Mit dem EBK-Bulletin Nr. 36/1998 begann dann die Ära des BEHG. Seither wird die Szene in grösserem Umfang vom Amtshilferecht und von den Offenlegungs- und übernahmerechtlichen Fragen beherrscht. Spannend sind aber auch die übergreifenden Fragen, wie etwa nach Pflichten der Banken bei Börsengeschäften. Da fragt man sich natürlich, ob es denn früher eine Aufsicht über Wertpapiergeschäfte nicht gegeben habe. Die Antwort muss – wie immer – differenziert ausfallen. Im Bereich der Bankenaufsicht war auch vor dem Übergang zu einem bewilligungsmässigen Trennbankensystem (eine Bank- und eine Effektenhändlerbewilligung) auch das damals noch «indifferentes Geschäft» (weil es nicht um Zinsdifferenzen ging) genannte *Wertpapiergeschäft* Gegenstand der Überwachung. So findet sich beispielsweise ein Fall, wo in einer Genfer «Privat»-Bank die Angestellten für sich mehr als für alle Kunden zusammen verdienten und dies als abzustellender Missstand erschien (18/1988, S. 20 ff.). Dann hat auch der schon gegen Art. 436 OR verstossende *Kursschnitt*, der heute noch, z. B. beim risikolosen Blockhandel, ein prominentes Thema ist (43/2003, S. 87 ff.), seine negativ indizierte, regulatorische Karriere früh begonnen.

Wertpapierthemen sind der Gesetzgebung anscheinend immer etwas voraus. Hier stechen die beiden Entscheide Biber (40/2000, S. 37 ff.²⁴) und Think Tools (45/2003, S. 164 ff.) hervor. Im Ersteren wurde ein ausserhalb der Schwelle des Insiderhandels liegendes Ausnützen von Mehrwissen der Banken als Gewährsverstoss geahndet. Der Entscheid hat uns zusätzlich das Wissen hinterlassen, dass Chinese Walls auch in

²⁴ BGer Urteil vom 2. Februar 2000 i.S. Credit Suisse Group und Credit Suisse First Boston.

der Schweiz zulässig sind, die aber beim Dach, d. h. «an der Spitze der Geschäftsleitung», zusammenlaufen. Im Think Tools-Fall ging es um das Verbot des übermässigen Appetits beim Zuteilen von guten Emissionen, wo damals nur die merkwürdige Sanktion einer Zuwendung ans IKRK aus dem «Tobel» half. Das Sanktionssystem des FINMAG (Art. 35 Einziehung) soll all diese Ausflüge auffangen, nachdem die Doppelnorm von Art. 11 BEHG dies anscheinend nur unvollkommen schaffte.

Im *Amtshilferecht* hatte die EBK einen bedauernswerten Kampf mit dem Bundesgericht auszutragen, das sich vorher in Rechtshilfefragen grosszügig gezeigt hatte und dann beim grosszügigeren Recht, eben dem Amtshilferecht, sozusagen den Laden total herunterliess. Es ist fast eine Ironie, dass im berühmt-berüchtigten Fall Elsag Bailey die Amtshilfe zwar misslang, aber die Rechtshilfe zum Ziel führte (BGer Urteil 1A.12/2005 vom 9. März 2006). Auch brauchte es dann aber die Reform von Art. 38 BEHG, um zu einem befriedigenden Zustand zu gelangen.

Aus dem Börsenbereich ist vor allem das Ringen mit den Regeln zu den *Pflichtangeboten* am bemerkenswertesten. Das Verbot eines selektiven Opting out im Fall «Esec» war noch eine einfachere Übung (41/2000, S. 60 ff.). Dann folgten aber die schwierigen Fragen von «TAG Heuer International» (39/1999, S. 25 ff.), wo die EBK eine eigene verwaltungsrechtliche Anknüpfungstheorie «erfand» und eine Empfehlung der Übernahmekommission dahingehend korrigierte, dass schweizerisches Recht auf die TAG Heuer anwendbar sei, obwohl diese ihren Sitzungssitz in Luxemburg hatte. Massgebend sei neben der Kotierung, dass die tatsächliche und ausschliessliche Leitung von der Schweiz ausging und auch die betriebliche Tätigkeit in der Schweiz stattfand.

Eine Anknüpfung nach den Regeln der Inkorporationstheorie von Art. 154 IPRG wäre eine zu enge Sichtweise und für das Finanzmarktaufsichtsrecht höchstens indirekt von Bedeutung. Das schweizerische Bankaufsichtsrecht kenne seit langem die inzwischen gängige Praxis, die örtliche Anknüpfung als relevantes Kriterium für die Unterstellung unter das BankG heranzuziehen. Diese Praxis sei auch für das Übernahmerecht weiterzuentwickeln. Sie wurde im «Hilti-Fall» durch die Übernahmekommission bestätigt, dann aber insofern partiell wieder fallen gelassen, weil ausgeschlossen wurde, dass Hilti faktisch ihren Sitz in der Schweiz hat. «Die Geschäftsführung sowie die zentralen operativen Tätigkeiten der Gesellschaft befinden sich im Fürstentum Liechtenstein. Das öffentliche Kaufangebot der Martin-Hilti-Familien-Treuhänderschaft für die PS ist folglich nicht den Bestimmungen des BEHG unterstellt.»²⁵

Zur Zeit bereiten die Fragen des «*acting in concert*» Bauchweh, das aber auch wieder abklingen wird, wenn man nicht bloss den «Quadranten» (BGE 130 II 530 ff.), sondern auch den gesetzessystematischen Sextanten richtig legt (Verfügung der Übernahmekammer der EBK vom 13. Juli 2007 in Sachen Converium Holding AG, Zug).

9 EBK-Bulletins – eine Praxis mit Folgewirkungen

Insgesamt kann man feststellen, dass die Entscheidpraxis der EBK nicht nur bemerkenswert in ihrem Gehalt ist, sondern vor allem Folge-

²⁵ Empfehlung der UEK vom 10. Februar 2003 i.S. Martin-Hilti-Familien-Treuhänderschaft und Hilti AG, Schaan <www.takeover.ch>.

wirkungen zeitigt. Was die EBK in Entscheide goss, wurde später zum Gesetz.

Niemand, der die 49 Hefte zur Hand nimmt, würde indessen behaupten, dass das, was er da vor sich habe, der Ausdruck eines alten absolutistischen Spruches sei, nämlich: «L'État c'est nous»; nein, hier geht es bloss um das vom Bundesgericht immer wieder geschützte «technische Ermessen» (BGer Urteil 2A.91/2005 vom 9. Februar 2006 E. 3.2.2.3, vgl. 49/2006, 55).

Décision de la Commission fédérale des banques du 25 octobre 2006

Garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB et art. 10 al. 2 let. d LBVM); obligation de clarifier les opérations inhabituelles demandées par un client; transmission de fausses informations à une autorité étrangère (art. 8 CDB 03)

Avant de s'engager dans des opérations inhabituelles et importantes demandées par un client sur un marché boursier étranger qu'elle connaît peu, une banque doit acquérir une connaissance suffisante de la réglementation étrangère et donner les instructions nécessaires à ses négociants en bourse (ch. 33 et 37).

Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG); Abklärungspflicht bei vom Kunden in Auftrag gegebenen, ungewöhnlichen Transaktionen; Übermittlung falscher Informationen an eine ausländische Behörde (Art. 8 VSB 03)

Bevor eine Bank an einer ihr wenig bekannten, ausländischen Börse im Auftrag eines Kunden in ungewöhnliche und bedeutende Transaktionen eintritt, muss sie sich ausreichende Kenntnisse über die ausländische Regulierung aneignen und ihren Börsenhändlern die notwendigen Anweisungen erteilen (Ziff. 33 und 37).

Garanzia di un'attività irreprezibile (art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR e art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM); obbligo di chiarire le operazioni inusuali richieste da un cliente; trasmissione di informazioni inveritiere ad un'autorità estera (art. 8 CDB 03)

Prima di eseguire, su richiesta di un cliente, delle operazioni inusuali e importanti su un mercato borsistico estero che la banca conosce poco, essa deve acquisire una cognizione sufficiente della regolamentazione estera e dare le istruzioni necessarie ai propri operatori di borsa (cifre 33 e 37).

Résumé des faits

La banque suisse *Alpha* a participé à plusieurs reprises à des entrées en bourse sur un marché boursier [étranger] sur ordre et pour le compte du client privé X. Ce dernier a donné instruction à la banque *Alpha* de passer les ordres de souscription via le négociant étranger *Beta*, dont il était directeur général, membre du conseil d'administration et actionnaire majoritaire.

À partir de 2003, le négociant *Beta* a demandé à la banque *Alpha* de lui retourner dûment rempli et signé des formulaires de souscription. Ces formulaires étaient intitulés «*Application Form for the Subscription of Institutional Investors*» et contenaient la déclaration pré-imprimée suivante «*We hereby submit this order in the Institutional Book Building procedure of... and we declare that we accept the share price determination procedure... We confirm that this order is submitted on our own behalf and*

that we comply with all the requirements set by the [Supervisory Authority] regarding the subscription of Institutional Investors» ou un texte similaire.

La banque Alpha a ainsi rempli et signé à douze reprises de tels formulaires et les a renvoyé au négociant étranger Beta. Celui-ci participait souvent aux entrées en bourse en tant que membre du syndicat d'émission, voire même une fois en tant que chef de file du syndicat. À l'exception de ce dernier cas, il faisait suivre les formulaires au chef de file du syndicat d'émission. Sur la base de ces informations, le chef de file devait indiquer à l'autorité étrangère de surveillance des marchés financiers le nombre d'investisseurs ayant pris part à l'entrée en bourse dans chacune des catégories et établir à son attention une liste détaillée des investisseurs. Ces informations permettaient à l'autorité étrangère de s'assurer que les règles en matière d'émission de titres étaient respectées, notamment les règles d'allocation des titres entre investisseurs institutionnels et privés.

La banque Alpha avait identifié comme un élément inhabituel par rapport aux usages boursiers le fait de devoir remplir et signer un formulaire pour participer à une entrée en bourse. Elle n'a toutefois jamais examiné de manière approfondie le texte du formulaire à la lumière de la réglementation étrangère. Les signataires des formulaires ont affirmé ne pas avoir été conscients de la portée erronée de leurs déclarations. Ils ont expliqué leur erreur par la pratique suisse d'effectuer ce type d'opérations en tant que commissionnaire au nom de l'établissement, mais pour le compte des clients. Ils ont déclaré avoir fait confiance aux indications du négociant étranger Beta et du client X.

Extrait des considérants

1 Dispositions légales applicables

(...)

(31) Selon l'art. 3 al. 2 let. c LB, les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque doivent jouir d'une bonne réputation et présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Ces personnes doivent non seulement être professionnellement compétentes, mais encore se comporter de manière adéquate dans les affaires (cf. Bulletin CFB 23, p. 25). Par comportement adéquat, il faut comprendre en premier lieu le respect de l'ordre juridique, c'est-à-dire des lois et des ordonnances, des directives et de la pratique de l'autorité de surveillance ainsi que des usages de la profession et des directives internes. Cela implique également de s'assurer de la véracité de ses déclarations, de sorte à ne pas mettre en péril la crédibilité de l'établissement. Ce qui est valable pour les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque s'applique aussi à cette dernière. En sa qualité d'entreprise, elle doit également respecter la condition de la garantie d'une activité irréprochable (cf. Bulletin CFB 41, p. 20).

(...)

(33) La direction d'une banque doit réunir tous les documents nécessaires à la décision et à la surveillance lorsqu'elle traite d'affaires comportant des risques (art. 9 al. 3 OB, art. 26 al. 2 OBVM). Il ne s'agit pas seulement de s'assurer de la capacité financière de son client. La banque doit clarifier l'arrière-plan des opérations envisagées, aussi bien pour les opérations comportant des risques que pour des opéra-

tions fiduciaires, lorsque dans un cas concret des indices font craindre que la transaction puisse constituer l'élément d'un état de fait illicite ou contraire aux mœurs ou lorsqu'il s'agit d'une opération compliquée, inhabituelle ou importante (ATF 108 Ib 186, Bull. CFB 7, p. 7 et p. 9). La violation de cette obligation est susceptible de remettre en question la garantie d'une activité irréprochable que doit fournir la banque et les personnes chargées de l'administrer (art. 3 let. c LB et art. 10 al. 2 let. c LBVM).

(34) Selon l'article 8 de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 98 et CDB 03), les banques ne doivent pas fournir une aide à leurs clients dans des manœuvres visant à tromper les autorités suisses et étrangères au moyen d'attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière. Conformément à l'article 11 alinéa 3 CDB, une peine conventionnelle ou un blâme n'est prononcé pour violation de l'article 8 CDB que si la violation est intentionnelle.

2 Manquements de Banque Alpha

2.1 Organisation de la salle des marchés

(...)

2.2 Connaissances minimales des règles du marché

(37) Bien que le marché étranger lui ait été peu connu, la banque Alpha n'a procédé à aucune clarification de la réglementation étrangère en matière d'émission de titres avant de débiter ses opérations. Elle ne

s'est pas renseignée sur les éventuelles restrictions à la souscription de personnes liées aux sociétés actives dans ce domaine. Pourtant, elle souscrivait aux entrées en bourse pour le compte d'un membre de la haute direction d'une société offrant des services de souscription à l'étranger et faisant souvent partie du syndicat d'émission en charge des entrées en bourse visées. La banque ne s'est pas plus renseignée sur la procédure de fixation du prix et d'allocation des titres. Pourtant, elle participait en son nom mais pour le compte d'un client privé à une procédure de fixation de prix de type «book building», prévoyant que ses ordres de souscription soient inscrits dans un livre d'ordres réservé aux investisseurs institutionnels. Ces éléments donnaient aux opérations demandées par le client X un caractère inhabituel au regard des principes généraux de l'égalité de traitement des investisseurs et de la transparence des marchés. Ils constituaient des indices que ces opérations pouvaient être en désaccord avec la réglementation étrangère. Avant de s'engager dans des opérations aussi inhabituelles, la banque aurait dû mener les clarifications nécessaires pour acquérir une connaissance suffisante de la réglementation étrangère et donner les instructions nécessaires à ses négociants en bourse.

2.3 Transfert d'informations erronées destinées à une autorité étrangère

(38) La banque Alpha n'a jamais examiné de manière approfondie le texte des formulaires de souscription qu'elle a signé. Pourtant, elle avait identifié comme un élément insolite par rapport aux usages boursiers le fait de devoir remplir et signer une attestation pour participer à une entrée en bourse. En outre, ces formulaires comportaient l'affirmation «*We confirm that this order is submitted on our own behalf...*», clairement en contradiction avec les opérations envisagées. Dans un tel

contexte, la banque Alpha ne pouvait se fier sans examen aux indications qui lui étaient fournies par son courtier à l'étranger, en particulier au vu des liens étroits entre ce dernier et son client. Enfin, les informations contenues dans les formulaires étant destinées au final à une autorité de surveillance étrangère pour contrôle de la réglementation, leur exactitude était d'une importance particulière. Ainsi, au vu du caractère inhabituel des formulaires, la banque Alpha aurait dû contrôler avec diligence l'exactitude des informations qui y étaient contenues.

2.4 Appréciation juridique

(39) En omettant d'acquiescer une connaissance suffisante de la réglementation étrangère et de contrôler avec diligence l'exactitude d'informations destinées en définitive à l'autorité de surveillance étrangère, la banque Alpha a violé ses obligations de clarifier les opérations inhabituelles demandées par ses clients (ATF 108 Ib 186, Bull. CFB 7, p. 7 et p. 9) et de s'assurer de la véracité de ses déclarations. Elle a ainsi non seulement manqué à son devoir de déterminer, limiter et contrôler ses risques juridiques et de réputation (art. 9 al. 2 et 3 OB, art. 19 al. 3 et art. 26 al. 1 et 2 OBVM), mais surtout aux exigences en matière de garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB, art. 10 al. 2 let. d LBVM).

(...)

(41) Enfin, l'émission par la banque d'attestations erronées permettant à l'un de ses clients de tromper l'autorité étrangère remplit les éléments objectifs de l'état de fait de l'article 8 CDB. Toutefois, au vu de l'absence d'indices permettant de retenir une intention ou un dol

éventuel de la banque d'assister son client dans la violation des règles étrangères, la CFB renonce à procéder à une dénonciation auprès de la Commission de surveillance CDB (art. 11 al. 3 CDB).

(...)

Mesure prise par la CFB: Il est constaté que la banque Alpha a violé les exigences du droit bancaire et boursier en matière d'organisation et de garantie d'une activité irréprochable dans le cadre de sa participation à des entrées en bourse sur un marché étranger.

Decisione della Commissione federale delle banche del 22 maggio 2007

Doveri di diligenza in ambito di lotta al riciclaggio di denaro; identificazione delle relazioni e delle transazioni a rischio superiore e obblighi di documentazione (art. 17 e 18 ORD-CFB); momento dei chiarimenti complementari (art. 20 ORD-CFB)

- 1 La chiarificazione di transazioni inusuali identificate dal sistema di sorveglianza delle transazioni con ritardi superiore ai 60 giorni non è compatibile con l'obbligo di effettuare i chiarimenti complementari al più presto stabilito dall'art. 20 ORD-CFB (cifra 48).
- 2 Se si appalesa una contraddizione tra l'utilizzo effettivo dei fondi e quello annunciato all'apertura della relazione, la banca deve procedere a verifiche in tal senso e se del caso esaminare l'obbligazione di effettuare una comunicazione (cifra 49).
- 3 Esame del grado di plausibilità delle informazioni raccolte dalla banca (cifra 58).

Sorgfaltspflichten im Bereich der Geldwäscherei; Identifikation von Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken und Dokumentationspflicht (Art. 17 und 18 GwV EBK); Zeitpunkt zusätzlicher Abklärungen (Art. 20 GwV EBK)

- 1 Die Abklärung ungewöhnlicher Transaktionen mehr als 60 Tage nach deren Feststellung durch das Transaktionsüberwachungssystem ist mit der Pflicht gemäss Art. 20 GwV EBK, zusätzliche

Abklärungen unverzüglich einzuleiten und so rasch als möglich durchzuführen, nicht vereinbar (Ziff. 48).

- 2 Wenn die Verwendung der einbezahlten Gelder in für die Bank erkennbarer Weise nicht mit dem bei der Eröffnung angegebenen Zweck der Kundenbeziehung übereinstimmt, muss die Bank diese Diskrepanz abklären und gegebenenfalls das Vorliegen einer Meldepflicht prüfen (Ziff. 49).
- 3 Plausibilitätsprüfung der von der Bank erhaltenen Informationen (Ziff. 58).

Devoirs de diligence dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent; identification des relations et des transactions à risques accrus et devoir de documentation (art. 17 et 18 OBA-CFB); moment des clarifications complémentaires (art. 20 OBA-CFB)

- 1 La clarification de transactions inusuelles plus de 60 jours après leur identification par le système de surveillance des transactions n'est pas compatible avec l'obligation de mener à bien les clarifications complémentaires le plus rapidement possible de l'art. 20 OBA-CFB (ch. 48).
- 2 Si une contradiction reconnaissable apparaît pour une banque entre l'utilisation effective de fonds et celle annoncée lors de l'ouverture de la relation, elle doit examiner cette contradiction et, le cas échéant, l'obligation d'effectuer une annonce (ch. 49).

- 3 Examen du degré de plausibilité des informations obtenues par la banque (ch. 58).

Riassunto della fattispecie

Con decisione del 23 agosto 2006 la Commissione federale delle banche (CFB) ha stabilito che la CW Creditwest SA, Chiasso (in seguito CW) e la Task Force 3 Ltd, Londra (in seguito TF3), tutte facenti capo a *Promotore*, hanno accettato depositi del pubblico a titoli illegali. Ritenuto l'indebitamento delle società, nella sua decisione del 23 agosto 2006 la CFB ha aperto il fallimento delle stesse. L'autorità di sorveglianza ha anche pronunciato nei confronti di *Promotore* un divieto di pubblicità per accettazione di depositi del pubblico.

TF3 ha aperto una relazione con la *banca* in data 4 agosto 2005. Scopo della TF3 è l'acquisto di partecipazioni in altre società produttive. TF3 ha aperto un conto in GBP, uno in USD e uno in CHF, che sono rimasti poco utilizzati. Sul conto in EUR sono stati accreditati dal 4 novembre 2005 al 7 giugno 2006 un totale di 53 assegni, mentre almeno 29 altri clienti hanno provveduto ad effettuare dei versamenti alla società. Scopo di questi versamenti era la partecipazione al capitale sociale della società, destinato all'acquisto di partecipazioni in società di produzione. Gli averi depositati sui conti della TF3 sono stati prelievi in contanti da parte degli aventi diritto di firma, versati tramite assegni bancari a società terze facenti capo al *Promotore*, utilizzati per l'acquisto del diritto di compera di un immobile e restituiti ad un investitore. Cinque transazioni di addebito e una transazione di accredito effettuate dalla relazione TF3 sono state oggetto di una verifica supplementare. Cinque di queste transazioni sono state effettuate tra il 15 dicem-

bre 2005 e il 7 febbraio 2006. I formulari di verifica supplementari relativi a queste transazioni sono stati compilati tra il 14 e il 18 settembre 2006.

CW ha aperto una relazione con la banca in data 5 novembre 2004. Il conto della CW è stato alimentato dalla sua apertura fino all'intervento della CFB da numerosi versamenti in contanti. Questi sono stati identificati come versamenti correntisti provenienti dal conto corrente postale dell'azionista. A specifica richiesta della CFB in merito al retroscena economico dei versamenti correntisti, la banca ha dichiarato che questi erano stati effettuati da Promotore, nella sua qualità di presidente e azionista unico di CW. Il 18 novembre 2005 la società ha chiesto un credito ipotecario. Nell'allestimento della pratica per il credito ipotecario il consulente ha effettuato una ricerca relativa a Promotore su «Google», rinvenendo delle informazioni che lo tacitavano di responsabile del fallimento di diverse società italiane e che lo indicavano coinvolto in diverse procedure giudiziarie. Il consulente ha chiesto informazioni al cliente, che ha dichiarato trattarsi di una campagna denigratoria nei suoi confronti. Il consulente non ha informato la funzione compliance di questi fatti.

Promotore ha aperto presso la banca un conto salario in data 11 ottobre 2004. Secondo la nota interna di apertura della relazione la stessa avrebbero dovuto essere alimentata con il salario ricevuto da Promotore da una fiduciaria di Chiasso. In data 2 febbraio 2005 sulla relazione sono stati versati in contanti CHF 250 000. Dal formulario per le verifiche supplementari effettuato dal consulente della relazione risulta che questo importo è stato versato per cassa da un cliente della banca e che consisteva in una partecipazione azionaria alla CW. L'importo di CHF 250 000 proveniva dalla relazione del cliente presso la banca che

egli aveva prelevato poco prima. Questa operazione non è stata oggetto di alcuna verifica per il tramite di un formulario A. In data 14 febbraio 2005 sul conto di Promotore sono stati versati, sempre in contanti, CHF 620 000. Anche in questo caso l'importo proviene dalla relazione del cliente presso la banca, che egli aveva prelevato un attimo prima. Secondo il formulario di verifiche supplementari compilato dalla banca questo importo sarebbe dovuto servire alla costituzione della società Textil Star Holding SA. L'operazione è stata completata con la sottoscrizione di un formulario A da parte del cliente, nel quale egli dichiara di essere l'avente diritto economico degli averi versati a Promotore.

Con lettere del 13 aprile 2006 e del 20 ottobre 2006 la banca ha informato la CFB che le relazioni CW e TF3 non sono state considerate a rischio da parte della banca. A mente della banca inoltre, tutte le verifiche supplementari effettuate hanno seguito l'iter procedurale previsto dalle direttive interne. In data 26 febbraio 2007 la CFB ha chiesto alla banca informazioni concernenti il ritardo nella compilazione di alcuni formulari per le verifiche supplementari. Con lettera del 16 marzo 2007 la banca ha informato la CFB che questi ritardi erano dovuti all'introduzione del nuovo sistema di sorveglianza delle transazioni e che questo fatto era conosciuto all'interno della banca, la quale aveva preso le misure necessarie per risolvere il problema. Questo ritardo si è protratto per un anno dal mese di marzo 2005 al mese di marzo 2006, allorquando le verifiche supplementari in sospeso hanno raggiunto la cifra di 1009 unità. A partire dal mese di marzo 2006 le verifiche in sospeso sono diminuite fino a raggiungere le 168 unità nel mese di febbraio 2007. La banca ha riconosciuto che una segnalazione alla CFB di questi ritardi sarebbe stata opportuna. Il rapporto di revisione 2005 non indica alcuna irregolarità su questo tema.

Estratto dei considerandi

2 Doveri di diligenza relativi alla lotta al riciclaggio di denaro

(36) Nell'accettazione di depositi del pubblico la banca deve osservare dei doveri di diligenza specifici, contenuti in diverse regolamentazioni. Alla fattispecie si applicano in particolare gli artt. 305^{bis} e 305^{ter} del Codice penale del 21 dicembre 1937 (CP, RS 311.0) e la legge federale del 10 ottobre 1997 sul riciclaggio di denaro (LRD, RS 955.0). I doveri di diligenza delle banche nella lotta al riciclaggio di denaro sono stati precisati nell'ordinanza della CFB del 18 dicembre 2002 sulla lotta contro il riciclaggio di denaro (ORD-CFB, RS 955.022), che ha sostituito la Circolare CFB 98/1 del marzo 1998 concernenti le direttive relative alla prevenzione e alla lotta contro il riciclaggio di denaro (Circ. CFB 98/1). L'ORD-CFB è entrata in vigore il 1° luglio 2003, concedendo alle banche un termine fino al 30 giugno 2004 per adeguarsi ad alcune delle esigenze dell'ordinanza.

2.2 I singoli doveri di diligenza

(37) Nel quadro dell'accettazione di depositi del pubblico le banche devono rispettare, tra gli altri, i seguenti doveri di diligenza (vedi Boll. CFB 41, pag. 15 e Boll. CFB 44, pag. 111).

2.2.1 Identificazione del cliente

(38) Le banche devono identificare la controparte al momento dell'avvio di una relazione d'affari (art. 3 LRD). Se necessario, in particolare se sussistono dubbi sull'identità tra la controparte e l'avente diritto economico, se la controparte è una società di domicilio o se viene

effettuata un'operazione di cassa, l'intermediario finanziario deve richiedere alla controparte una dichiarazione scritta indicante l'avente diritto economico (art. 4 LRD). Se nel corso della relazione d'affari sorgono dubbi in merito all'identità della controparte o dell'avente diritto economico, si deve procedere ad un rinnovo dell'identificazione (art. 5 LRD). La lesione di questi obblighi viene sanzionata dalla CDB 03 e può comportare una procedura penale per carente diligenza in operazioni finanziarie ai sensi dell'art. 305^{ter} CP.

(39) Oltre ad identificare formalmente il proprio cliente, la lotta al riciclaggio di denaro prevede la necessità della banca di conoscere il proprio cliente (Know your customer). La banca deve pertanto essere in possesso di informazioni che gli permettano di stabilire l'attività svolta dal cliente, così da poter giustificare le operazioni da lui svolte. Se necessario essa deve anche recarsi presso il cliente al fine di determinare l'attività svolta. Questo obbligo non sussiste per ogni singola relazione della banca, ma si applica per le relazioni a rischio superiore o quelle che sono oggetto di transazioni a rischio superiore (art. 17 e 18 ORD-CFB, Circ. CFB 98/1, nm 24).

2.2.2 Identificazione delle relazioni e delle transazioni a rischio superiore

(40) La banca deve procedere a chiarificazioni complementari riguardanti le relazioni e le transazioni che presentano rischi superiori. Questo obbligo nasce in particolare se la transazione o la relazione d'affari appare inusuale e se vi sono sospetti che i valori patrimoniali provengano da un crimine o sottostanno alla facoltà di disporre di un'organizzazione criminale (art. 6 LRD, art. 17 ORD-CFB, Circ. CFB 98/1, nm 11, DTF 111 Ib 126).

2.2.3 Obblighi di documentazione

(41) L'intermediario finanziario deve allestire i documenti concernenti le transazioni effettuate e i chiarimenti previsti in modo da consentire a terzi di formarsi un giudizio sulle transazioni e sulle relazioni d'affari come pure sull'ottemperanza alle disposizioni della LRD. In particolare la banca deve essere in grado di fornire entro un congruo termine le informazioni e i documenti necessari a stabilire l'identità della controparte o dell'avente diritto economico (art. 7 LRD, art. 23 ORD-CFB).

2.2.4 Doveri organizzativi

(42) Le banche sono obbligate a rilasciare delle direttive sul riciclaggio di denaro già dal 1° maggio 1992 (Circ. CFB 91/3, nm 11, art. 10 ORD-CFB). L'intermediario finanziario deve inoltre vigilare affinché i consulenti della clientela e tutti i collaboratori interessati ricevano periodicamente una formazione sugli aspetti essenziali della lotta contro il riciclaggio (art. 8 LRD, art. 11 ORD-CFB, Circ. CFB 98/1, nm 16). In particolare la banca deve nominare una o più persone qualificate che costituiscono il servizio interno di lotta contro il riciclaggio di denaro (art. 13 ORD-CFB, Circ. CFB 98/1, nm 17).

3 Rispetto dei doveri di diligenza alla lotta al riciclaggio di denaro da parte della banca

3.1 Doveri di identificazione

Ritenuto che la banca ha notificato il caso alla Commissione di sorveglianza della CDB, la CFB si è astenuta dall'esame della corretta applicazione della CDB 03 per le relazioni TF3, CW e Promotore.

3.2 Identificazione delle relazioni e delle transazioni a rischio superiore e obblighi di documentazione

3.2.1 TF3

(47) La relazione TF3 non è stata dichiarata a rischio al momento dell'apertura, ritenuto che nessuno dei criteri stabiliti nella direttiva 1.509/3 della banca è stato adempiuto. In seguito sul conto in EUR di TF3 sono stati accreditati dal 4 novembre 2005 al 7 giugno 2006 53 assegni, mentre almeno 29 altri clienti hanno provveduto ad effettuare dei versamenti alla società.

(48) Alcune di queste transazioni, eseguite tra il 23 dicembre 2005 e il 7 febbraio 2006, sono state identificate a rischio dal sistema di sorveglianza delle transazioni della banca. Il consulente avrebbe allora dovuto redigere entro 10 giorni dall'esecuzione dell'operazione dei formulari di verifica supplementare. Le verifiche sono invece state effettuate, da personale che non era responsabile della gestione della relazione TF3, in data 14 settembre 2006, ovvero diversi mesi dopo l'esecuzione delle transazioni inusuali e senza utilizzare le nuove informazioni sulla relazione che la banca disponeva a seguito delle pro-

cedure aperte dalla CFB e dal Ministero Pubblico. Avendo effettuato le verifiche richieste dagli obblighi di diligenza con un ritardo che varia tra i 7 e i 9 mesi la banca ha leso l'art. 20 ORD-CFB, che prevede l'esecuzione di chiarimenti complementari «al più presto».

(49) Dai formulari sulle verifiche supplementari si evince che i fondi provengono dalla partecipazione al capitale sociale da parte di investitori esteri destinati all'acquisto di partecipazioni in società di produzione. Dagli stessi formulari risulta tuttavia che questi averi sono stati utilizzati per scopi completamente diversi, ed in particolare sono stati versati ad una società terza appartenente a Promotore (...) o addirittura utilizzati per il rinnovo di un diritto di compera di un immobile commerciale che era stato sottoscritto dallo stesso Promotore. Esaminando l'estratto del conto TF3 si evince inoltre che sovente gli averi della società sono stati prelevati in contanti. Questi elementi provano che, come poi effettivamente confermato, gli averi dei clienti di TF3 sono stati utilizzati per soddisfare scopi privati di Promotore o di società a lui collegate. Questa fattispecie adempie pertanto i requisiti dei reati penali di amministrazione infedele e/o appropriazione indebita e avrebbero dovuto indurre la banca ad effettuare una comunicazione al MROS (Lars Schlichting, *Problematiche legate all'accettazione di depositi del pubblico a titolo fiduciario*, in NRCP 2005, pag. 14 e segg., in particolare pag. 27). In questo caso dunque la banca avrebbe dovuto richiedere maggiori informazioni da parte di TF3 per determinare la necessità di effettuare una comunicazione ai sensi dell'art. 9 LRD o eventualmente un annuncio ai sensi dell'art. 305^{ter} CP. Occorre inoltre rilevare che l'art. 27 ORD-CFB rammenta alle banche della loro possibilità di effettuare una comunicazione ai sensi dell'art. 305^{ter} CP se essa non ha sospetti fondati di riciclaggio di denaro ma le sue osservazioni gli permettono di pensare che dei valori patrimoniali provengono da

un crimine. Per le relazioni d'affari che presentano importanti valori patrimoniali è richiesta una documentazione dell'esame della banca sulla necessità di effettuare una tale comunicazione. Dalla documentazione ottenuta dalla CFB risulta tuttavia l'assenza di verifiche supplementari o di un esame della necessità di esercitare il diritto di comunicazione. Questa omissione è da imputare in primo luogo al consulente della banca che, come dimostrato nel corso della riunione avuta presso l'autorità di vigilanza, non disponeva delle conoscenze necessarie per gestire le relazioni facenti capo a Promotore. La CFB ha tuttavia dovuto riscontrare come pure la cultura aziendale della banca risulta lacunosa in relazione al rispetto delle norme sulla lotta al riciclaggio di denaro. Infatti nel corso dello scambio di corrispondenza la banca, nonostante la precisa descrizione della fattispecie, non si è mai accorta di aver omesso le verifiche richieste dai suoi obblighi di diligenza.

3.2.2 Relazione CW

(51) La relazione CW è stata alimentata in meno di un anno da 32 versamenti correntisti per un totale di CHF 1011500. Se un versamento correntista non costituisce di per sé un'operazione inusuale, il ripetersi di tali accrediti, anche nello spazio di pochi giorni tra loro, sovente per importi di piccolo o medio taglio, e soprattutto tramite versamenti in contanti, consiste in una transazione a rischio superiore. Il versamento in contanti di importi di questo taglio costituisce infatti il classico indizio di riciclaggio dello spacciatore di stupefacenti (ad esempio indizi di riciclaggio A11; A15; A19; A20; A27 di cui all'allegato dell'ORD-CFB). La banca era pertanto obbligata a richiedere informazioni sull'origine di tali averi. La risposta fornita da Promotore, ovvero che si trattava di averi provenienti dal suo conto corrente postale che necessita di un preavviso visto l'interesse preferenziale concesso, non risulta com-

prensibile, poiché non indica per quale motivo egli avrebbe dovuto provvedere ad un versamento in contanti invece che ad un bonifico, che avrebbe permesso di determinare l'origine degli averi. La banca disponeva invece degli indizi che avrebbero permesso di dubitare del carattere correntista dei versamenti effettuati da Promotore. In primo luogo è stato identificato come versamento correntista il pagamento di CHF 140 000 effettuato in data 18 febbraio 2005, che consisteva invece nell'aumento di capitale della società versato, come sopra esaminato, dal cliente della banca. (...) Si deve inoltre rammentare che la banca ha chiesto informazioni a Promotore in relazione alla sua situazione finanziaria, senza ottenerle. In questo senso costituisce un indizio di riciclaggio il fatto che un cliente conferisce all'intermediario finanziario delle informazioni false o ingannevoli oppure rifiuta di fornire le informazioni e i documenti usuali (indizio di riciclaggio A8 di cui all'allegato dell'ORD-CFB). Date le circostanze, i continui versamenti correntisti effettuati da Promotore dovevano essere identificati come transazioni a rischio superiore e dovevano essere oggetto di chiarimenti complementari ai sensi degli artt. 17 e 18 ORD-CFB, chiarimenti che non sono stati effettuati.

3.2.3 Relazione Promotore

(52) Al momento dell'apertura del conto salario intestato a Promotore non sussistevano motivi per ritenere la relazione a rischio superiore, ritenuto che si trattava dell'apertura di un semplice conto stipendio. Tuttavia, al più tardi a partire dal 19 ottobre 2005, dopo che il consulente della relazione aveva scoperto il coinvolgimento di Promotore in diversi fallimenti truffaldini, anche questa relazione avrebbe dovuto essere stata classificata a rischio.

(53) La banca ha correttamente identificato come una transazione a rischio superiore il versamento in contanti di CHF 250 000 effettuato in data 2 febbraio 2005. Questa operazione appare inusuale per diversi motivi: in primo luogo si tratta di operazione in contanti, con il prelievo da un conto e l'immediato versamento in un nuovo conto (per analogia indizio di riciclaggio A34 di cui all'allegato ORD-CFB). Tramite questo tipo di operazione, al posto di un ordinario trasferimento da conto a conto, il sistema informatico della banca non registra il trapasso della somma di denaro da un conto all'altro, così che dalla documentazione bancaria l'origine degli averi non è reperibile. In questo modo il «paper trail» viene interrotto. Questo tipo di operazione può essere effettuata unicamente in casi eccezionali e se il cliente prova l'esistenza di un interesse plausibile. Anche se la banca, compilando il formulario sulle verifiche supplementari, ha ripristinato il «paper trail», le operazioni in contanti tra due conti consistono in un elevato rischio di riciclaggio e possono essere ammesse unicamente a seguito di chiarimenti approfonditi.

(...)

(55) L'operazione del 2 febbraio 2005 comporta ulteriori criteri di rischio. Il pagamento in contanti per l'aumento del capitale della CW è infatti stato effettuato sul conto salario di Promotore, che tuttavia non è mai stato utilizzato come tale e non ha mai ricevuto un accredito dal datore di lavoro indicato sul rapporto di identificazione del cliente. L'uso del conto salario per un'operazione di aumento del capitale di una società anonima appare non soltanto atipico, ma pure contrario alla prassi della banca. Secondo quanto indicato dalla stessa banca infatti, l'importo avrebbe dovuto essere versato su un conto bloccato e

avrebbe potuto essere liberato unicamente dopo l'iscrizione dell'aumento del capitale sul registro di commercio.

(56) Anche la seconda operazione in contanti effettuata dal cliente, ovvero il versamento in data 14 febbraio 2005 di CHF 620 000 per la costituzione della Textil Star Holding SA, risulta inusuale. Anche in questo caso vi sono diversi criteri che permettono di identificare la transazione a rischio (versamento da conto a conto; utilizzo di un conto salario, mai usato come tale, per la costituzione di una società; utilizzo di solo una parte degli averi versati per la realizzazione dello scopo della transazione, in caso CHF 320 000 su CHF 620 000). Anche in questo caso le informazioni riportate sul formulario di verifiche supplementari sono insufficienti e in parte false. (...)

3.3 Know Your Customer

(57) Una corretta gestione dei rischi giuridici, tra cui rientrano i rischi legati alla lotta contro il riciclaggio di denaro, è possibile solo attraverso la conoscenza del proprio cliente (Know Your Customer, Rapporto annuale CFB 2005, pag. 40).

(58) In data 19 ottobre 2005 la banca aveva redatto un promemoria sulla persona di Promotore e la società CW. Benché il consulente alla clientela aveva rinvenuto su un sito Internet informazioni che accusavano Promotore di attività truffaldine, queste non sono menzionate nel promemoria. Le informazioni contenute nel promemoria sono inoltre divergenti dalla documentazione a disposizione della banca. Promotore viene indicato come un indipendente con un reddito di EUR 116 400, ma all'epoca egli aveva aperto presso la banca un conto salario preannunciando il versamento di uno stipendio di CHF 6000 da

parte di una fiduciaria di Chiasso. Dal bilancio della CW risulta inoltre un ricavo da attività finanziaria pari a CHF 236808. Questo importo non è tuttavia mai stato versato sul conto CW, che è stato alimentato, salvo qualche eccezione, solo dei versamenti correnti. Inoltre dal rapporto OAD FCT consegnato alla banca risulta chiaramente che la CW gestiva unicamente 5 clienti. Questa cifra non giustificava l'importo dei ricavi da commissioni indicato nel bilancio di CW ed era inferiore al numero di 86 clienti dichiarato dalla società.

(59) Il promemoria redatto dalla banca su Promotore e le sue società si fonda unicamente sulle dichiarazioni rilasciate dal cliente. La poca documentazione a disposizione della banca indicava chiaramente una contraddizione tra le informazioni date e quelle reali, che sarebbero state rinvenute se la banca avesse effettuato un esame della plausibilità delle informazioni ricevute. Le carenze della banca appaiono ancora più gravi in considerazione del fatto che CW aveva anche chiesto e ottenuto un credito ipotecario, che presuppone una verifica della sua situazione economica e finanziaria, senza che nessuno all'interno dell'istituto si accorgesse delle incongruenze del dossier.

4 Violazione della LRD

(60) Se la banca avesse applicato correttamente i suoi doveri di diligenza nella lotta al riciclaggio di denaro è probabile che essa si sarebbe accorta della necessità di effettuare una comunicazione alle competenti autorità (...). La banca disponeva infatti di tutti gli elementi, in modo particolare per quel che concerne la relazione TF3, per ritenere che il comportamento di Promotore consisteva in un sospetto di crimine. Ritenuto che questa il mancato esercizio di una comunicazione ai sensi

dell'art. 9 LRD è per il momento punito unicamente in caso di omissione intenzionale, e in considerazione del fatto che dall'inchiesta condotta dalla CFB non si sono rinvenuti elementi che permettono di concludere l'esistenza di un comportamento intenzionale, l'inazione della banca non ha alcuna conseguenza di carattere penale.

5 Organizzazione presso la banca

(61) A mente della CFB, le lesioni ai doveri di diligenza sopra riscontrati non sono dovuti ad un singolo caso, bensì all'organizzazione e alla formazione insufficiente all'interno della banca e all'assenza di una cultura sulla gestione di questo tipo di rischi.

(62) La lacuna più eclatante risulta sicuramente nella mancata risoluzione delle verifiche supplementari nei termini stabiliti dall'ORD-CFB e dalla direttiva interna della banca. In un anno, da marzo 2005 a marzo 2006, queste pendenze si sono accavallate fino a raggiungere il numero di 1009 sospesi. Solo a partire dal mese di marzo 2006 la banca ha potuto ridurre il numero di verifiche rimaste sospese, precisando i criteri di identificazione del sistema di sorveglianza delle transazioni, fino al numero di 168 verifiche in sospeso per il mese di febbraio 2007, di cui tuttavia ben 113 per più di 60 giorni. In un anno la banca non è stata in grado di modificare la sua organizzazione, in modo da riuscire ad adempiere agli obblighi stabiliti dalla legislazione nella lotta al riciclaggio di denaro. Le 168 verifiche in sospeso al mese di febbraio 2007 indicano come la banca non sia ancora in grado di adempiere i criteri stabiliti dall'ORD-CFB.

(63) La presente procedura ha anche dimostrato la carente plausibilizzazione, in lesione della LRD e delle direttive interne della banca, delle informazioni raccolte dalla banca. (...).

(...)

6 Condizioni per il mantenimento dell'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria

(...)

(67) Le lesioni qui riscontrate sono tali da mettere in dubbio l'esistenza di un'organizzazione adeguata da parte della banca (art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR). La banca non è infatti attualmente in misura di garantire il rispetto dei principi generali dell'ORD-CFB in considerazione degli ancora elevati numeri di verifiche supplementari che la banca non riesce ad eseguire entro un congruo termine.

(68) Questo caso deve inoltre obbligare la banca a riesaminare le sue procedure in ambito compliance ed a prendere le misure necessarie per evitare il ripetersi di questi eventi. La funzione compliance risulta operare in modo troppo passivo, limitandosi a verificare a campione il 5% circa dei formulari di verifica supplementare. La banca potrebbe invece instaurare un sistema di controllo più specifico.

(69) Nonostante queste lacune, la banca ha preso alcune misure necessarie per adempiere i suoi obblighi di diligenza in materia di riciclaggio di denaro ed a disporre di un'organizzazione adeguata come richiesto dall'art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR. In particolare la banca ha riconosciuto le

proprie lacune, condizione essenziale per poterle risolverle, ed ha radicalmente modificato i componenti della funzione compliance.

(...)

Misure prese dalla CFB: Obbligo alla banca di presentare un rapporto sulle misure adottate per risolvere i suoi problemi di organizzazione e di fornire un rapporto approfondito da parte della società di audit sull'efficienza della funzione compliance.

Entscheid des Bundesgerichts vom 3. September 2007 (2A.13/2007)¹

Internationale Amtshilfe (Art. 38 BEHG); Einhaltung der Anforderungen des Art. 38 BEHG durch die SEC

- 1 Das durch die SEC angewandte Verfahren ist vereinbar mit dem revidierten Art. 38 BEHG (Erw. 5).
- 2 Die Anforderungen an den Anfangsverdacht wurden durch die Revision des Art. 38 BEHG nicht verschärft (Erw. 6.2).
- 3 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird nicht dadurch verletzt, dass die Teilnahme am US-amerikanischen Verfahren mit hohen Kosten verbunden ist (Erw. 7).
- 4 Der Umstand, dass Dritte, namentlich Behörden eines Drittstaates, durch bestimmte Veröffentlichungen auf dem Internet Kenntnis von den an die SEC übermittelten Informationen erlangen können, widerspricht nicht dem Spezialitätsprinzip (Erw. 8).

¹ Die Regeste wurde von der Redaktion des EBK-Bulletins verfasst. Le regeste a été établi par la rédaction du Bulletin CFB. Il regesto è stato elaborato dalla redazione del Bollettino CFB.

Entraide administrative internationale (art. 38 LBVM); respect des conditions de l'art. 38 LBVM par la SEC

- 1 La procédure appliquée par la SEC est compatible avec l'art. 38 LBVM dans sa nouvelle teneur (consid. 5).
- 2 Les exigences liées au soupçon initial ne sont pas plus élevées avec la révision de l'art. 38 LBVM (consid. 6.2).
- 3 Le principe de la proportionnalité n'est pas violé du fait que la participation à la procédure américaine entraîne des coûts élevés (consid. 7).
- 4 Le fait que des tiers, et notamment un État étranger, puissent avoir connaissance des informations transmises à la SEC du fait de certaines publications sur Internet n'est pas contraire au principe de la spécialité (consid. 8).

Assistenza amministrativa internazionale (art. 38 LBVM); rispetto delle condizioni dell'art. 38 LBVM da parte della SEC

- 1 La procedura applicata dalla SEC è compatibile con il nuovo art. 38 LBVM (consid. 5).
- 2 Le condizioni concernenti il sospetto iniziale non sono più severe in seguito alla revisione dell'art. 38 LBVM (consid. 6.2).

- 3 Il principio della proporzionalità non è violato per il solo fatto che la partecipazione alla procedura americana comporta costi molto elevati (consid. 7).
- 4 Il fatto che dei terzi, specificatamente uno Stato estero, possano venir a conoscenza delle informazioni trasmesse alla SEC a seguito di determinate pubblicazioni su internet, non è contrario al principio della specialità (consid. 8).

Auszug aus dem Sachverhalt

A.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2006 teilte die U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) mit, sie untersuche einen möglichen Fall von Insiderhandel mit Call-Optionen für Aktien der CNS Inc. (CNS). Diese Gesellschaft habe am 9. Oktober 2006 bekannt gegeben, dass sie einer Übernahme durch die GlaxoSmithKline plc (nachfolgend Glaxo) zum Preis von USD 37.50 pro Aktie zugestimmt habe. Infolge der Bekanntmachung sei der Kurs der CNS-Aktien von USD 28.56 auf USD 36.72 (28,5%) angestiegen. Unbekannte Käufer hätten in der Zeit vom 27. September 2006 bis 2. Oktober 2006 Call-Optionen für CNS-Aktien erworben und nach der öffentlichen Bekanntmachung am 9. und 10. Oktober 2006 mit Gewinn verkauft. Einige der verdächtigen Transaktionen seien durch die Zürcher Kantonalbank über die National Financial Services LLC abgewickelt worden. Die SEC ersucht die EBK, ihr auf dem Amtshilfeweg Informationen zur Identifikation der in Frage kommenden Kunden der Zürcher Kantonalbank zu übermitteln. Die SEC weist ferner darauf hin, dass sie am 12. Oktober 2006 beim U.S. District Court of Eastern

District Pennsylvania Klagen gegen Unbekannt und ein Begehren um Erlass einer superprovisorischen Verfügung zur Blockierung des Verkaufserlöses eingereicht habe. Die EBK entsprach dem Ersuchen und forderte die Zürcher Kantonalbank auf, ihr die von der SEC verlangten Informationen zu übermitteln. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2006 teilte die Zürcher Kantonalbank der EBK mit, die erwähnten Call-Optionen seien von X., Kroatien, am 28. September 2006 gekauft und am 10. Oktober 2006 verkauft worden. Dieser sei Depotinhaber und Auftraggeber der Transaktionen gewesen. Am 1. Dezember 2006 lieferte die Zürcher Kantonalbank weitere Unterlagen zu den von X. vom 24. Februar 2006 bis 18. Oktober 2006 getätigten Transaktionen. Daraus geht hervor, dass X. nebst den Transaktionen in Call-Optionen am 4. Oktober 2006 auch 2000 CNS-Aktien gekauft hatte, die er am 9. Oktober 2006 veräusserte.

X., der zur Stellungnahme eingeladen worden war, widersetzte sich dem Amtshilfesuch und hat beantragt, es seien keine kundenbezogenen Informationen an die SEC herauszugeben. Am 20. Dezember 2006 verfügte die EBK, dass der SEC Amtshilfe geleistet und die Informationen einschliesslich Kontoeröffnungsunterlagen, Bekanntgabe der Zeichnungsberechtigten, Belege über die fraglichen Transaktionen und die weiteren Unterlagen übermittelt werden. (...)

Auszug aus den Erwägungen

3.

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die SEC das Amtshilfefahren dazu benutze, um durch die EBK und die Zürcher Kantonalbank

Vorladungen im Zivilverfahren des U.S. District Court of Eastern District Pennsylvania dem Beschwerdeführer wirksam zuzustellen.

Dazu ist zu bemerken, dass gemäss der angefochtenen Verfügung die EBK der SEC nicht bestätigen wird, dass sie (oder die Zürcher Kantonalbank) die amerikanischen Gerichtsdokumente dem Beschwerdeführer zugestellt habe. Insofern trifft die Auffassung der EBK in deren Vernehmlassung zu, dass die Zustellung dieser Dokumente nicht Gegenstand der vorliegend angefochtenen Verfügung bildet.

Die EBK drückt sich in der Vernehmlassung freilich nicht sehr klar aus. Die SEC verlangt im Amtshilfesuch im Hinblick auf die bereits eingeleiteten Zivilprozesse ausdrücklich «Delivery of Pleadings and Court Papers to the Banks», und will bestätigt haben, dass «the Banks have provided the enclosed material to owner of accounts». Die EBK äusserte sich zu diesem Begehren nicht, hat aber die Bank und den Anwalt des Beschwerdeführers aufgefordert, ihr den Empfang dieser Dokumente zu bestätigen. Ob die EBK im Amtshilfeverfahren zuständig ist, Dokumente amerikanischer Zivilgerichte zuzustellen bzw. die Banken zu einer solchen Funktion zu verpflichten, ist fraglich. Im Unterschied zur Rechtshilfe in Strafsachen (vgl. Art. 68 f. des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981, IRSG, SR 351.1; Art. 22 des Staatsvertrags zwischen der Schweiz und den USA über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 25. Mai 1973, RVUS, SR 0.351.933.6) fehlt es hier an einer entsprechenden staatsvertraglichen Verpflichtung. Nachdem aber die Zustellung der amerikanischen Gerichtsdokumente nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist, kann die Frage offen bleiben. (...)

5.

5.1 Wie das Bundesgericht wiederholt festgestellt hat, handelt es sich bei der SEC um eine Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 38 BEHG, der nach schweizerischem Recht grundsätzlich Amtshilfe geleistet werden kann (BGE 126 II 126 E. 6a/aa S. 136 f. u. E. 6c/cc S. 143; Urteil 2A.51/1999 vom 24. November 1999, E. 2c, i.S. «Equity Journal», in: EBK-Bulletin 40/2000 S. 116). Allerdings schien in den bisher vom Bundesgericht entschiedenen Fällen die durch Art. 38 BEHG gebotene vertrauliche Behandlung der übermittelten Informationen und Unterlagen durch die SEC nicht ausreichend gewährleistet zu sein. Daran änderte auch die Erklärung der SEC gegenüber der EBK vom 17. November 1997 nichts. Obschon die von der SEC im Rahmen hängiger Verfahren erhaltenen Informationen und Unterlagen durch diese an sich vertraulich zu behandeln waren, bestanden Zweifel, ob die Unterlagen und Informationen durch die SEC mit Blick auf den «Freedom of Information Act» (FOIA) nicht doch einem breiteren Publikum zugänglich gemacht werden könnten (Section 21 des Securities Act und Section 22 und 24 (a) des Securities Exchange Act von 1934). Das Bundesgericht ordnete daher an, die Frage unter Berücksichtigung der einschlägigen Praxis und Rechtsprechung der amerikanischen Behörden vor der Gewährung der Amtshilfe genauer zu prüfen und das entsprechende Risiko durch die Bankenkommission zu evaluieren (ausführlich BGE 126 II 126 E. 6b/aa S. 138 sowie Urteil 2A.51/1999 vom 24. November 1999, Bulletin EBK 40/2000 S. 116 E. 3b).

Die Bedenken des Bundesgerichts konnten auch durch die zusätzliche Erklärung der SEC vom 18. Januar 2001 mit Blick auf die von der SEC vor Gerichten mittels Klage («enforcement action») durchzuführenden Verfahren nicht vollständig ausgeräumt werden. Zwar sicherte die SEC unzweideutig «best efforts» oder «best endeavour» auch bei der Be-

handlung von amtshilfeweise erlangten, vertraulichen Informationen in gerichtlichen Verfahren zu. Doch konnte sie mit Blick auf das Enforcement-Action-Verfahren nicht ausschliessen, dass amtshilfeweise gelieferte Informationen nicht nur partei-, sondern publikumsöffentlich gemacht werden (Urteil 2A.349/2001 vom 20. Dezember 2001, E. 6b).

Um in solchen Fällen gemäss den für die Beaufsichtigung von Effektmärkten geltenden internationalen Standards Amtshilfe dennoch leisten zu können, wurde auf gesetzlichem Weg eine Lockerung des Vertraulichkeitsprinzips angestrebt und im revidierten Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG in der Fassung vom 7. Oktober 2005 der Vorbehalt für «Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren» neu aufgenommen. Dabei hatte der Gesetzgeber namentlich die Amtshilfe für amerikanische Aufsichtsbehörden wie die SEC vor Augen (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 10. November 2004, BBl 2004 S. 6747 Ziff. 1.4.1 und 2.3). Auf diese Weise wird ermöglicht, auch im Falle der SEC Amtshilfe zu leisten.

5.2 Der Beschwerdeführer wendet ein, der Vorbehalt der Öffentlichkeit von Verfahren in Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG sei im Parlament sehr umstritten gewesen. Aufgrund des Willens des Gesetzgebers, wie er in der parlamentarischen Beratung zum Ausdruck gekommen sei, gelte der Vorbehalt nur insoweit, als eine Publikation und Klageeinleitung erst nach eingehender, mehrstufiger Prüfung der Verdachtsmomente aufgrund der übermittelten Informationen und Unterlagen stattgefunden habe. Im Fall der CNS-Glaxo-Transaktionen habe die SEC indessen bereits vor Übermittlung des vorliegenden Amtshilfesuchs Klagen gegen Unbekannt («one or more Unknown Purchasers») beim U.S.

District Court of Eastern District Pennsylvania anhängig und auf der Internetseite publik gemacht (sog. «litigation release»). Unter diesen Umständen sei die SEC gezwungen, den Namen des Beschwerdeführers sofort sowohl auf ihrer Website wie auch in den bereits eingeleiteten Gerichtsverfahren bekannt zu geben, sobald die Information amtshilfeweise übermittelt werde.

Die Einwände sind nicht berechtigt. Wohl war der Vorbehalt der ausländischen Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren im Parlament umstritten (s. aus der parlamentarischen Debatte etwa die Voten AB 2005 N 34 Baumann, N 36 Thanei, S 433 f. Schweiger, S 436 Merz, Bundesrat, N 1005 Ménétrety-Savary, N 1007 Hochreutener, N 1009 Burkhalter). Dennoch wurde Art. 38 Abs. 2 lit. b n.F. BEHG durch den Gesetzgeber revidiert und angenommen. Insofern hat sich die Rechtsgrundlage für die Gewährung von Amtshilfe massgeblich geändert. Im Übrigen hat die SEC in der Erklärung vom 18. Januar 2001 ihre Grundsätze über die Veröffentlichung bzw. öffentliche Bekanntmachung von amtshilfeweise von der EBK erlangten Personendaten und Dokumenten dargelegt. In dieser Erklärung (Ziff. 17) weist die SEC auf ihr mehrstufiges, strenges Verfahren («rigorous, multi-level review process») hin, in welchem amtshilfeweise erlangte Informationen von der SEC geprüft werden, bevor sie verwendet werden. Diese Erklärung, die sich ausdrücklich auch auf gerichtliche Klagen («enforcement proceedings») und Veröffentlichungen auf der Website der SEC («litigation releases») bezieht, gilt auch heute noch. Es bestehen keine Anzeichen, dass diese Prüfung unterbleibt, wenn Informationen erst nach Rechtshängigkeit der Klage übermittelt werden. Vielmehr steht der SEC auch der Rückzug der Klage offen, wenn sich ihr Verdacht nicht erhärten sollte («voluntary dismissal», Urteil 1A.12/2005 vom 9. März 2006 E. 4.4 in fine). Auch die «litigation release» Nr. 19867 auf Internet enthält

zurzeit nur die Hinweise zur laufenden Untersuchung und die Namen der Banken.

5.3 Erst wenn Anzeichen bestehen, dass der Empfängerstaat sich nicht an seine eigenen Erklärungen und Vorschriften hält, müsste die Bankenkommision auf ihre Bereitschaft, Amtshilfe zu leisten, zurückkommen. Es besteht daher kein Anlass, entsprechend dem Beweisantrag des Beschwerdeführers ein Gutachten zur Publikationspraxis der SEC in Amtshilfefällen einzuholen. Vielmehr darf davon ausgegangen werden, dass die SEC entsprechend dem Grundsatz der «best efforts» und «best endeavour» die übermittelten Informationen ihrem internen Prüfungsverfahren unterziehen und von einer Publikation absehen wird, wenn ihr Anfangsverdacht sich nicht erhärten sollte. (...)

6.2 Die Zulässigkeit von Amtshilfe kann im vorliegenden Fall nicht ernsthaft bestritten werden. Am 27. September 2006 erwarb der Beschwerdeführer 195 Call-Optionen für CNS-Aktien mit Verfall im Oktober 2006 zum Ausübungspreis von 30 USD; er bezahlte hierfür USD 14375 (bei einer Prämie von 0.7372). Eine Option berechtigt zum Erwerb von 100 Aktien zum Ausübungspreis. Ebenfalls am 27. September 2006 kaufte er zudem 66 Call-Optionen für CNS-Aktien zum Ausübungspreis von USD 35 mit Verfall im November 2006 für insgesamt 2260 USD (Prämie 0.3424). Am 9. Oktober 2006 – nach der öffentlichen Bekanntgabe – veräusserte er sämtliche Optionen, die Oktober-Option mit einer Prämie von 6.9000, die November-Option mit einer Prämie 2.1167. Im Amtshilfesuch sind diese Transaktionen exakt beschrieben. Die SEC schätzt den durch die unbekannte Käuferschaft aus diesen Transaktionen (und einer weiteren Transaktion) erzielten Gewinn auf 146835 USD. Effektiv erzielte der Beschwerdeführer gemäss den von der Bank herausverlangten Unterlagen aus dem

Verkauf der erwähnten Oktober- und November-Optionen einen Bruttogewinn von 131 620 USD.

Diese Transaktionen in Optionen auf CNS-Aktien liegen zudem auf einer Linie mit den kritischen Daten bei der Übernahme von CNS durch Glaxo. Wie die SEC im Amtshilfegesuch darlegte, erhielt die CNS Ende September 2006 mehrere Offerten in der Bandbreite von USD 33–35 pro Aktie. Am 29. September 2006 sei von Glaxo eine verbindliche Offerte von 35 USD pro Aktie abgegeben worden. Am 2. Oktober 2006 habe die CNS die eingegangenen Offerten beurteilt. In der Folge sei die Glaxo aufgefordert worden, letztmalig die bestmögliche Offerte einzureichen. Diese erfolgte am 4. Oktober 2006 mit einem Preis von USD 37.50 pro Aktie. Alle Unternehmen, welche sich für die Übernahme der CNS interessierten, hätten vertrauliche Abmachungen getroffen.

Aus den von der Bank eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die Aufträge durch den Beschwerdeführer erteilt und über sein Depot bei der Kantonalbank Zürich abgewickelt wurden. Das genügt nach der Rechtsprechung als «Anfangsverdacht» und bildet hinreichenden Anlass, dem Amtshilfeersuchen zu entsprechen (BGE 129 II 484 E. 4.2 S. 495; 126 II 126 E. 6a/bb S. 137, 409 E. 5b/aa S. 414). Dass durch die Revision von Art. 38 BEGH die Anforderungen an den Anfangsverdacht verschärft werden sollten, wie der Beschwerdeführer geltend macht, wird durch die Materialien nicht belegt. Im Gegenteil bezweckt die revidierte Bestimmung gewisse Erleichterungen bei der Amtshilfe mit der U.S.-amerikanischen Börsenaufsicht. Ein Anfangsverdacht in Bezug auf den Handel mit Optionen der CNS-Aktien hat sich somit erhärtet. Es wird Sache der ersuchenden Behörde sein, abzuklären, ob es sich beim Gewinn des Beschwerdeführers um eine zufällig sich bie-

tende Gelegenheit («Zufallstreffer») handelte, wie er geltend macht, oder ob er von Insiderinformationen profitierte (BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419).

7.

Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Nach seiner Ansicht ist die Amtshilfe im vorliegenden Fall deshalb unverhältnismässig, weil die Teilnahme an dem in den USA angestregten Zivilverfahren für den Betroffenen mit sehr hohen Anwaltskosten verbunden ist.

Dem ist zu entgegnen, dass Verfahren und Sanktionen, die an Widerhandlungen gegen Finanzmarktregeln im ersuchenden Staat anschliessen, der Amtshilfe nicht entgegenstehen. Vielmehr ist es Aufgabe der Börsenaufsicht, dafür zu sorgen, dass allfällige Widerhandlungen festgestellt und die erforderlichen Massnahmen ergriffen werden können. Bei dem von der SEC gegen Unbekannt eingeleiteten Zivilverfahren geht es vorerst lediglich darum, den Verkaufserlös aus den Transaktionen in CNS-Optionen vorsorglich sicherzustellen. Es handelt sich um eine aufsichtsrechtliche Massnahme, für die Amtshilfe erteilt werden darf. Auch nach schweizerischem Recht muss die EBK bei Widerhandlungen gegen die Börsengesetzgebung die notwendigen Massnahmen treffen (s. auch Urteil 2A.246/2006 vom 14. Dezember 2006, E. 4.2). Dass die Klage in den USA bei einem Zivilgericht anhängig gemacht wird, ändert an dieser Qualifikation nichts. Sollte die Prüfung durch die SEC ergeben, dass gegen den Beschwerdeführer keine Verdachtsgründe bestehen, wäre die Klage in Bezug auf seine Transaktionen nicht weiter zu verfolgen (s. auch Urteil 1A.12/2005 vom 9. März 2006, E. 4.4 in fine).

8.

Der Beschwerdeführer befürchtet, dass es zu einer Verletzung des Spezialitätsprinzips durch die Behörden eines Drittstaates kommen könnte, wenn weitergeleitete Informationen auf dem Internet öffentlich gemacht würden. Eine solche Verletzung des Spezialitätsprinzips durch einen Drittstaat dürfe der ersuchte Staat nicht noch sanktionieren, indem er Amtshilfe erteilt. Art. 38 Abs. 2 BEHG sei lückenhaft und dahingehend zu ergänzen, dass Amtshilfe nicht zu gewähren sei, wenn eine Verletzung des Spezialitätsprinzips durch einen Drittstaat zu befürchten sei.

Auch dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Wie bereits dargelegt worden ist (E. 5.2), hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen, dass die Kontrolle über den Zugang zu den übermittelten Informationen und deren Verwendung insbesondere auch gegenüber einer anderen Behörde oder einem dritten Staat ab einem gewissen Zeitpunkt schwierig werden kann, weil das Gesetz diese Verwendung eben ausdrücklich erlaubt. Es war dem Parlament auch bekannt, dass die amerikanische Börsenaufsicht die Öffentlichkeit regelmässig via Medien über die Klageeinleitung informiert (Botschaft des Bundesrates vom 10. November 2004, BBl 2004, S. 6754).

Es besteht indessen die Garantie und Zusicherung, dass der ersuchende Staat seinen Verdacht prüft und auf Massnahmen und Veröffentlichung von Informationen verzichtet, wenn der Verdacht sich als unbegründet erweist. Insofern kann vom ersuchenden Staat verlangt werden, dass er seine eigenen Erklärungen und Vorschriften beachtet. Nur wenn Anzeichen bestehen, dass dieser sich nicht daran hält, kann Amtshilfe verweigert werden (vgl. vorn E. 5.3). (...)

Erkenntnis des Bundesgerichts: Die Beschwerde ist abzuweisen. Da der Beschwerdeführer unterliegt, hat er die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 153, 153a, 156 Abs. 1 OG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2, zweiter Satzteil, OG).

Decisione del Tribunale federale del 7 febbraio 2007 (2A.371/2006)¹

Assistenza amministrativa internazionale (art. 38 LBVM); rispetto delle condizioni dell'art. 38 LBVM da parte della Consob

La Consob è in grado di garantire il rispetto dei principi di specialità e di confidenzialità giusta l'art. 38 LBVM. La CFB può dunque fornire assistenza amministrativa a quest'autorità (consid. 2.3).

Internationale Amtshilfe (Art. 38 BEHG); Einhaltung der Anforderungen des Art. 38 BEHG durch die Consob

Die Consob vermag die Einhaltung des Spezialitätenprinzips und die Wahrung der Vertraulichkeit gemäss Art. 38 BEHG zu gewährleisten. Die EBK darf dementsprechend dieser Behörde Amtshilfe gewähren (Erw. 2.3).

Entraide administrative internationale (art. 38 LBVM); respect des conditions de l'art. 38 LBVM par la Consob

La Consob est en mesure de garantir le respect des principes de spécialité et de confidentialité de l'art. 38 LBVM. La CFB peut donc fournir l'entraide administrative à cette autorité (consid. 2.3).

¹ Die Regeste wurde von der Redaktion des EBK-Bulletins verfasst. Le regeste a été établi par la rédaction du Bulletin CFB. Il regesto è stato elaborato dalla redazione del Bollettino CFB.

Riassunto della fattispecie

A.

(...) Nel corso della mattinata del 28 luglio 2005, CDB Web Tech SpA (in seguito: CDB) ha informato Borsa Italiana SpA che durante la giornata sarebbe stato diffuso un comunicato suscettibile di influenzare il corso del proprio titolo. Borsa Italiana SpA ne ha di conseguenza sospeso le contrattazioni. Mediante comunicato stampa, alle ore 16.16 CDB ha fatto sapere che il consiglio di amministrazione aveva incaricato il proprio presidente Carlo De Benedetti di studiare la fattibilità di un'attività di investimento nel rilancio di realtà industriali in difficoltà. Secondo il comunicato, l'operazione prevedeva il reperimento di mezzi finanziari pari indicativamente a 500 milioni di euro ed aveva già suscitato l'interesse di gruppi industriali e finanziari di rilievo, esplicitamente elencati. (...)

Constatato un anomalo aumento degli scambi sul titolo nei giorni precedenti l'annuncio, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa italiana (di seguito: Consob) ha aperto un'inchiesta al fine di verificare se queste transazioni non erano state effettuate contravvenendo alla regolamentazione borsistica, segnatamente alle disposizioni relative all'uso di informazioni privilegiate.

B.

Con lettera del 28 novembre 2005, la Consob ha inoltrato una richiesta di assistenza amministrativa alla Commissione federale delle banche (di seguito: CFB) per ottenere informazioni su diverse transazioni concernenti il titolo CDB effettuate dalla X SA, banca con sede a Lugano, tramite la Y SpA [broker italiano]. Il 9 dicembre seguente, la Commissione federale delle banche ha girato alla X SA i quesiti posti dalla

Consob. Il 21 dicembre la banca ha risposto che le operazioni segnalate erano state effettuate dal signor A, titolare e beneficiario economico del conto [in questione, *ndr*]. [...].

Dopo aver dato al signor A la possibilità di determinarsi, con decisione del 1° giugno 2006 la Camera di assistenza amministrativa della Commissione federale delle banche ha deciso di concedere l'assistenza amministrativa alla Consob e di trasmetterle le suddette informazioni.

C.

Il 16 giugno 2006 A ha presentato un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale, con cui chiede di annullare la decisione della Commissione federale delle banche del 1° giugno 2006 e di respingere quindi la domanda di assistenza amministrativa del 28 novembre 2005. Censura in sostanza la violazione dei principi di specialità e confidenzialità, nonché di proporzionalità. (...)

Estratto dei considerandi

2.2 In precedenti sentenze, il Tribunale federale ha già avuto modo di affermare che la Consob costituiva un'autorità di sorveglianza sui mercati dei valori mobiliari ai sensi dell'art. 38 LBVM, alla quale, in linea di principio, poteva essere prestata assistenza amministrativa (sentenza 2A.83/2000 del 28 giugno 2000, in: Bollettino CFB 41/2000, pag. 79, consid. 4; sentenza 2A.41/2002 del 18 settembre 2002, in: RDAT I-2003 n. 86, consid. 4). Nelle medesime occasioni, questa Corte aveva constatato che con uno scambio di lettere avvenuto tra il 4 ed il 9 marzo 1999 la Commissione federale delle banche e la Consob avevano concluso un accordo di collaborazione («memorandum of understanding») in

materia di assistenza amministrativa borsistica (sentenza 2A.83/2000 del 28 giugno 2000, in: Bollettino CFB 41/2000, pag. 79, consid. 4; sentenza 2A.41/2002 del 18 settembre 2002, in: RDAT I-2003 n. 86, consid. 5.3). In particolare, nel suo scritto del 9 marzo 1999, la Consob si era impegnata ad utilizzare le informazioni ricevute dalla CFB unicamente per scopi di vigilanza sui mercati borsistici. Se questo impegno in termini di «best efforts» poteva risultare formalmente valido, occorre però ancora che la Consob fosse realmente in grado, in base alla legislazione italiana, di assicurare un uso delle informazioni ottenute dalla Svizzera in modo conforme ai principi di specialità e confidenzialità (cfr. anche DTF 125 II 450 consid. 3c).

Al riguardo, le dichiarazioni della Consob, secondo cui essa poteva rifiutare al Ministero italiano del tesoro l'accesso ai dati ottenuti mediante assistenza amministrativa internazionale, non trovavano conferma nella legislazione e nella giurisprudenza. Anzi, era quantomeno assai dubbio che la Consob potesse opporsi ad una domanda di informazioni da parte di tale organismo governativo, il quale per il suo ruolo appariva poi ben difficilmente in misura di tutelarne la confidenzialità. In effetti, il decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 relativo al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (testo unico della finanza, TUF) prevedeva certo al suo art. 4 comma 4 che la Consob non poteva ritrasmettere ad altre autorità italiane o a terzi le informazioni acquisite nell'ambito della cooperazione internazionale senza aver prima ottenuto il consenso dell'istanza che le aveva fornite; il comma 10 dell'art. 4 sanciva tuttavia che la Consob non poteva opporre al Ministero del tesoro il segreto d'ufficio di principio esteso a tutte le informazioni in suo possesso. Inoltre il Ministero del tesoro era competente per pronunciare eventuali sanzioni amministrative in materia di infrazioni alla legislazione borsistica, sulla base delle

prove raccolte nel corso dell'inchiesta dalla Consob, che doveva quindi per forza di cose trasmettere il relativo incarto. Di conseguenza, le dichiarazioni della Consob alla Commissione federale delle banche non potevano venir considerate, nemmeno in termini di «best efforts», come un'effettiva garanzia di rispetto dei principi di specialità e confidenzialità (sentenza 2A.83/2000 del 28 giugno 2000, in: Bollettino CFB 41/2000, pag. 79, consid. 7; sentenza 2A.41/2002 del 18 settembre 2002, in: RDAT I-2003 n. 86, consid. 5.3 e 5.4).

2.3 Come indicato dalla Consob alla Commissione federale delle banche con scritto del 29 dicembre 2005, da allora sotto il profilo del diritto interno italiano la situazione è evoluta, con l'adozione della legge n. 62 del 18 aprile 2005 che ha modificato su più punti il testo unico della finanza. In particolare, l'art. 4 comma 4 TUF prevede ora che:

«Le informazioni ricevute dalla Banca d'Italia e dalla Consob ai sensi dei commi 1, 2 e 3 non possono essere trasmesse a terzi né ad altre autorità italiane, ivi incluso il Ministro dell'economia e delle finanze, senza il consenso dell'autorità che le ha fornite.»

Questa norma deve essere considerata come una *lex specialis* per rapporto all'art. 4 comma 10 TUF, il quale mantiene per il resto il principio del segreto d'ufficio della Consob, salvo nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze (denominazione che ha sostituito quella di Ministero del tesoro). Diversamente da quanto sostiene il ricorrente, vi è una sostanziale differenza tra l'attuale esplicita menzione del Ministro dell'economia e delle finanze all'art. 4 comma 4 TUF e la semplice interpretazione nel medesimo senso proposta in passato dalla Consob (cfr. sentenza 2A.41/2002 del 18 settembre 2002, in: RDAT I-2003 n. 86, consid. 5.3 e 5.4), ma non suffragata da alcuna base legale.

La legge n. 62 del 18 aprile 2005 ha peraltro modificato il testo unico della finanza anche nel senso che le sanzioni amministrative in materia borsistica previste da tale normativa sono ora inflitte direttamente dalla Consob e non più dal Ministero dell'economia e delle finanze come in passato (cfr. art. 187^{bis} e segg. TUF). In queste condizioni, si può ammettere che allo stadio attuale la Consob sia effettivamente in grado di garantire il rispetto dei principi di specialità e di confidenzialità secondo gli impegni presi. Già sotto questo profilo niente si oppone quindi più alla concessione dell'assistenza amministrativa, senza che occorra esaminare quali eventuali effetti derivino a questo proposito dalla modifica dell'art. 38 LBVM (al riguardo cfr. Schlichting, op. cit., pag. 52–53).

(...)

Decisione del Tribunale federale: Il ricorso è stato per detti motivi respinto. Le spese processuali sono state poste a carico del ricorrente, secondo soccombenza (art. 156 cpv. 1, art. 153 e art. 153a OG). Alla CFB non si assegnano ripetibili (art. 159 cpv. 2 OG).

Decisione del Tribunale federale del 29 maggio 2007 (2A.1/2007)¹

Assistenza amministrativa internazionale (art. 38 LBVM); pubblicità delle partecipazioni

- 1 Il mancato rispetto degli obblighi di annuncio di una partecipazione a una società quotata in borsa concerne le norme sul commercio di valori mobiliari (consid. 4.2).
- 2 Il sospetto di una possibile violazione dell'obbligo di annuncio di una partecipazione è sufficiente per la trasmissione di informazioni ad un'autorità estera (consid. 4.3).

Internationale Amtshilfe (Art. 38 BEHG); Offenlegung von Beteiligungen

- 1 Die Verletzung der Pflicht, eine Beteiligung an einer kotierten Gesellschaft offenzulegen, betrifft Vorschriften über den Effektenhandel (Erw. 4.2).
- 2 Der Verdacht auf eine mögliche Verletzung der Offenlegungspflicht von Beteiligungen ist hinreichend für die Übermittlung der entsprechenden Informationen an eine ausländische Behörde (Erw. 4.3).

¹ Die Regeste wurde von der Redaktion des EBK-Bulletins verfasst. Le regeste a été établi par la rédaction du Bulletin CFB. Il regesto è stato elaborato dalla redazione del Bollettino CFB.

Entraide administrative internationale (art. 38 LBVM); publicité des participations

- 1 La violation du devoir de déclarer une participation dans une société cotée relève de la réglementation sur le commerce des valeurs mobilières (consid. 4.2).
- 2 Le soupçon d'une possible violation du devoir de déclarer une participation est suffisant pour la transmission des informations à une autorité étrangère (consid. 4.3).

Riassunto della fattispecie

A.

Il 6 giugno 2006 la Commissione nazionale italiana per le Società e la Borsa (Consob) ha inoltrato una richiesta di assistenza amministrativa alla Commissione federale delle banche (CFB) volta ad acquisire informazioni sulle azioni della P detenute dalla X SA, banca con sede in Svizzera. L'autorità estera ha giustificato la domanda con la necessità di verificare le indicazioni fornite dalla banca nel 1999, ritenuto che da allora la società era stata oggetto di numerose operazioni sul capitale. Dopo una prima risposta interlocutoria, il 5 ottobre 2006 la Consob ha chiesto in particolare ragguagli sull'ammontare delle singole quote e sull'identità dei relativi titolari a quel momento e al 1° dicembre 2005.

B.

Interpellato dalla CFB, il 30 ottobre 2006 X SA le ha comunicato di detenere a titolo fiduciario l'8,725% del capitale di P e ciò per conto di cinque società: (...). La banca ha aggiunto che beneficiario economico

di tutte le società è il signor A, mentre al 1° dicembre 2005, secondo i relativi formulari «A», era il signor B.

C.

Raccolte le osservazioni delle società, con decisione del 20 dicembre 2006 la Camera di assistenza amministrativa della CFB ha deciso di concedere l'assistenza amministrativa alla Consob e di trasmetterle le informazioni apprese dalla banca, specificando che il signor A era subentrato al signor B nel marzo del 2006.

D.

Il 29 dicembre 2006 le cinque società hanno presentato un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale con cui chiedevano di non fornire assistenza amministrativa, (...).

Estratto dei considerandi

4.

4.1 Le ricorrenti censurano poi la trasmissione delle informazioni sull'avente diritto economico attuale e specialmente su quello precedente. Per sostenere la tesi secondo cui la conoscenza di questi nominativi non sarebbe di alcun interesse per la procedura estera, esse allegano due ulteriori avvisi di diritto, volti a dimostrare l'uno la mancata violazione dell'obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto e l'altro l'inadempimento dei reati di insider trading e di aggio. Esse lamentano l'accertamento inesatto dei fatti, la violazione del principio di proporzionalità, l'inammissibilità della trasmissione spontanea di dati, l'abuso del potere d'apprezzamento e l'arbitrarietà della decisione.

4.2 Orbene, al di là delle lunghe divagazioni ricorsuali, non v'è dubbio che le informazioni richieste dalla Consob e raccolte presso la banca svizzera non possono essere considerate prive di qualsiasi rapporto con eventuali irregolarità sul mercato borsistico e manifestamente inadeguate a far progredire l'inchiesta (DTF 129 II 484 consid. 4.1; 127 II 142 consid. 5a). Le cinque società ricorrenti sono, infatti, tutte riconducibili alla medesima persona fisica, che in tal modo di fatto detiene l'8,725% delle azioni della P. Un aggiramento degli obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti è quindi quantomeno ipotizzabile, viste le soglie fissate dall'art. 120 TUF e dall'art. 117 del regolamento Consob n. 11971/99 del 14 maggio 1999 (cfr., per il diritto svizzero, l'art. 20 LBVM). La disattenzione degli obblighi d'annuncio è già come tale un'infrazione alle regole di trasparenza borsistica, punita con una sanzione pecuniaria (cfr. l'art. 193 comma 2 TUF e l'art. 41 LBVM). Non è quindi di nessun rilievo stabilire se siano parimenti riscontrabili le irregolarità esaminate, e negate, nei pareri giuridici.

4.3 Dal profilo della proporzionalità, non si vede poi come si potrebbe prescindere dal comunicare l'identità del beneficiario economico delle società, in quanto è proprio tale aspetto l'elemento di interesse per l'autorità estera, non certo la conoscenza dei nomi delle ricorrenti. Anche la trasmissione del nominativo del precedente proprietario è giustificata, ritenuto che B non costituisce una persona manifestamente non implicata (cfr. art. 38 cpv. 4 LBVM). È, infatti, dimostrato non solo dalla criticata «rassegna stampa», ma anche dai dati ufficiali sugli azionisti rilevanti e sui patti parasociali che egli detiene indirettamente, per il tramite dei figli o di società di famiglia, un'importante quota azionaria della P. Quanto alla data del passaggio di proprietà delle ricorrenti, la documentazione fornita dalla banca – accanto ai formulari per la determinazione dell'avente diritto economico, le schede di complemento

dei profili dei clienti ed i verbali assembleari – suffraga la conclusione dell'autorità inferiore, secondo cui il cambiamento è intervenuto solo nel marzo del 2006. Ciò non esclude evidentemente che un accordo di cessione possa essere stato concluso anche in precedenza né che già prima il nuovo beneficiario economico abbia operato attraverso queste società. D'altronde accertamenti più approfonditi su questo aspetto esulano dal contesto della presente procedura. Per la concessione dell'assistenza amministrativa basta infatti l'esistenza di un sospetto iniziale di possibili irregolarità; come in tema di abusi di informazioni privilegiate (cfr. DTF 129 II 484 consid. 4.2; 128 II 407 consid. 5.2.3; 127 II 323 consid. 7b/aa), è poi compito dell'autorità richiedente determinare con esattezza se, quando e da chi siano state omesse comunicazioni legalmente imposte.

(...)

Decisione del tribunale federale: il ricorso è stato considerato manifestamente infondato e perciò evaso in base alla procedura semplificata di cui all'art. 36 OG. Le spese processuali sono state poste a carico delle ricorrenti, secondo soccombenza, con vincolo di solidarietà (art. 156 cpv. 1 e 7, art. 153 e 153 OG); l'ammontare della tassa di giustizia ha tenuto conto della condotta processuale delle ricorrenti. Alla CFB non sono state assegnate ripetibili (art. 159 OG).

Decisione del Tribunale federale del 22 febbraio 2007 (2A.281/2006)¹

Assicurazioni vita abbinate a fondi d'investimento; nozione di distribuzione indiretta di fondi d'investimento; obbligo di autorizzazione per la distribuzione di assicurazioni vita abbinate a fondi d'investimento esteri non autorizzati alla distribuzione in Svizzera (art. 22 e 45 LFI, ora art. 19 Licol); accettazione di depositi del pubblico in relazione di una rendita garantita (art. 1 cpv. 2 LBCR)

- 1 Definizione di assicurazioni vita abbinate a fondi d'investimento (consid. 3.1).
- 2 Obbligo per i fondi d'investimento di ottenere una doppia autorizzazione: una per il prodotto e una per i titolari (consid. 3.2.2).
- 3 Attraverso assicurazioni vita vincolate a partecipazioni possono essere indirettamente distribuite solo quote di fondi autorizzati (consid. 3.3.2).
- 4 Anche se le assicurazioni vita abbinate a fondi d'investimento, quale prodotto assicurativo, sono sottoposte alla sorveglianza dell'UFAP, la verifica dell'ammissibilità dei fondi è di spettanza della CFB (consid. 3.4.3).

¹ Die Regeste wurde von der Redaktion des EBK-Bulletins verfasst. Le regeste a été établi par la rédaction du Bulletin CFB. Il regesto è stato elaborato dalla redazione del Bollettino CFB.

- 5 L'attività di distribuzione dev'essere addebitata non solo al distributore finale, ma anche all'intermediario finanziario, senza il cui intervento non vi sarebbe poi concretamente alcuna offerta agli investitori (consid. 4.3.2).

Fondsgebundene Lebensversicherungen; Begriff des indirekten Fondsvertriebs; Bewilligungspflicht für den Vertrieb von ausländischen fondsgebundenen Lebensversicherungen, die nicht über eine Bewilligung zum Vertrieb in der Schweiz verfügen (Art. 22 und 45 AFG, heute Art. 19 KAG); Entgegennahme von Publikumseinlagen im Zusammenhang mit Renditegarantien (Art. 1 Abs. 2 BankG)

- 1 Definition fondsgebundener Lebensversicherungen (Erw. 3.1).
- 2 Doppelte Bewilligungspflicht für Anlagefonds: Einerseits für das Produkt, andererseits für den Träger (Erw. 3.2.2).
- 3 Nur Anteile bewilligter Anlagefonds dürfen indirekt über Lebensversicherungen vertrieben werden (Erw. 3.3.2).
- 4 Selbst wenn die als Versicherungsprodukte qualifizierten fondsgebundenen Lebensversicherungen der Aufsicht des BPV unterstellt sind, obliegt die Überprüfung der Bewilligung der Anlagefonds der EBK (Erw. 3.4.3).
- 5 Nicht nur die Tätigkeit des Endvermittlers, sondern auch die Tätigkeit derjenigen Personen, ohne deren Intervention kein Angebot/Vertrieb stattgefunden hätte, wird als Vertrieb qualifiziert (Erw. 4.3.2).

Assurances-vie liées à des fonds de placement; notion de distribution indirecte de fonds de placement; obligation d'obtenir une autorisation pour la distribution d'assurances-vie liées à des fonds de placement étrangers non autorisés à la distribution en Suisse (art. 22 et 45 LFP, auj. art. 19 LPCC); acceptation de dépôts du public en relation avec une garantie de rendement (art. 1 al. 2 LB)

- 1 Définition de l'assurance-vie liée à des fonds de placements (consid. 3.1).
- 2 Obligation pour un fonds de placement d'obtenir une double autorisation: une pour le produit et une pour le titulaire (consid. 3.2.2).
- 3 Seules des parts de fonds de placement autorisés peuvent être distribuées de façon indirecte par le biais d'assurances-vie (consid. 3.3.2).
- 4 Même si les assurances-vie liées à des fonds de placement, qui sont des produits d'assurance, sont soumises à la surveillance de l'OFAP, la vérification de l'admission des fonds de placement est de la compétence de la CFB (consid. 3.4.3).
- 5 Doit être qualifiée de distribution non seulement l'activité du distributeur final, mais également celle de l'intermédiaire financier sans qui une distribution n'aurait pas pu avoir lieu auprès des investisseurs finaux (consid. 4.3.2).

Riassunto della fattispecie

La *Primus AG* ha quale scopo sociale la consulenza negli investimenti e la prestazione di servizi fiduciari nel settore finanziario e della gestione patrimoniale. La *Provectis AG* ha da par suo finalità di intermediazione, consulenza, gestione e rappresentanza nel settore assicurativo, commerciale e finanziario.

Sospettando che, unitamente ad altre società, la *Primus AG* e la *Provectis AG* esercitassero senza permesso attività finanziarie soggette ad autorizzazione, con decisione superprovvisoria del 23 novembre 2005 il Segretariato della Commissione federale delle banche (CFB) ha formalmente vietato loro di accettare depositi pubblici e di distribuire fondi d'investimento e nominato un incaricato delle inchieste con il compito di presentare un rapporto sulle attività svolte dalle società.

Il 14 febbraio 2006 l'esperto ha consegnato il proprio rapporto. In generale, egli ha rilevato che *Primus AG* e *Provectis AG* offrivano servizi di gestione patrimoniale e intermediavano polizze assicurative sulla vita legate a fondi d'investimento o patrimoni speciali esteri. Inoltre essi avevano contribuito a distribuire oltre 3100 polizze della Assicurazione Life AG, società assicurativa del Principato del Liechtenstein. Contestualmente alla sottoscrizione delle polizze Assicurazione Life la *Provectis AG* offriva agli assicurati anche prestazioni di gestione patrimoniale, secondo differenti modalità. In particolare, nella variante *Provectis Activ* dopo 12 anni veniva assicurato almeno il 70% del valore massimo raggiunto o, se maggiore, l'importo del premio unico investito.

Preso atto del suddetto rapporto e delle relative osservazioni formulate dalle società, con decisione del 31 marzo 2006 la Commissione federale delle banche ha constatato che la Primus AG e la Provectis AG hanno accettato depositi del pubblico a titolo professionale, hanno esercitato l'attività di commerciante di valori mobiliari, pure a titolo professionale, ed hanno distribuito fondi d'investimento sprovvisti della necessaria autorizzazione; alla Primus AG ha inoltre rimproverato di aver funto, sempre senza autorizzazione, anche da rappresentante del fondo estero Provectis (n. 3 del dispositivo). La CFB ha di conseguenza disposto lo scioglimento delle società.

Estratto dei considerandi

2.3 Negli ultimi anni, i mercati finanziari hanno conosciuto un avvicinamento significativo tra i vari settori ed i rispettivi operatori economici, in particolare tra banche ed assicurazioni. Da un lato, si è assistito allo sviluppo di conglomerati finanziari ed assicurativi, ossia di gruppi di società collegate tra loro in cui almeno una società opera nel settore assicurativo ed un'altra in quello finanziario (cfr. art. 72 LSA e art. 3c cpv. 2 LBCR). La questione della sorveglianza su questi gruppi o conglomerati è stata dapprima risolta in modo pragmatico e poi dal 1° gennaio 2006 codificata nel senso che, accanto al controllo delle singole società da parte della rispettiva autorità settoriale (CFB o UFAP), viene esercitata una vigilanza complementare sul conglomerato come tale da parte di una delle due istanze, in funzione dell'ambito prevalente di attività del gruppo societario («Lead Regulator»; cfr. art. 74 LSA e art. 3e cpv. 2 LBCR; Peter Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 2a ed., Berna 2004, § 1 n. 95 e § 13 n. 59; Alois Rimle, *Recht des schweizerischen Finanzmarktes*, Zurigo 2004, pag. 146 n. 40–41). D'al-

tro lato, sono apparsi anche nuovi prodotti e forme di investimento, proposti da un'unica società, ma non catalogabili come puri prodotti assicurativi, rispettivamente finanziari (Moritz W. Kuhn, *Allfinanz und moderne Finanzmarktaufsicht*, in: SJZ 97 [2001], pag. 269 segg., in part. pag. 269; Nobel, op. cit., § 1 n. 91). Pure tali prodotti misti pongono evidentemente problemi di assoggettamento alle diverse leggi in materia di vigilanza e di delimitazione dei relativi campi d'applicazione, nonché di competenza delle autorità di sorveglianza. Proprio in considerazione di questa crescente interdipendenza tra i vari settori, all'inizio del 2006 il Consiglio federale ha proposto di riunire la Commissione federale delle banche, l'Ufficio federale delle assicurazioni private e l'Autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro in un'unica autorità di vigilanza sui mercati finanziari (AUFIN). Il disegno di legge non è comunque ancora stato discusso dalle Camere federali (Messaggio del 1° febbraio 2006 sulla legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari, in: FF 2006, pag. 2625 segg.).

3.

3.1 Le assicurazioni sulla vita abbinate a fondi di investimento rappresentano uno dei tipici prodotti innovativi globali in cui si coniugano aspetti finanziari ed assicurativi. Come per le usuali assicurazioni miste sulla vita, l'assicurato versa un premio costituito da una quota per i costi, una per il rischio e una di risparmio. Per rapporto alle assicurazioni tradizionali, la quota di risparmio viene però utilizzata per acquisire delle parti di fondi d'investimento, soggetti a fluttuazioni di valore di cui il cliente approfitta o che, se del caso, assume. In effetti, se egli è ancora in vita alla scadenza dell'assicurazione, la prestazione erogata gli consiste non in una somma prestabilita, bensì di regola nel controvalore, a quel momento, delle parti di fondo acquistate. In caso di de-

cesso, ai beneficiari viene invece versato l'importo fisso garantito; se pattuito e se maggiore di detto importo, viene tuttavia devoluto anche in questa eventualità il valore delle quote del fondo. L'assicurazione offre in genere una scelta tra vari fondi ed è quindi l'assicurato stesso a decidere come viene investito il proprio capitale. Egli può così combinare la garanzia offerta dalla copertura assicurativa con la possibilità di gestire i propri risparmi mediante fondi di investimento (Armin Kühne, *Bewilligungspflicht gemäss Anlagefondsgesetz*, tesi Zurigo 2002, pag. 223 e 225; Catrina Luchsinger Gähwiler, *Der Vertrieb von Fondsanteilen*, tesi Zurigo 2004, pag. 137–138; Rimle, *op. cit.*, pag. 67 n. 31). L'operazione finanziaria di investimento è pertanto indissociabilmente legata ad un contratto assicurativo (sentenza 2A.361/1991 del 18 maggio 1993, in: ASA 62 pag. 705, consid. 7e).

3.2

3.2.1 Secondo la definizione legale, un fondo d'investimento è costituito dagli apporti effettuati dagli investitori in seguito ad un appello pubblico in vista di un investimento collettivo ed è gestito da una direzione, per conto degli investitori, di norma secondo il principio della ripartizione dei rischi (art. 2 cpv. 1 LFI). In riferimento ai fondi esteri, la nozione ha un senso più ampio, poiché comprende non solo i fondi gestiti da una direzione con sede e amministrazione all'estero costituiti su base contrattuale, ma anche le forme societarie estere di investimento collettivo (art. 44 cpv. 1 lett. a e b LFI). La legge si applica inoltre pure ai portafogli collettivi esteri analoghi ai fondi di investimento se le relazioni tra gli investitori e il portafoglio collettivo, indipendentemente dalla struttura giuridica della partecipazione a detto portafoglio, hanno prevalentemente carattere contrattuale e gli investitori non sono in grado di tutelare personalmente i loro interessi patrimoniali (cfr. l'art. 2 cpv. 3 dell'ordinanza sui fondi d'investimento, del 19 otto-

bre 1994 [OFI; RU 1994 pag. 2547]; cfr. anche: sentenza 2A.587/1996 del 9 giugno 1997, in: Bollettino CFB 33/1997, pag. 60, consid. 2a e 2c).

3.2.2 Per i fondi svizzeri, la disciplina legale prevede un doppio tipo di autorizzazioni. Soggiacciono infatti all'approvazione della CFB sia il regolamento del fondo (art. 7 cpv. 1 LFI; autorizzazione per il prodotto) sia l'esercizio di un'attività correlata, segnatamente la funzione di direzione, di banca depositaria o di distributore (art. 10 cpv. 1, art. 18 e 22 cpv. 1 LFI; autorizzazione per i titolari; cfr. Rimle, op. cit., pag. 60 n. 12). Questo duplice regime di controllo vige anche per i fondi esteri, che possono essere proposti o distribuiti a titolo professionale in Svizzera o a partire dalla Svizzera solo previa autorizzazione della CFB (art. 45 cpv. 1 LFI). La stessa è in effetti concessa se, da un lato, vi è un rappresentante in Svizzera che adempie determinati requisiti personali (art. 45 cpv. 3 LFI e art. 56 OFI) e se, d'altro lato, nel paese di sede della direzione o della banca depositaria il fondo di investimento sottostà ad una sorveglianza pubblica destinata alla protezione degli investitori; nell'ottica di detta protezione, occorre inoltre che l'organizzazione e la politica d'investimento siano paragonabili alle disposizioni della legislazione svizzera (art. 45 cpv. 2 LFI; cfr. anche l'art. 45 cpv. 4 LFI e gli art. 55 segg. OFI). L'autorizzazione quale rappresentante autorizza in pari tempo il suo titolare ad agire come distributore (art. 56 cpv. 5 OFI). Vi possono comunque essere anche ulteriori distributori, pure soggetti ad autorizzazione se agiscono a titolo professionale (cfr. Rimle, op. cit., pag. 106 n. 149 e pag. 108 n. 160). L'offerta o la distribuzione avvengono a tale titolo se per il fondo d'investimento si procede ad un appello pubblico (art. 1a OFI). Si considera pubblico qualsiasi appello che, indipendentemente dalla sua forma, non si rivolge unicamente ad una cerchia ristretta di persone (art. 2 cpv. 2 LFI).

3.3

3.3.1 Nelle assicurazioni sulla vita vincolate a fondi d'investimento, l'offerta e la distribuzione dei fondi – attività che, come osservato, abbisognano di regola di un'autorizzazione (art. 22 e 45 LFI) – avvengono soltanto in maniera indiretta (Rimle, op. cit., pag. 80 n. 75). In effetti, ai potenziali interessati viene di per sé proposta la sottoscrizione di una polizza assicurativa sulla vita ed è poi questa a prevedere il collocamento dei premi in fondi d'investimento. L'acquisto delle quote dei fondi è inoltre formalmente operato non dall'assicurato, bensì dalla compagnia d'assicurazione (Peter Spinnler, in: Peter Forstmoser [a cura di], *Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz*, Vol. I, n. 43 ad art. 22; Kühne, op. cit., pag. 228). Secondo la dottrina, le polizze legate a partecipazioni rappresentano pertanto, nel loro complesso, dei prodotti assicurativi, la cui distribuzione è disciplinata dal diritto delle assicurazioni private e non necessita dell'autorizzazione prevista dagli art. 22 o 45 LFI (Luchsinger Gähwiler, op. cit., pag. 137; Spinnler, op. cit., n. 44 ad art. 22; Kühne, op. cit., pag. 229; Rimle, op. cit., pag. 67 n. 31 e pag. 80 n. 75; Matthäus Den Otter, *Anlagefondsgesetz*, Zurigo 2001, n. 6 ad art. 22 cpv. 1 LFI e n. 7 ad art. 22 cpv. 1 OFI).

3.3.2 L'esenzione dall'obbligo autorizzativo per l'offerta e la distribuzione di assicurazioni sulla vita abbinate a fondi è di massima condanna dalla Commissione federale delle banche, che ha sancito tale principio in una delle proprie circolari (Circolare CFB 03/1 del 28 maggio 2003: appello al pubblico ai sensi della legislazione sui fondi di investimento [di seguito: Circolare CFB 03/1], n. 19). La CFB ha comunque considerato essenziale, per poter ammettere una simile facilitazione, la prassi seguita dall'UFAP, che vigila affinché attraverso le assicurazioni sulla vita vincolate a partecipazioni siano indirettamente distribuite in Svizzera solo quote di fondi autorizzati (Rapporto di gestione CFB

1998, pag. 61 n. 3.4). In sostanza, l'autorità di vigilanza ha quindi ritenuto che non occorre alcuna autorizzazione per la distribuzione di prodotti misti, ma che i fondi distribuiti indirettamente devono, in quanto tali, essere comunque autorizzati. Questa limitazione dal profilo dei fondi di investimento soggiacenti ad un'assicurazione è peraltro evidenziata, senza alcuna critica, pure dagli autori già menzionati (Luchsinger Gähwiler, op. cit., pag. 140; Kühne, op. cit., pag. 226; Rimle, loc. cit.; Den Otter, loc. cit.).

3.4

3.4.1 Ora, il bisogno di protezione degli investitori non è sostanzialmente inferiore se i fondi vengono offerti ed acquisiti per il tramite di un'assicurazione sulla vita piuttosto che direttamente. In effetti, nella prima ipotesi il cliente sottoscrive un contratto per un prodotto persino più complesso di un semplice fondo (Kühne, op. cit., pag. 229) e, considerate le diverse possibilità di investimento offertegli, riceve una consulenza paragonabile, per importanza, a quella prestata nel caso di una sottoscrizione diretta di quote di fondi (Spinnler, loc. cit.). Inoltre se è vero che, per rapporto ad un investimento diretto, in caso di morte il rischio finanziario è inferiore qualora per tale eventualità venga pattuito il versamento di una somma determinata, è altrettanto vero che se l'assicurato è ancora in vita alla scadenza della polizza i rischi sono analoghi (Luchsinger Gähwiler, op. cit., pag. 139). Chi sottoscrive un'assicurazione legata a fondi è inoltre svantaggiato, rispetto ad un investitore diretto, per il fatto che in genere le possibilità di rescissione anticipata dell'assicurazione, e quindi di disdetta dei fondi, sono soggette a condizioni più gravose ed a penalità (Kühne, op. cit., pag. 227; Luchsinger Gähwiler, loc. cit.; cfr. anche sentenza 2A.361/1991 del 18 maggio 1993, in ASA 62, pag. 705, consid. 7e).

3.4.2 Ne consegue che l'esigenza di ammettere anche in riferimento alle assicurazioni sulla vita abbinata a fondi che siano distribuite unicamente quote di fondi autorizzati appare effettivamente essenziale per evitare una facile ed ingiustificata elusione delle finalità della relativa legge. A prescindere dalla natura giuridica formale del prodotto nel suo insieme e dalle relative conseguenze dal profilo della possibilità di agire come distributore, è quindi a ragione che le autorità di vigilanza si attengono anche in tale contesto al principio dell'art. 7 cpv. 1, rispettivamente dell'art. 45 cpv. 2 LFI, secondo cui i fondi d'investimento, in quanto tali, devono in ogni caso essere approvati (autorizzazione per il prodotto; cfr. consid. 3.2.2). Di riflesso, se i fondi abbinati ad assicurazioni sulla vita non sono stati riconosciuti in Svizzera, la loro distribuzione, anche solo indiretta, è inammissibile. Nel medesimo intento di tutela degli investitori, la regola è del resto enunciata anche dalla legislazione in materia assicurativa. L'art. 81 cpv. 1 dell'ordinanza del 9 dicembre 2005 sulla sorveglianza delle imprese di assicurazioni private (OS; RS 961.011) prevede infatti che il patrimonio vincolato per la quota risparmio dei contratti assicurativi sulla vita legati a fondi (cfr. Allegato I all'OS, lett. A2.1, A2.2 e A2.3) possa essere costituito solo con certificati di quote di fondi d'investimento che ricadono sotto la LFI (cfr. anche l'art. 77 cpv. 1 lett. b OS). Questo principio vigeva peraltro già prima del 1° gennaio 2006, ovvero prima dell'entrata in vigore della suddetta ordinanza e della legge su cui si fonda (cfr. art. 24 cpv. 2 [e 13 cpv. 2] dell'ordinanza del 29 novembre 1993 sull'assicurazione diretta sulla vita [OAssV; RU 1993, pag. 3230]; cfr. anche consid. 2.2). Certo, il patrimonio vincolato è il patrimonio che le imprese di assicurazione devono costituire per garantire le pretese derivanti dai contratti d'assicurazione (art. 17 LSA) e può anche non esserci identità assoluta tra gli investimenti effettuati per la sua costituzione e quelli effettivamente prescelti dai contraenti. Ritenuto che deve comunque

esistere una particolare correlazione (cfr. sentenza 2A.361/1991 del 18 maggio 1993, in: ASA 62, pag. 705, consid. 5b e 6; Kühne, op. cit., pag. 224 seg.), pure sotto questo profilo è lecito dedurre la necessità di limitare i fondi proponibili agli assicurati ai fondi autorizzati in base alla LFI.

3.4.3 I rilevati, giustificati limiti imposti ai fondi soggiacenti alle assicurazioni sulla vita legate a partecipazioni comportano delle implicazioni pure per quanto concerne le competenze delle autorità. In effetti, anche ammettendo che nel loro insieme tali specifici prodotti siano sottoposti alla vigilanza dell'Ufficio federale delle assicurazioni private, la verifica dell'ammissibilità dei fondi, in particolare quando richiede accertamenti più approfonditi della semplice consultazione delle liste pubblicate, non può che essere di spettanza della Commissione federale delle banche (cfr., in riferimento al patrimonio vincolato, le direttive dell'UFAP del 12 giugno 2006 concernenti gli investimenti nel medesimo, n. 2.10, in part. n. 2.10.3.2). Analogamente in pratica a quanto avviene nell'ambito della vigilanza sui conglomerati (cfr. consid. 2.3), in relazione ai prodotti assicurativi misti è in altri termini corretto ritenere che l'UFAP assume una funzione di sorveglianza globale, ma che la CFB è comunque competente ad imporre il rispetto delle regole che, pur tenuto conto della particolarità dei prodotti, rimangono applicabili in materia di fondi d'investimento. Ciò vale segnatamente laddove, al di là della qualifica formale quale assicurazione, il rischio assunto dall'assicuratore in caso di decesso appare contenuto e l'aspetto assicurativo risulta pertanto secondario per rapporto al carattere di investimento insito nel prodotto (cfr. sentenza 2A.361/1991 del 18 maggio 1993, in: ASA 62, pag. 705, consid. 8e). Negare la competenza della CFB costituirebbe evidentemente anche sotto questo profilo un'elusione della legge sui fondi di investimento.

4.1–4.2.2 Descrizione delle polizze assicurative abbinate ai fondi d'investimento offerte.

4.2.3 Le polizze possono essere disdette, e quindi il patrimonio investito può essere recuperato, essenzialmente in ogni tempo. È vero che il riscatto anticipato non avviene al valore netto d'investimento, ma comporta in genere una penalità per l'investitore. Tuttavia, considerato che ciò deriva dall'abbinamento dei fondi all'assicurazione, che il valore di riscatto è in ogni caso determinato in funzione del valore del fondo e che il principio della disdetta in ogni tempo non è comunque assoluto, le rilevate conseguenze finanziarie sfavorevoli non permettono ancora di negare agli investimenti soggiacenti alle polizze la qualifica di fondi esteri (cfr. Kühne, op. cit., pag. 227; Luchsinger Gähwiler, op. cit., pag. 139; cfr. anche sentenza 2A.587/1996 del 9 giugno 1997, in: Bollettino CFB 33/1997, pag. 60, consid. 2c/dd; Rolf Watter/Roland Truffer, in: Vogt/Watter [a cura di], Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basilea 1999, n. 9 ad art. 44 LFI).

4.2.4 Adempiuti questi requisiti fondamentali, non appare invero di rilievo la distinzione tecnico-finanziaria operata dalle ricorrenti tra polizze assicurative «unit-linked» e polizze «with profit bonds». Analogamente, il mancato riconoscimento del diritto di distrazione del capitale versato dagli investitori in caso di fallimento dell'assicuratore («Aussonderungsrecht») sembra evidenziare piuttosto un particolare rischio per i beni investiti, che non l'inesistenza di fondi (cfr. Den Otter, op. cit., n. 6 ad art. 2 cpv. 1 LFI; Rimle, op. cit., pag. 63 n. 21). I prodotti finanziari in cui sono investiti i premi assicurativi costituiscono dunque a tutti gli effetti dei fondi, compreso il patrimonio speciale Provectis che, per le ragioni indicate nel seguito (cfr. consid. 4.3.4), non può venir considerato quale portafoglio collettivo interno della banca deposi-

taria (cfr., per analogia, l'art. 4 LFI). Tali fondi sono inoltre incontestabilmente non autorizzati in Svizzera.

4.3

4.3.1 I fondi di investimento esteri sono disciplinati dagli art. 44 e segg. LFI nella misura in cui sono destinati al pubblico, ovvero sono oggetto – direttamente o se del caso anche attraverso un'assicurazione sulla vita (cfr. consid. 3.4.2) – di un appello pubblico in o dalla Svizzera (cfr. consid. 3.2.2; art. 2 cpv. 2 e art. 45 cpv. 1 LFI, art. 1a OFI; Rimle, op. cit., pag. 103 n. 144; Circolare CFB 03/1 del 28 maggio 2003, n. 5). Secondo gli indiscussi criteri utilizzati dalla CFB, costituisce appello l'utilizzo di mezzi pubblicitari di qualsiasi natura che servono ad offrire e ad invitare alla sottoscrizione di fondi d'investimento; l'appello è poi pubblico se è rivolto a più di 20 persone durante un esercizio annuale, senza che sia diretto ad investitori istituzionali dotati di tesoreria gestita a titolo professionale (art. 2 cpv. 2 OFI) né esista una relazione qualificata tra chi offre e chi riceve in offerta i fondi (cfr. Circolare CFB 03/1 del 28 maggio 2003, n. 6–10).

4.3.2 Le ricorrenti sostengono innanzitutto di non aver effettuato alcun appello pubblico per i fondi soggiacenti alle assicurazioni già perché si sono avvalse in maniera pressoché sistematica di intermediari, svizzeri (una trentina) ed esteri, senza avere in pratica alcun contatto diretto con gli investitori. L'autorità inferiore ha sostanzialmente confermato tali modalità operative, accertando che le insorgenti hanno distribuito direttamente le polizze assicurative abbinata al fondo Provectis solo in 17 casi (su oltre 3100 polizze sottoscritte) sull'arco di tre anni. In genere, l'ammissibilità di strutture di distribuzione a più livelli viene sottoposta alla doppia condizione che i sotto-distributori indipendenti siano autorizzati ad esercitare tale attività e che la direzione del fondo

o il rappresentante abbiano dato il loro consenso (cfr. le Direttive della Swiss Funds Association [SFA] del 22 ottobre 2001 concernenti la commercializzazione di fondi [in: sfa.ch, rubrica regole professionali], Annesso, punto III/A/1; Rapporto di gestione CFB 1999, pag. 71; Den Otter, op. cit., n. 20 ad art. 22 cpv. 1 LFI; Kühne, op. cit., pag. 50 seg.). Benché di regola non venga indicato esplicitamente, appare comunque necessario che anche a livello dell'intermediario di rango superiore siano adempiuti i requisiti, sia personali sia riferiti al prodotto, a cui soggiace la distribuzione di fondi. L'eventuale distribuzione di prodotti poco trasparenti e senza sufficienti garanzie è infatti favorita ad ogni stadio, non solo nel contatto diretto con il pubblico, e gli interessi degli investitori sono quindi messi in pericolo pure nelle fasi precedenti. In altri termini, come ha ritenuto la Commissione federale delle banche, l'attività di distribuzione dev'essere addebitata non solo all'intermediario finale, ma anche a chi vi fa capo, senza il cui intervento non vi sarebbe poi concretamente alcuna offerta agli investitori. Del resto, l'informazione o la pubblicità rivolta ad un sotto-intermediario non è in definitiva destinata allo stesso, bensì ad una cerchia indeterminata di persone senza conoscenze specifiche nella materia (cfr. Hans Rudolf Steiner, in: Vogt/Watter, op. cit., n. 38 ad art. 2 LFI; contra: Luchsinger Gähwiler, op. cit. pag. 126). Su questo punto, la tesi delle ricorrenti non può quindi essere condivisa.

4.3.3 Le insorgenti rilevano inoltre che le polizze sono state sottoscritte quasi esclusivamente da persone residenti all'estero ed in gran parte grazie ad intermediari finali pure residenti all'estero. Esse evidenziano in particolare le sole 8 polizze Assicurazione Life distribuite a residenti in Svizzera, pari allo 0,12% (recte 0,25%) delle assicurazioni analoghe stipulate nel complesso. A prescindere dal fatto che gli altri prodotti intermediati sono comunque stati distribuiti in Svizzera in numero più

consistente (199), le ricorrenti omettono in ogni caso di considerare che la legge sui fondi di investimento si applica, dal profilo territoriale, alla distribuzione di fondi esteri non solo in Svizzera, ma anche a partire dalla Svizzera (art. 45 cpv. 1 LFI). Oltre a voler tutelare gli investitori in Svizzera, la normativa legale si prefigge infatti di salvaguardare gli investitori esteri da pratiche di distribuzione inadeguate e pericolose operate dalla Svizzera, preservando così in definitiva la reputazione della piazza finanziaria elvetica (Steiner, in: Vogt/Watter, op. cit., n. 18 ad art. 1 LFI; Spinnler, op. cit., n. 11 ad art. 45 LFI; Luchsinger Gähwiler, op. cit. pag. 142). Dubbia potrebbe quindi semmai essere la posizione di società con sede in Svizzera, ma che esercitano la loro attività esclusivamente all'estero (David Wyss/Urs Zulauf, *Fiktiver Sitz oder faktische Niederlassung?*, in: Karl Spühler [a cura di], *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Zurigo 2001*, pag. 117 segg., in part. pag. 127). Le ricorrenti non ricadono tuttavia in tale situazione non solo perché la loro intermediazione ha condotto alla sottoscrizione di alcune polizze anche da parte di persone in Svizzera, ma soprattutto perché anche per le polizze estere hanno certamente operato in maniera effettiva e prevalente dai loro uffici congiunti di Lugano. Esse hanno quindi agito «a partire dalla Svizzera» ai sensi dell'art. 45 cpv. 1 LFI.

4.3.4 Chiarite tali questioni, occorre ancora verificare se, nel merito, l'attività svolta dalle ricorrenti abbia effettivamente costituito un appello pubblico. Al riguardo, risulta invero decisiva già l'estensione della loro operatività, dimostrata dal numero di intermediari con cui sono legate contrattualmente e di polizze per le quali ricevono commissioni. In effetti, come in sostanza segnalava alle ricorrenti già il parere giuridico da loro richiesto nel 2003, non è ragionevolmente immaginabile che una rete di distribuzione tanto articolata né una simile diffusione

delle polizze siano riconducibili esclusivamente ad iniziative dei sotto-distributori e degli assicurati (cfr. Steiner, in: Vogt/Watter, op. cit., n. 34 ad art. 2 LFI). Le ricorrenti hanno senza dubbio ricercato attivamente gli intermediari e proposto loro, all'indirizzo degli investitori, i loro prodotti. Significativi in proposito sono i prospetti riferiti al patrimonio speciale Provectis in cui è indicata come emittente la Provectis AG, rispettivamente le copie di tavole grafiche di supporto per presentazioni dirette (cosiddette «road-shows») ritrovate presso un distributore. Del resto, il contratto di intermediazione standard, utilizzato per tutti i tipi di polizze, prevedeva espressamente l'obbligo per Primus AG di supportare l'intermediario fornendogli regolarmente informazioni e materiale pubblicitario. Per il patrimonio speciale Provectis le ricorrenti hanno inoltre gestito un sito internet (cfr., al riguardo, la Circolare CFB 03/1 del 28 maggio 2003, n. 20 segg.) da cui a prima vista nemmeno risultava l'abbinamento del fondo ad un'assicurazione sulla vita. Seppur indirettamente, le insorgenti hanno quindi effettuato appelli pubblici per i fondi d'investimento soggiacenti alle polizze assicurative. La promozione riferita al patrimonio speciale Provectis in violazione pure del relativo regolamento, esclude peraltro che si possa considerare tale veicolo finanziario quale patrimonio speciale interno alla banca, destinato ai soli clienti dell'istituto e non sottoposto alla vigilanza sui fondi di investimento (cfr., per analogia, l'art. 4 LFI; cfr. anche: Kühne, op. cit., pag. 237; Susanne Zwiefelhofer, *Das liechtensteinische Recht betreffend die Investmentunternehmer verglichen mit dem schweizerischen Anlagefondsrecht*, tesi Zurigo 2002, pag. 91 seg. e pag. 225). Nemmeno le insorgenti stesse pretendono infine, in questa sede, di aver operato esclusivamente nel quadro di una delle situazioni (distribuzione ad investitori istituzionali, rapporto qualificato) che esentano eccezionalmente dall'obbligo di ottenere un'autorizzazione per i fondi (Circolare CFB 03/1 del 28 maggio 2003, n. 12 segg.).

4.4–4.5 *Decisione CFB conforme all'accordo del 19 dicembre 1996 tra la Confederazione Svizzera ed il Principato del Liechtenstein concernente l'assicurazione diretta (RS 0.961.514).*

5. Oltre ad imputare loro la violazione della legge sui fondi di investimento, la Commissione federale delle banche ha ritenuto che le ricorrenti abbiano illecitamente esercitato anche attività di natura bancaria, accettando depositi del pubblico a titolo professionale.

5.1 L'accettazione di depositi del pubblico a titolo professionale è una prerogativa effettivamente riservata, di principio, soltanto alle banche (cfr. l'art. 1 cpv. 2 prima frase LBCR e l'art. 3a cpv. 1 dell'ordinanza del 17 maggio 1972 sulle banche e le casse di risparmio [OBCR; RS 952.02]). Questa prerogativa rappresenta il negozio passivo dell'attività bancaria e si realizza quando una società, in modo professionale, raccoglie e riceve in deposito denaro del pubblico sotto propria responsabilità, ossia diventa essa stessa debitrice per la restituzione della relativa prestazione (DTF 132 II 382 consid. 6.3.1; Beat Kleiner/Renate Schwob, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [a cura di], *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, n. 30 ad art. 1 [edizione aprile 2004]). Ne consegue che un gestore patrimoniale non soggiace alla legge sulle banche nella misura in cui, quando colloca presso terzi i capitali dei suoi clienti, l'investimento avviene esclusivamente a rischio e pericolo dei clienti stessi. Egli esercita per contro un'attività bancaria quando sopporta il rischio di mercato legato all'utilizzo della somma depositata e promette ad esempio agli investitori una redditività minima o prende a suo carico eventuali perdite sul cambio (DTF 132 II 382 consid. 6.3.5; 131 II 306 consid. 3.2.2; Bollettino CFB 20/1990, pag. 16 segg.; Rashid Bahar/Erich Stupp, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [a cura di], *Basler Kommentar, Bankengesetz*, Basi-

lea/Ginevra/Monaco 2005, n. 41, 42 e 52 ad art. 1; Kleiner/Schwob, op. cit., n. 63 ad art. 1; Lars Schlichting, Problematiche legate all'accettazione di depositi del pubblico a titolo fiduciario, in: NRCP 2005, pag. 14 segg., in part. pag. 14 e 15).

Di principio, tutti gli averi ricevuti da terzi hanno carattere di deposito, fatte salve le eccezioni esaustivamente enumerate all'art. 3a cpv. 3 lett. a–d OBCR (cfr. circolare CFB 96/4 del 22 agosto 1996: accettazione a titolo professionale di depositi del pubblico da parte di istituti non bancari ai sensi della legge sulle banche [Circolare CFB 96/4], n. 10). In virtù dell'art. 3a cpv. 3 lett. d OBCR non costituiscono in particolare depositi i fondi la cui accettazione è vincolata ad un contratto di assicurazione sulla vita, di previdenza professionale o di altre forme previdenziali riconosciute (art. 3a cpv. 3 lett. d OBCR). L'eccezione trova giustificazione nel fatto che questi depositi sono ammessi e disciplinati da altre leggi federali e sono effettuati presso istituti comunque sottoposti ad una vigilanza statale (Circolare CFB 96/4, n. 18). A titolo professionale agisce infine chiunque accetta, su un lungo periodo, più di venti depositi del pubblico (art. 3a cpv. 2 OBCR) oppure mediante inserzioni, prospetti, circolari o media elettronici pubblicizza l'accettazione di depositi (art. 3 cpv. 1 OBCR; DTF 132 II 382 consid. 6.3.1; 131 II 306 consid. 3.2.1).

5.2 Nel caso specifico, congiuntamente all'offerta delle assicurazioni sulla vita Assicurazione Life abbinate al patrimonio (fondo) Provectis le ricorrenti, e più specificatamente la Provectis AG, hanno proposto agli assicurati di conferire loro un mandato di gestione patrimoniale. In tutte e tre le varianti previste, il mandato attribuisce alla Provectis AG la facoltà di disinvestire dal fondo Provectis i premi versati per reinvestirli secondo altre modalità (switching). Secondo la variante gratuita

Provectis Airbag, se il valore di riscatto della polizza durante i primi 12 anni scende sotto il 70% del premio unico pagato inizialmente, rispettivamente del valore massimo raggiunto precedentemente, la Provectis AG reinveste in sostanza la polizza in titoli a reddito fisso. Secondo la variante Provectis Activ, in caso di evoluzione negativa di Provectis, l'importo del premio unico viene «man mano reinvestito in titoli a reddito fisso, in modo da poter garantire alla fine dei 12 anni almeno il premio unico investito, o rispettivamente, se superiore, il 70% del valore massimo raggiunto». Per questa prestazione la Provectis AG ha preteso un onorario pari al 5% del premio unico. La terza variante, la Provectis LB Activ, pure onerosa, si riferisce a polizze a premio rateale, non distribuite in Svizzera, e prevede essenzialmente che alla fine del periodo di pagamento dei contributi viene assicurato il valore massimo raggiunto durante i cinque anni precedenti. Stando agli incontestati accertamenti dell'incaricato dell'inchiesta, il 93% delle polizze Assicurazione Life in essere presso le ricorrenti, ossia più di tremila polizze, sono corredate da un mandato di gestione patrimoniale del tipo Provectis Activ o Provectis LB Activ.

5.3 L'autorità inferiore ritiene che proprio le assicurazioni fornite in special modo nell'ambito della gestione Provectis Activ conferiscano natura anche bancaria all'attività delle ricorrenti, integrando gli estremi dell'accettazione di depositi del pubblico.

5.3.1 A questo proposito nel ricorso le insorgenti sollevano un'unica ed invero preliminare obiezione, adducendo che, salvo sporadiche e temporanee eccezioni, i premi assicurativi sono stati versati dagli assicurati direttamente alle compagnie, senza transitare su conti intestati o facenti in qualche modo capo ad esse. Loro non avrebbero quindi ricevuto né accettato capitali dagli investitori/assicurati.

Decisivo non è tuttavia il costrutto giuridico formale entro il quale una società opera, bensì l'attività concretamente svolta (DTF 130 II 351 consid. 5.3.4.1; sentenza 2A.65/2002 del 22 maggio 2002, in: Bollettino CFB 43/2003, pag. 15, consid. 5.2.2). In quest'ottica, i premi sono stati sì versati alla Assicurazione Life AG, che però non ha esercitato alcuna attività né di acquisizione né di amministrazione delle polizze. La compagnia assicurativa non aveva infatti facoltà di ricercare ed avere contatti con la clientela e non si è occupata nemmeno della registrazione informatica delle polizze, curata invece dalla Primus AG, la quale aveva accesso ai dati informatici dell'assicurazione. In pratica, la Assicurazione Life si è quindi limitata a trasferire gli averi ricevuti nel patrimonio speciale Provectis. Questo viene gestito da due società estere dirette da persone legate alle ricorrenti (cfr. consid. 4.2.2), le quali a loro volta, in virtù dei mandati di gestione patrimoniale, hanno amministrato le singole quote pagate dagli assicurati, con la possibilità di operare persino un cambiamento dei fondi di riferimento. Il regolamento del fondo Provectis è stato peraltro sottoscritto anche da una delle ricorrenti; eloquente è pure l'omonimia tra la ragione sociale dell'altra e la denominazione del fondo collettore dei premi. In queste circostanze, la conclusione tratta dalla CFB non può che essere confermata. In effetti, al di là della complessa struttura architettata, gli averi dei clienti dell'assicurazione sono di fatto stati realmente raccolti, accettati e gestiti unicamente dalle ricorrenti.

5.3.2 (...)

5.3.3 Ne discende che la gestione patrimoniale offerta dalle ricorrenti configura effettivamente, nella quasi totalità dei casi, un'accettazione di depositi del pubblico ai sensi dell'art. 1 cpv. 2 LBCR. Tale attività non ricade peraltro sotto la norma d'eccezione prevista per i fondi legati a

contratti di assicurazione sulla vita (art. 3a cpv. 3 lett. d OBCR) già perché, come rilevato dalla CFB, al di là del dubbio carattere assicurativo dei prodotti intermediati (cfr. consid. 4.5), la garanzia di restituzione non è prestata da un'istituto assicurativo. La professionalità dell'attività è inoltre manifesta, ritenuto che più di 3000 clienti hanno sottoscritto le formule Activ e LB Activ. Infine, considerate le finalità di tutela della piazza finanziaria svizzera alla base della legislazione applicabile, poco importa, anche in questo contesto (cfr. consid. 4.3.3), che gli investitori risiedano in gran parte all'estero (DTF 130 II 351 consid. 5.3.5 e 6.1). In relazione ai prodotti assicurativo-finanziari del Liechtenstein le ricorrenti hanno pertanto fornito prestazioni bancarie senza permesso.

Decisione della Commissione federale delle banche del 21 luglio 2006

Assunzione delle spese di patrocinio

La società che intende ricorrere contro una decisione della CFB di cui è oggetto e che chiede il pagamento degli onorari del suo patrocinatore deve dimostrare, in analogia con le condizioni per il gratuito patrocinio, che vi sono delle minime possibilità di successo e che il patrocinio risulta necessario.

Übernahme der Anwaltskosten

Die Gesellschaft, welche Beschwerde gegen eine gegen sie gerichtete EBK-Verfügung erhebt und dabei die Übernahme der Anwaltskosten verlangt, muss analog den Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege nachweisen, dass ein Obsiegen im Prozess nicht aussichtslos und die Mithilfe eines Rechtsanwalts notwendig ist.

Prise en charge des honoraires d'avocat

La société qui entend recourir contre une décision de la CFB dont elle fait l'objet et qui demande la prise en charge des honoraires d'avocat y afférents doit démontrer, par analogie avec les conditions de l'assistance judiciaire gratuite, que le recours ne paraît pas voué à l'échec et que l'assistance d'un avocat est nécessaire.

Riassunto della fattispecie

Con decisione del 31 marzo 2006 la Commissione federale delle banche (CFB) ha posto in liquidazione la *Provectis* e la *Primus*, entrambe con sede a Lugano. Con scritto del 19 maggio 2006 le due società hanno inoltrato contro la suddetta decisione un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale. Con istanza del 30 maggio 2006 le società hanno chiesto alla CFB di autorizzare il pagamento dell'anticipo delle spese giudiziarie e delle spese legali da parte delle due società in liquidazione. La CFB ha autorizzato il pagamento delle spese giudiziarie, mentre si pronuncia con la presente decisione sulla richiesta di pagamento delle spese legali.

Estratto dei considerandi

(1) La decisione sulle spese legali di società messe in liquidazione dalla CFB spetta al suo Segretariato (art. 51 cpv. 2 e art. 51a cpv. 2 ordinanza sulle banche, RS 952.02).

(2) La società che intende ricorrere contro la decisione di nomina di un incaricato delle inchieste, di liquidazione o di fallimento potrà utilizzare le liquidità della società per far fronte alle spese legali unicamente in analogia con le condizioni per garantire il gratuito patrocinio, ovvero se vi sono delle minime possibilità di successo e se il patrocinio risulta necessario (DTF 2A.179/2001, consid. 3b.aa). La società deve presentare una debita istanza alla CFB, la quale dovrà effettuare una ponderazione tra gli interessi degli organi ad utilizzare i mezzi della società per ricorrere e quelli degli investitori al mantenimento della sostanza delle società. La decisione della CFB in merito è una decisione

incidentale suscettibile di ricorso di diritto amministrativo (DTF 2A.179/2001, consid. 3b.aa, in fine).

(3) Le richiedenti sostengono di possedere delle consistenti possibilità di successo. A comprova di questo fatto esse rimandano al testo del ricorso di diritto amministrativo, sennonché il ricorso appare di primo acchito manifestamente infondato.

(4–8) motivi per i quali il ricorso risulta infondato, si veda la DTF 2A.281/2006, pubblicata su questo bollettino).

(9) Anche senza dover esaminare l'esistenza di un'attività di commerciante di valori mobiliari, l'esercizio dell'attività di distribuzione di fondi d'investimento, di rappresentante di un fondo d'investimento estero e di accettazione di depositi del pubblico da parte di Primus e Provectis risulta chiara e la CFB deve di conseguenza ordinare la liquidazione delle società. Il ricorso nel suo insieme risulta pertanto manifestamente infondato. Per questo motivo la richiesta di pagamento delle spese legali deve essere respinta.

Entscheid des Bundesgerichts vom 12. September 2006 (2A.360/2006)¹

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG); Einlagecharakter von Verbindlichkeiten (Art. 3a Abs. 3 BankV); Verwendung des Ausdrucks «Sparen» (Art. 15 Abs. 1 BankG); Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten (Art. 23^{quater} BankG); Konkursöffnung (Art. 33 ff. BankG)

- 1 Die Bankenkommision kann gestützt auf Art. 23^{quater} BankG eine unabhängige und fachkundige Person mit der Abklärung eines aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts beauftragen. Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts obliegt dabei der Bankenkommision (E. 3.2).
- 2 Ansprüche auf eine anteilmässige Beteiligung an einem Unternehmensgewinn stellen Verbindlichkeiten der Unternehmen dar. Dafür entgegengenommenen Geldern kommt Einlagecharakter zu und sie fallen nicht unter die Ausnahmeregelung von Art. 3a Abs. 3 Bst. a BankV (E. 3.1 und 4.2).
- 3 Mit Eröffnung des Konkurses und der damit zwingend verbundenen Generalexekution ist die Frage einer Teilliquidation hinfällig (E. 5.4).

¹ Die Regeste wurde von der Redaktion des EBK-Bulletins verfasst. Le regeste a été établi par la rédaction du Bulletin CFB. Il regesto è stato elaborato dalla redazione del Bollettino CFB.

Acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB); caractère de dépôts des passifs (art. 3a al. 3 OB); utilisation du terme «épargne» (art. 15 al. 1 LB); mise en œuvre d'un chargé d'enquête (art. 23^{quater} LB); ouverture de faillite (art. 33 ss LB)

- 1 Sur la base de l'art. 23^{quater} LB, la CFB peut charger un spécialiste indépendant d'effectuer une enquête pour élucider des faits relevant de la surveillance prudentielle. L'appréciation juridique de l'état de fait incombe ensuite à la CFB (consid. 3.2).
- 2 Des prétentions à une participation proportionnelle au bénéfice d'une société constituent des passifs de ladite société. L'argent perçu à cette fin a le caractère de dépôts et n'est pas visé par l'exception de l'art. 3a al. 3 let. a OB (consid. 3.1 et 4.2).
- 3 L'ouverture de la faillite et l'exécution générale qui y est liée rend caduque la question d'une liquidation partielle (consid. 5.4).

Accettazione illecita di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR); carattere di deposito dei passivi (art. 3a cpv. 3 OBCR); utilizzo del termine «deposito» (art. 15 cpv. 1 LBCR); impiego di un incaricato delle inchieste (art. 23^{quater} LBCR); apertura del fallimento (art. 33 segg. LBCR)

- 1 In applicazione dell'art. 23^{quater} LBCR, la CFB può incaricare uno specialista indipendente di effettuare un'inchiesta per stabilire i fatti rilevanti della sorveglianza prudentiale. L'apprezzamento giuridico dei fatti incombe di seguito alla CFB (consid. 3.2).

- 2 Le pretese ad una parte dei ricavi della società costituiscono dei passivi della stessa. Il denaro percepito in questo modo ha il carattere di deposito e non ricade nell'eccezione stabilita dall'art. 3a cpv. 3 lett. a OBCR (consid. 3.1 et 4.2).
- 3 Con l'apertura del fallimento e l'obbligatoria esecuzione generale che ne deriva, la domanda relativa ad una liquidazione parziale viene a cadere (consid. 5.4).

Sachverhalt

A.

A ist Inhaber der Einzelfirma X. Diese seit 1998 im Handelsregister eingetragene Firma hat zum Zweck Design und Vermittlung in den Bereichen Handel und Marktforschung. Aufgrund eines Hinweises der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei und Anhaltspunkten im Internet ergab sich der Verdacht einer unerlaubten Entgegennahme von Publikumsgeldern. Zur Abklärung desselben setzte die Eidgenössische Bankenkommision am 29. März 2006 die Y als Untersuchungsbeauftragte ein.

Nachdem A und seine Einzelfirma zum Untersuchungsergebnis der Beauftragten Stellung genommen hatten, stellte die Eidgenössische Bankenkommision mit Verfügung vom 1. Juni 2006 fest, dass A und seine Einzelfirma gegen das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstossen und zu Unrecht den Ausdruck «Sparen» verwendet hätten. Sie eröffnete ab Freitag, 2. Juni 2006 (08.00 Uhr) über beide den (bankenrechtlichen) Konkurs. Auf diesen Zeitpunkt wurde auch deren Geschäftstätigkeit eingestellt und ihnen

die Ausrichtung und Entgegennahme von Zahlungen sowie die Vornahme von Devisentransaktionen verboten. Das Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission wurde ermächtigt, einen Konkursliqui-
dator einzusetzen; zudem regelte die Bankenkommission verschiedene weitere konkursrechtliche Aspekte (Konkursort, Behandlung von Zahlungen, Publikation, Handelsregistereintrag, Beschränkung der Tätigkeit auf sichernde und werterhaltende Massnahmen usw.). Sie erklärte ihre Verfügung als sofort vollstreckbar. A wurde zudem generell verboten, selbst oder über Dritte Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder dafür zu werben sowie in der Werbung den Ausdruck «Sparen» zu verwenden.

B.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. Juni 2006 beantragt A dem Bundesgericht sinngemäss, die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 1. Juni 2006 aufzuheben.

Die Eidgenössische Bankenkommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen.

Aus den Erwägungen

3.

3.1 Die Bankenkommission hat festgestellt, der ursprünglich in der Marktforschung tätige Beschwerdeführer habe neben dieser Tätigkeit auf der von ihm registrierten und unterhaltenen sowie frei zugänglichen Internetseite www.F.biz in sechzehn Sprachen den Erwerb von «Baumpunkten» für je 22 Euro angeboten. Die Investition solle zur Aufforstung eines Regenwaldes in Bolivien verwendet werden. Davon

sollten zehn Euro in ein Aufforstungsprojekt in Bolivien fließen, das als «aktives Sparbuch» bezeichnet werde; weitere sieben Euro seien als Prämien für Partner vorgesehen, die sich an der Verbreitung dieser Idee beteiligten; mit den restlichen fünf Euro würden die Administrativkosten bezahlt. Den Kunden werde eine anteilige Beteiligung bei der Firma X in Aussicht gestellt, wobei die «Gewinnausschüttung» nach dem zehnten bis zwölften Jahr und dem Holzverkauf erfolgen solle. Hinweise, dass von den (ohne Mehrfachzeichner) geschätzten 2000 bis 3000 Kunden (der Beschwerdeführer spreche von über 4000 Anlegern) geleistete Einzahlungen individualisiert würden, indem ein konkreter Anteil an Holz oder Land erworben werde, existierten nicht. Der Beschwerdeführer halte selbst fest, dass es sich bei dieser Geschäftstätigkeit nicht um eine allgemein gebräuchliche Tätigkeit eines Holzhändlers handle, der Holz an- und verkaufe. Vielmehr handle es sich bei einem «Baumpunkt» insbesondere um eine «finanztechnische Verrechnungseinheit» für eine «anteilige monetäre Gewinnausschüttung» zu Gunsten der Kunden sowie eine «Leistungsanreiz- und Leistungsverrechnungseinheit für die Marketing Vertriebspartner». Von September 2005 bis März 2006 seien von Kunden Einzahlungen in Höhe von 90 486 Euro geleistet worden, wovon 42 681 Euro in Anpflanzungen in Bolivien geflossen sein sollen. Die bis heute möglicherweise getätigten Investitionen in Bolivien würden keine Rückzahlung der eingezahlten Gelder erlauben.

Auf der ähnlichen und teilweise identischen, in elf Sprachen verfassten Internetseite www.G.ch werbe der Beschwerdeführer ebenfalls für Baumpunkte. Über diese Seite sei bisher jedoch keine effektive Geschäftstätigkeit eruiert worden.

3.2 Was der Beschwerdeführer vorbringt, lässt diese tatsächlichen Feststellungen der Bankenkommision nicht als unrichtig erscheinen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern der Untersuchungsauftrag an die Y. (d.h. die superprovisorische Verfügung vom 29. März 2006 des Sekretariats der Eidgenössischen Bankenkommision) «in der Sache eingeschränkt» gewesen sein soll; der Auftrag ist vielmehr sehr umfassend erteilt worden. Der Vorwurf dürfte wohl auf einem falschen Verständnis der entsprechenden Ausführungen beruhen: Dass sich der Beauftragte auf die Ermittlung des Sachverhaltes beschränkte, ohne diesen rechtlich zu würdigen, entsprach nicht nur seinem Auftrag; es ist dies grundsätzlich der Inhalt jeden Sachverständigengutachtens (vgl. Art. 12 VwVG); dessen rechtliche Würdigung ist der Behörde bzw. dem Gericht überlassen. Auch der pauschale Vorwurf, der Bericht des Untersuchungsbeauftragten vom 2. Mai 2006 lege den Verdacht eines «Gefälligkeitsgutachtens» nahe, findet keine Stütze in den Akten. Dass die Bankenkommision mit der Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten das ihr in diesem Bereich zustehende technische Ermessen (vgl. Urteil 2A.575/2004 vom 13. April 2005 E. 4.2) rechtswidrig gehandhabt hätte, ist weder vom Beschwerdeführer dargelegt worden, noch ergeben sich aus den Akten entsprechende Anhaltspunkte. Soweit der Beschwerdeführer schliesslich behauptet, er habe nie den Ausdruck «Sparen» verwendet, ist dies aktenwidrig, bezeichnet er doch auf der Internetseite www.F.biz den in das Aufforstungsprojekt investierten Teil der Einzahlungen als «aktives Sparbuch».

4. (...)

4.2 Die Bankenkommision hat die vom Beschwerdeführer von mehreren tausend Kunden entgegengenommenen Gelder als Publikumseinlagen betrachtet. Da von den Kunden weder eine Ware noch eine

Dienstleistung erworben werde, ihnen aber ein Rückerstattungsanspruch zustehe, liege keine Ausnahme im Sinne von Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV vor; auch weitere Ausnahmefälle (Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV) seien nicht ersichtlich. Weiter habe der Beschwerdeführer durch die Verwendung des Ausdrucks «Sparen» in seinem Werbeauftritt im Internet gegen Art. 15 Abs. 1 BankG verstossen.

Mit dieser rechtlichen Würdigung setzt sich der Beschwerdeführer nicht substantiiert auseinander. Es kann insoweit auf die zutreffenden Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (E. III.1) verwiesen werden, denen nichts beizufügen ist.

5. (...)

5.3 Die Bankenkommision hat mit der Eröffnung des Konkurses über den Beschwerdeführer sowie den damit verbundenen weiteren Anordnungen und der Ermächtigung des Sekretariats, einen Liquidator einzusetzen, kein Bundesrecht verletzt. Der Beschwerdeführer bestreitet denn auch nicht, dass in seinem Fall die Voraussetzungen der Konkursöffnung erfüllt sind. Es kann daher auch hier auf die zutreffenden Ausführungen der Bankenkommision in der angefochtenen Verfügung (E. III.2) verwiesen werden.

5.4 Soweit der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde beantragt, die Geschäftstätigkeit «F.» von seiner anderen Geschäftstätigkeit Marktforschung zu trennen, ist ihm entgegenzuhalten, dass dies aufgrund der von ihm für beide Geschäftstätigkeiten gewählten Geschäftsform der Einzelfirma wegen der mit der Konkursöffnung verbundenen Generalliquidation ausser Betracht fällt (vgl. Lukas Handschin/Daniel Hunkeler, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung

und Konkurs, Hrsg. Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basel 1998, N 1 und 7 zu Art. 197 SchKG; vgl. auch Vernehmlassung der Bankenkommission Ziff. II.9).

(...)

Erkenntnis des Bundesgerichts: Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Entscheid des Bundesgerichts vom 19. März 2007 (2A.721/2006)¹

Beschwerdelegitimation (Art. 103 OG); unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG); Konkursöffnung (Art. 33 ff. BankG); Publikation eines Werbeverbots (Art. 23^{ter} Abs. 3 BankG)

- 1 Der einzige Verwaltungsrat einer Gesellschaft ist nicht legitimiert, in eigenem Namen die gegen die Gesellschaft verfügte Konkursöffnung anzufechten (E. 2.1).
- 2 Ist von einer Missachtung bankenrechtlicher Bestimmungen durch eine Gesellschaft auszugehen, kann die EBK deren Organen die Werbung für Publikumseinlagen verbieten (E. 2.2).

Qualité pour recourir (art. 103 OJ); acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB); ouverture de la faillite (art. 33 ss LB); publication d'une interdiction de faire de la publicité (art. 23^{ter} al. 3 LB)

- 1 L'administrateur unique d'une société ne peut recourir en son nom contre une décision de faillite qui concerne ladite société (consid. 2.1).
- 2 En cas de violation présumée des dispositions du droit bancaire, la CFB peut prononcer à l'encontre de ses organes une interdiction de faire de la publicité (consid. 2.2).

¹ Die Regeste wurde von der Redaktion des EBK-Bulletins verfasst. Le regeste a été établi par la rédaction du Bulletin CFB. Il regesto è stato elaborato dalla redazione del Bollettino CFB.

Diritto di ricorrere (art. 103 OG); accettazione illecita di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR); apertura di fallimento (art. 33 ss LBCR); pubblicazione del divieto di fare pubblicità (art. 23^{ter} cpv. 3 LBCR)

- 1 L'amministratore unico di una società non è legittimato a ricorrere a titolo personale contro la decisione concernente il fallimento della stessa (consid. 2.1).
- 2 Nel caso in cui si possa presumere una violazione delle disposizioni del diritto bancario, la CFB può pronunciare un divieto di fare pubblicità nei confronti dei suoi organi (consid. 2.2).

Sachverhalt (Auszug)

A. ist einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der B. AG sowie der C. AG, zwei Gesellschaften mit Sitz in Zug. Mit Verfügung vom 25. Oktober 2006 stellte die Eidgenössische Bankenkommision fest, dass die B. AG, die C. AG sowie eine weitere ebenfalls in Zug domizilierte Gesellschaft, die D. AG, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennahmen und sich öffentlich dafür empfahlen, womit sie gegen das Bankengesetz verstieszen (Ziff. 1 des Verfügungsdispositivs). Sie stellte weiter fest, dass die drei Gesellschaften überschuldet und illiquid seien und schon darum kein Sanierungsverfahren eingeleitet werden könne, weil die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung für die beanstandete Geschäftstätigkeit ausser Betracht falle. Sie eröffnete daher über die drei Gesellschaften den Konkurs (Ziff. 2, Modalitäten der Konkursöffnung und des Konkursvollzugs Ziff. 3–11 des Verfügungsdispositivs). Weiter untersagte die Eidgenössische Bankenkommision A. generell, unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte Publi-

kumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen oder eine andere den Banken vorbehaltene Tätigkeit in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben, elektronischen oder anderen Medien Werbung zu betreiben (Ziff. 12), unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte gewerbsmässig Effektenhandel zu betreiben (Ziff. 13) sowie unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte gewerbsmässig Anteile eines Anlagefonds anzubieten (Ziff. 14). Für den Fall, dass A. den Verboten in Ziff. 12–14 zuwiderhandeln sollte, wurde er auf die einschlägigen Strafnormen hingewiesen (Ziff. 15). Schliesslich wurde das Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission ermächtigt, die Ziff. 12–15 des Verfügungsdispositivs nach Eintritt der Rechtskraft auf Kosten von A. im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in anderen geeigneten Zeitschriften sowie in elektronischen Medien zu veröffentlichen, soweit dieser den Verboten der Ziff. 12–14 des Dispositivs bis dahin oder später zuwiderhandeln sollte (Ziff. 16).

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. November 2006 hat A. mit Bezug auf die Konkurseröffnung über die drei Gesellschaften um aufschiebende Wirkung ersucht und zudem dem Bundesgericht beantragt, die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 25. Oktober 2006 sei vollumfänglich aufzuheben, eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid an die Eidgenössische Bankenkommission zurückzuweisen. (...)

Mit Verfügung vom 22. Januar 2007 hat das Bundesgericht das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung

2

2.1 Wie bereits in der Verfügung vom (...) festgehalten, wäre der Beschwerdeführer als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der B. AG und der C. AG berechtigt, gegen den diese Gesellschaften betreffenden Konkursöffnungsentscheid in deren Namen Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu erheben. Nicht legitimiert ist er hingegen, die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommision, soweit sie die Gesellschaften betrifft (Dispositiv Ziff. 1–11), in eigenem Namen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten (BGE 131 II 306 E. 1.1, 1.2.1 und 1.2.2 S. 310 ff.). Was der Beschwerdeführer in seinen Schlussbemerkungen vom 26. Februar 2007 diesbezüglich – etwa unter dem Titel Eigentumsgarantie – vorbringt, gibt keinen Anlass, auf die gefestigte Rechtsprechung zurückzukommen. Die von ihm erwähnten Schwierigkeiten, in Angelegenheiten wie der vorliegenden wirksam Beschwerde zu führen, sind bedingt durch den Streitgegenstand und haben nichts damit zu tun, wer beschwerdeberechtigt ist. Zur Frage von finanziellen Hürden, die eine wirksame Prozessführung erschwerten, kann im Übrigen auf BGE 131 II 306 E. 5.2 S. 326 f. verwiesen werden. Unerheblich für die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers ist, dass die die Gesellschaften betreffenden Anordnungen Reflexwirkungen auf ihn haben können, da er befugt gewesen wäre, in deren Namen Beschwerde zu erheben (vgl. BGE 131 II 306 E. 1.2.2 S. 311). Dass der Beschwerdeführer in den Schlussbemerkungen, nach Ablauf der Beschwerdefrist, nunmehr erstmals auch zwei der drei betroffenen Gesellschaften als Beschwerdeführerinnen nennt, ist unbehelflich.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nicht einzutreten, soweit sie sich gegen die Ziff. 1–11 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung richtet.

2.2 Der Beschwerdeführer ist unmittelbarer Adressat der Ziff. 12–18 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Er ist dadurch persönlich berührt, sodass er – allenfalls – diesbezüglich in eigenem Namen Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen kann.

Bei den fraglichen Anordnungen handelt es sich, wie bereits erwähnt, durchwegs um Reflexwirkungen der unangefochten gebliebenen Massnahmen, die gegenüber den in Konkurs versetzten Gesellschaften selber angeordnet worden sind. Dies gilt insbesondere für die Feststellung, dass die zwei Gesellschaften, deren verantwortliches Organ der Beschwerdeführer ist, gegen das Bankengesetz verstossen haben. Da der Beschwerdeführer es unterlassen hat, im Namen der Gesellschaften Beschwerde zu erheben, hat er keinen Anspruch darauf, dass das Bundesgericht diese Feststellung im Hinblick auf die Anfechtung der ihn unmittelbar betreffenden Anordnungen doch noch überprüft. Wie es sich verhielte, wenn die Feststellung schon bei summarischer Prüfung ohne weiteres als rechtswidrig erschiene, kann dahingestellt bleiben; die diesbezüglichen Erwägungen der angefochtenen Verfügung sind, auch im Lichte der Vorbringen des Beschwerdeführers, plausibel. Ist also von einer Missachtung bankenrechtlicher Bestimmungen durch die Gesellschaften auszugehen, lassen sich die dem Beschwerdeführer in Ziff. 12–14 des Verfügungsdispositivs auferlegten Verpflichtungen bzw. Verbote im Lichte von Art. 23^{ter} BankG rechtfertigen, ebenso die Strafandrohung gemäss Ziff. 15 des Verfügungsdispositivs sowie der Hinweis auf die Möglichkeit der Publikation (Ziff. 16 des Verfügungsdispositivs).

(...)

Erkenntnis des Bundesgerichts: Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist.

**Entscheid des Bundesgerichts vom 6. März 2007
i.S. Prime Forestry Switzerland AG und Prime Forestry Group AG
(2A.332/2006)¹**

**Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG);
Einlagecharakter von Verbindlichkeiten (Art. 3a Abs. 3 BankV); An-
wendbarkeit des Bankengesetzes auf Gruppengesellschaften; Einsetzung
eines Untersuchungsbeauftragten (Art. 23^{quater} BankG); Konkursöffnung
(Art. 33 ff. BankG); Liquidation (Art. 23^{quinquies} BankG); Vertrauensschutz**

- 1 Konkursliquidatoren bzw. Liquidatoren sind nicht allein deswegen befangen, weil sie bereits als Untersuchungsbeauftragte tätig waren und in diesem Zusammenhang Kontakte zur Bankenkommision unterhielten. Ebenso wenig hindert die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen sie daran, den Konkurs bzw. die Liquidation der betroffenen Gesellschaften sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen (E. 3).

- 2 Ein Schreiben der Bankenkommision, das sich auf die von den Adressaten gemachten Angaben und vorgelegten Unterlagen bezieht, vermag keine Vertrauensgrundlage für das Fehlen einer Bewilligungspflicht zu schaffen, soweit die Angaben und Unterlagen nicht (mehr) zutreffen oder neue Erkenntnisse vorliegen (E. 5.1.1 und 5.2.4).

¹ Die Regeste wurde von der Redaktion des EBK-Bulletins verfasst. Le regeste a été établi par la rédaction du Bulletin CFB. Il regesto è stato elaborato dalla redazione del Bollettino CFB.

- 3 Ansprüche auf eine anteilmässige Beteiligung an einem Verkaufserlös stellen Verbindlichkeiten dar. Dafür entgegengenommenen Geldern kommt Einlagecharakter zu und sie fallen nicht unter die Ausnahmeregelung von Art. 3a Abs. 3 Bst. a BankV, da sie keine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung von Eigentum darstellen (E. 5.2.1 ff.).
- 4 Mehrere Gesellschaften einer gleichen Gruppe sind in Bezug auf die Entgegennahme von Publikumseinlagen als Einheit zu beurteilen, soweit bei ihnen eine derart enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, dass sie eine wirtschaftliche Einheit bilden. Dies gilt auch für Gesellschaften, die selber nicht aktiv geworden sind (E. 5.2.4).

Acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB); caractère de dépôts des passifs (art. 3a al. 3 OB); application de la loi sur les banques aux sociétés de groupe; mise en œuvre d'un chargé d'enquête (art. 23^{quater} LB); ouverture de la faillite (art. 33 ss LB); liquidation (art. 23^{quinquies} LB); protection de la bonne foi

- 1 Les liquidateurs (de faillite) ne peuvent pas être considérés comme partiels, uniquement parce qu'ils ont déjà été actifs en qualité de chargés d'enquête et qu'ils ont eu, dans ce cadre-là, des contacts avec la CFB. Le fait qu'ils soient l'objet de prétentions en responsabilité ne les empêche pas non plus de poursuivre la liquidation (par voie de faillite) de façon adéquate et conforme au droit (consid. 3).

- 2 Un courrier de la CFB, basé sur les informations et les documents fournis par son destinataire ne peut constituer une base de confiance quant à l'absence d'obligation d'obtenir une autorisation dans la mesure où les informations et documents en cause ne sont pas ou plus corrects ou qu'il en existe de nouveaux (consid. 5.1.1 et 5.2.4).
- 3 Des prétentions à une participation proportionnelle au résultat d'une vente constituent des passifs. Les fonds perçus à cette fin ont le caractère de dépôts et ne sont pas visés par l'exception de l'art. 3a al. 3 let. a OB, parce qu'ils ne constituent pas la contrepartie d'un contrat de transfert de propriété (consid. 5.2.1 ss).
- 4 Plusieurs sociétés d'un même groupe doivent être considérées comme une seule entité, du point de vue de l'acceptation de dépôts du public, dans la mesure où lesdites sociétés sont si enchevêtrées économiquement qu'elles constituent une seule entité économique. Cela vaut également pour les sociétés qui ne sont pas devenues elles-mêmes actives (consid. 5.2.4).

Accettazione illecita di depositi dal pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR); carattere di deposito dei passivi (art. 3a cpv. 3 OBCR); applicazione della legge sulle banche alle società appartenenti ad un gruppo; nomina di un incaricato dell'inchiesta (art. 23^{quater} LBCR); apertura del fallimento (art. 33 ss LBCR); liquidazione (art. 23^{quinquies} LBCR); protezione della buona fede

- 1 I liquidatori (del fallimento) non possono essere considerati di parte per il solo fatto di già essersi occupati del procedimento nella veste di incaricati dell'inchiesta e per aver avuto, in tale

contesto, dei contatti con la CFB. Nemmeno il fatto che nei loro confronti siano state promosse delle azioni di responsabilità impedisce loro di condurre la liquidazione (in via di fallimento) in modo adeguato e conforme al diritto (consid. 3).

- 2 Uno scritto della CFB fondato sulle informazioni e sui documenti messi a disposizione dal destinatario dello stesso, non può originare fiducia in merito all'assenza dell'obbligo di avere un'autorizzazione, nella misura in cui tali informazioni e documenti non siano (più) corretti o ne esistano di nuovi (consid. 5.1.1 e 5.2.4).
- 3 Le pretese di partecipazione proporzionale all'esito di una vendita costituiscono dei passivi. I fondi percepiti a tale scopo hanno il carattere di deposito e non rientrano sotto l'eccezione di cui all'art. 3a cpv. 3 lett. a OBCR, ritenuto che gli stessi non costituiscono la controprestazione in virtù di un contratto relativo al trasferimento di proprietà (consid. 5.2.1 ss).
- 4 Più società di uno stesso gruppo devono essere considerate come un'unica entità dal punto di vista dell'accettazione di depositi del pubblico, nella misura in cui tali società sono talmente connesse economicamente, da costituire una sola entità economica. Ciò vale anche per quelle società che non hanno svolto direttamente delle attività (consid. 5.2.4).

Sachverhalt

A.

A.a Die Prime Forestry Switzerland AG (PFS) wurde am 24. Januar 2003 ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt unter anderem den Kauf sowie den nachhaltigen Aufbau und Betrieb von land- und forstwirtschaftlichen Plantagen, die Entwicklung und den Vertrieb von entsprechenden Finanzanlagen und Beteiligungsprodukten sowie den Handel mit und die Veredelung von land- und forstwirtschaftlichen Produkten, insbesondere im Zusammenhang mit tropischen Edelhölzern. Aktionäre der Prime Forestry Switzerland AG sind zu je fünfzig Prozent X. und W. Diese beherrschen im gleichen Verhältnis auch die am 6. Januar 2006 ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Prime Forestry Group AG (PFG), unter deren Dach die verschiedenen Beteiligungen der «Prime Forestry»-Unternehmensgruppe vereinigt werden sollten. Nach Angaben ihrer Organe ist die Prime Forestry Group AG als solche bisher nicht aktiv geworden.

A.b Die Prime Forestry Switzerland AG vertrieb über rund 50 Telefonverkäufer in Zürich und deren 15 in Toronto das Produkt «TreeDirect». Bei diesem erwirbt der einzelne Kunde gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen über einen «Kauf- und Dienstleistungsvertrag» den «Teak»-Baumbestand einer «definierten, zertifizierten Plantagenfläche» in Panama zu Eigentum (Ziff. 2.1), wobei der Baumbestand durch die Prime Forestry Switzerland AG (über ihre Tochtergesellschaften Prime Forestry Panama S.A. und Prime Forestry Supply & Trade S.A.) bewirtschaftet, ausgeforstet (im 7., 10. und 14. Jahr) und sukzessive bis zur Schlussernte im 20. Jahr verkauft wird. Die Prime Forestry Switzerland AG warb für dieses Produkt mit Jahresrenditen von bis zu 14 Prozent. Nach Zeitungsberichten sollen insgesamt meh-

rere Tausend Kunden als «Baumpartner» rund 60 Millionen Franken investiert haben.

B.

B.a Anfang 2004 prüfte die Eidgenössische Bankenkommission (EBK), ob die Aktivitäten der Prime Forestry Switzerland AG finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtig sein könnten. Sie verneinte dies am 12. Mai 2004: Aufgrund der erteilten Auskünfte und der eingereichten Unterlagen gehe die Gesellschaft weder einer Tätigkeit als Effektenhändlerin nach, noch nehme sie in bewilligungspflichtiger Weise Publikums-gelder entgegen; für den Fall, dass neue Tatsachen eintreten oder sich die rechtlichen Grundlagen ändern sollten, behielt sich die Bankenkommission vor, das Verfahren wieder aufzunehmen.

B.b Am 2. März 2006 untersagte das Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission der Prime Forestry Group AG und der Prime Forestry Switzerland AG jegliche weitere Entgegennahme von Publikums-einlagen in der Schweiz oder von der Schweiz aus und setzte zur genaueren Abklärung der Geschäftstätigkeit die Rechtsanwälte A. und B. als Untersuchungsbeauftragte ein. Gleichzeitig blockierte sie sämtliche Vermögenswerte der Prime Forestry Group AG und der Prime Forestry Switzerland AG im In- und Ausland und untersagte deren Organen, ohne Zustimmung der Untersuchungsbeauftragten weitere Rechts-handlungen zu tätigen.

B.c Gestützt auf die entsprechenden Abklärungen stellte der Präsident der Eidgenössischen Bankenkommission am 4. Mai 2006 fest, dass die Prime Forestry Group AG und die Prime Forestry Switzerland AG gegen das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikums-einlagen verstossen hätten. Er eröffnete am Freitag, 5. Mai 2006

(08.00 Uhr), über die Prime Forestry Switzerland AG den bankenrechtlichen Konkurs und ordnete gegenüber der Prime Forestry Group AG deren aufsichtsrechtliche Liquidation an. Als Liquidatoren setzte er die Untersuchungsbeauftragten ein; zudem regelte er verschiedene weitere konkurs- und aufsichtsrechtliche Fragen (Konkursort, Publikation, Handelsregistereintrag usw.). Die superprovisorische Verfügung vom 2. März 2006 hob er als mit Rechtskraft der Konkurs- bzw. der Liquidationsverfügung «gegenstandslos» auf.

C.

Am 3. Juni 2006 haben die Prime Forestry Switzerland AG, die Prime Forestry Group AG sowie W. und X. beim Bundesgericht hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragen, die Verfügung des Präsidenten der Bankenkommission aufzuheben und festzustellen, dass die Prime Forestry Switzerland AG und die Prime Forestry Group AG keine Geschäfte getätigt haben, welche unter die Aufsicht der Bankenkommission fielen, weshalb deren Handeln jeglicher Grundlage entbehre. Auf jeden Fall seien die bezeichneten Konkursverwalter abzusetzen und durch unabhängige, «nicht mit einer Haftpflicht konfrontierte Konkursverwalter zu ersetzen». Sämtliche Kosten des Verfahrens, insbesondere jene der «eingesetzten Untersuchungsbeauftragten bzw. Konkursverwalter», seien «volumfänglich und vorbehaltlos» vom Staat bzw. von der Bankenkommission zu tragen; die bereits bezogenen Gelder seien «vorbehaltlos samt Zins» zurückzuerstatten. Die Eidgenössische Bankenkommission beantragt, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Die Parteien haben im zweiten Schriftenwechsel an ihren Anträgen und Ausführungen festgehalten. Die Prime Forestry Switzerland AG, die Prime Forestry Group AG sowie W. und X. konnten sich am 30. November 2006 zum Verfahren abschliessend äussern.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

(...)

3.

Zu Unrecht machen die Beschwerdeführer geltend, die Bankenkommission habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (vgl. zu dessen Inhalt: BGE 129 II 497 E. 2.2; 126 I 15 E. 2a/aa): Der Präsident der EBK hat sich – soweit wesentlich – in seiner Entscheid vom 4. Mai 2006 mit den verschiedenen Einwendungen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt, sie jedoch ausdrücklich oder implizit verworfen. Dabei musste er nicht auf jede Ausführung im Einzelnen eingehen, sondern durfte sich praxisgemäss auf die für den Entscheid wesentlichen Überlegungen beschränken (BGE 126 I 97 E. 2b S. 102 f. mit Hinweis), zumal die Beschwerdeführer in ihrer Eingabe vom 1. Mai 2006 den Sachverhalt und die Zuständigkeit der Bankenkommission nur pauschal bestritten und sich damit begnügt hatten, das Vorgehen der EBK und der Untersuchungsbeauftragten als willkürlich und haltlos bzw. die unterstellungspflichtige Tätigkeit als nicht hinreichend erwiesen zu bezeichnen. Dass sich die Untersuchungsbeauftragten auf die Ermittlung des Sachverhalts beschränkten, ohne diesen rechtlich zu würdigen, entsprach ihrem Auftrag; dies ist grundsätzlich der Inhalt jeglichen Sachverständigengutachtens (vgl. Art. 12 VwVG); dessen rechtliche Würdigung ist der Behörde bzw. dem Gericht überlassen (Urteil 2A.360/2006 vom 12. September 2006, E. 3.2; vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.3 S. 359). Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführer können die Liquidatoren – soweit das Verwaltungsverfahrensgesetz auf sie überhaupt Anwendung findet (vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.2) – auch nicht als befangen gelten, nur weil sie bereits als Untersuchungsbeauftragte tätig geworden sind und in diesem Zusammenhang Kontakte

zur Bankenkommission bzw. zu deren Sekretariat unterhielten (unpublizierte E. 3.4 von BGE 132 II 382 ff.). Soweit die Beschwerdeführer Schadenersatzansprüche gegen die Untersuchungsbeauftragten geltend machen wollen, ist nicht ersichtlich, inwiefern diese dadurch daran gehindert würden, unter der Aufsicht der Bankenkommission die Liquidation der betroffenen Gesellschaften sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen (BGE 131 II 306 E. 3.4.1 und E. 4.3.3). Die Beschwerdeführer erhielten schliesslich im bundesgerichtlichen Verfahren Einsicht in alle relevanten Unterlagen und konnten sich zu sämtlichen Punkten umfassend äussern, so dass ihr rechtliches Gehör auch insofern nicht verletzt ist (unpublizierte E. 3.2 von BGE 132 II 382 ff.); sie haben dies denn auch in ihrer Replik zugestanden.

(...)

5.

Vor diesem Hintergrund ist der angefochtene Entscheid – entgegen der Kritik der Beschwerdeführer – nicht zu beanstanden:

5.1

5.1.1 Ab Anfang 2006 lagen verschiedene Hinweise dafür vor, dass die Prime-Forestry-Gruppe entgegen ihren Erklärungen vom 22. Januar bzw. 16. April 2004 und den eingereichten Unterlagen einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit im Finanzbereich nachgehen könnte. Neben Anfragen in Bezug auf die Aktivitäten der Gruppe aus dem Publikum und gewissen negativen Schlagzeilen in der Presse bzw. Publikumswarnungen von anderen Finanzmarktaufsichtsbehörden bezüglich der angebotenen Produkte gingen der Bankenkommission Informationen zu einem «Teak-Profit Programm» zu, worin jährliche Verzinsungen des «nicht in Teak-Baumbestände investierten Kapitals»

zu 4,25% rückwirkend «per Datum Zahlungseingang der Einmaleinlage» versprochen wurde. Gestützt hierauf erschien zweifelhaft, ob die Prime-Forestry-Gruppe, wie sie geltend gemacht hatte, tatsächlich ausschliesslich im Sinne eines «Ware-gegen-Geld-Geschäfts» individualisierte Baumbestände verkaufte und diese im Rahmen eines Bewirtschaftungsmandats zu Gunsten der jeweiligen «Baumpartner» betreute; dies gilt um so mehr, als die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das «TreeDirect»-Programm im Ergebnis eine proportionale Aufteilung eines allfälligen Schadens und der erwirtschafteten Erlöse zwischen mehreren hundert Baumbeständen vorsahen. Die Erklärung des Sekretariats der Bankenkommission vom 12. Mai 2004 stand ausdrücklich unter dem Vorbehalt allfälliger neuer Erkenntnisse; zudem wurde den Adressaten darin verboten, Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes entgegenzunehmen oder für deren Entgegennahme – insbesondere unter Hinweis auf das Schreiben vom 12. Mai 2004 – zu werben; dennoch erfuhr die EBK Mitte Januar 2006, dass Kopien dieses Briefes im Geschäftsverkehr mit Kunden verwendet worden waren. Es rechtfertigte sich deshalb, den Sachverhalt durch die Einsetzung von Untersuchungsbeauftragten an Ort und Stelle definitiv klären zu lassen und sich nicht allein auf die diesbezüglichen Äusserungen der Betroffenen zu verlassen.

5.1.2 Was die Beschwerdeführer hiergegen einwenden, überzeugt nicht: Die angeordnete Massnahme war nicht unverhältnismässig, nachdem objektive Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die Angaben der Beschwerdeführer unzutreffend sein könnten. Sie stützte sich auf Art. 23^{quater} Abs. 1 BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) und damit auf eine klare gesetzliche Grundlage; zudem lag sie zum Schutz der Anleger und des hiesigen Finanzplatzes im öffentlichen Interesse. Die Intervention war darauf ausgerichtet, wenn immer möglich die Ge-

schäftsaktivität, soweit sie nicht bewilligungspflichtig sein sollte, aufrechtzuerhalten; gleichzeitig hatte sie aber auch den berechtigten Interessen allfälliger Anleger Rechnung zu tragen. Es ist nicht ersichtlich und wird nicht dargetan, inwiefern das Sekretariat der Bankenkommision oder die Untersuchungsbeauftragten in diesem Rahmen ihr Ermessen überschritten hätten. Der relativ grosse Aufwand der Abklärungen war Folge des internationalen Charakters der Aktivitäten der Beschwerdeführer und der verschachtelten Struktur der Gruppe. Diese hat die mit der Untersuchung verbundenen Kosten deshalb zu tragen (vgl. Art. 23^{quater} Abs. 4 in der Fassung vom 3. Oktober 2003; BGE 132 II 382 E. 5 S. 389 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführer kritisieren zwar deren Höhe, legen aber nicht dar, dass und inwiefern die von den Untersuchungsbeauftragten erstellten Abrechnungen unzutreffend oder nicht marktüblich sein sollten, weshalb auf ihre Einwendungen nicht weiter einzugehen ist (BGE 132 II 382 E. 1.2.3). (...)

5.2

5.2.1 Natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es untersagt, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen (Art. 1 Abs. 2 BankG). Das entsprechende bankenmässige Passivgeschäft besteht darin, dass ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistungen wird. Dabei gelten alle Verbindlichkeiten als Einlagen, soweit keine Ausnahmen im Sinne von Art. 3a der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) bestehen. Die Beschwerdeführer bestreiten, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen zu haben; in ihrem «TreeDirect»-Modell seien individualisierte Baumbestände an die Baumpartner verkauft worden, die an den einzelnen Bäumen Eigentum erworben hätten; die Bäume stünden in Plantagenwä-

dern der Prime Forestry und würden im Rahmen einer zusätzlichen Dienstleistungsvereinbarung von Prime Forestry für die Eigentümer bewirtschaftet und sukzessive verwertet. Diese Ausführungen überzeugen nicht: Zwar gelten nicht als Einlagen im Sinne des Bankengesetzes «Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden» (Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV), womit ein Konzept wie dasjenige der Beschwerdeführer bewilligungsfrei betrieben werden kann, falls dem einzelnen Baumpartner tatsächlich das Eigentum an konkreten Bäumen übertragen wird und diese als Gegenleistung zum geleisteten Preis im Rahmen eines Bewirtschaftungsmandats für ihn gepflegt und verwertet werden. Das war bei den Aktivitäten der Beschwerdeführer indessen, wie sich aus den Akten ergibt, nicht der Fall:

5.2.2 Der Baumpartner erhält nach Eingang seiner Zahlung ein Zertifikat, das ihm den «Erwerb von Teakholz-Baumbeständen» bescheinigt und ihn als «Baumbesitzer» ausweist. Angegeben werden dabei die Nummer einer Serie, die Nummer einer Projekt-ID sowie der Name einer Plantage, wobei die Serie die Baumfläche bezeichnet, die jeweils einer Projekt-ID zugeordnet wird. Nach den Abklärungen der Untersuchungsbeauftragten genügen diese Angaben nicht, um den Eigentumsnachweis der Baumpartner in Panama erbringen zu können; auf die Problematik der Eigentumsverhältnisse hatte bereits die Revisorin bei der Prüfung der Jahresrechnung 2004 in ihrem Management-Letter vom 24. Februar 2005 hingewiesen, weshalb entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführer keine Veranlassung besteht, die Sachverhaltsfeststellungen in diesem Punkt in Frage zu stellen. Gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erwarb der Kunde nicht das Eigentum an bestimmten Bäumen eines Plots (gekennzeichnet durch

eine Seriennummer) und den Erlös aus deren Verkauf abzüglich der vereinnahmten Gebühren, sondern einen Anspruch auf einen proportionalen Anteil des Erlöses einer gesamten «Projekt-ID» mit «Plots» von mehreren hundert Kunden, wobei der Netto-Ertrag jeweils durch deren Anzahl geteilt werden sollte (vgl. Ziff. 11.1 AGB).

5.2.3 Die durch die Prime Forestry Switzerland AG verkauften Baumbestände wurden durch die Prime Forestry Panama AG zwar mit den jeweiligen geographischen Daten in der Parzellenübersicht der Datenbank «ArcView» erfasst und aufgrund des Buchhaltungssystems «Navision» der Prime Forestry Switzerland AG nachgeführt. Die durch die Akten erhärteten Abklärungen der Untersuchungsbeauftragten haben jedoch ergeben, dass die beiden Datenbanken bei verschiedenen «Projekt-IDs» hinsichtlich der «verkauften» Baumbestände nicht übereinstimmen. Mit der EBK ist damit davon auszugehen, dass in einer Vielzahl von Fällen keine Individualisierung der Baumbestände erfolgt ist; die entsprechenden Daten sind heute offenbar auch nicht mehr ohne Weiteres verfügb- bzw. rekonstruierbar (vgl. Zirkular Nr. 2 vom 4. August 2006 der Konkursliquidatoren an die Gläubiger der Prime Forestry Switzerland AG in Liquidation, Ziff. 6). Damit kommt Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV vorliegend nicht zur Anwendung; auch nicht insofern, als ein Bewirtschaftungsmandat vorliegen soll: Die entsprechenden Leistungen werden nicht über den «Kaufpreis» abgegolten, sondern in der Höhe von 10% (Bewirtschaftungs- und Verarbeitungsgebühr) bzw. 5% (Managementgebühren) direkt «vom Brutto-Verkaufserlös in Abzug gebracht» (Ziff. 17.1 bzw. 18.1 AGB; BGE 132 II 382 E. 6.3.4 S. 394). Die von den «Baumpartnern» einbezahlten Gelder haben deshalb als gewerbmässig entgegengenommene Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes zu gelten.

5.2.4 Unter diesen Umständen war die Bankenkommision berechtigt und gehalten, den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen (Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG): Nachdem die Prime Forestry Switzerland AG unbestrittenermassen überschuldet war (vgl. die Stellungnahme der Revisorin vom 19. April 2006: «Handlungsbedarf gemäss Art. 725 OR») und die illegale Geschäftstätigkeit mangels hinreichender Kooperation der Aktionäre bzw. Organe der Gesellschaften im Rahmen der Vorgaben der EBK (etwa Zuführung neuer Mittel unter Nachweis von deren geldwäschereirechtlicher Unbedenklichkeit) nicht in eine legale Aktivität überführt werden konnte, kam für sie im Interesse aller Gläubiger nur die Liquidation in Anwendung der Bestimmungen über das Bankensanierungs- und -konkursrecht in Frage (BGE 132 II 382 E. 7). Hinter der Prime Forestry Group AG stehen die gleichen Personen wie hinter der Prime Forestry Switzerland AG; auch wenn die Prime Forestry Group AG selber (noch) nicht aktiv geworden sein sollte, trat die Prime-Forestry-Gruppe im Rahmen ihrer Werbung und Akquisition dennoch bereits als Einheit auf, weshalb auch sie in das bankenrechtliche Aufsichtsverfahren einzubeziehen war. Da sie nicht als überschuldet gelten kann, musste ihre aufsichtsrechtliche Liquidation in analoger Anwendung von Art. 23^{quinquies} BankG angeordnet werden (BGE 131 II 306 E. 4.1.3); der Entscheid der EBK ist auch insofern nicht zu beanstanden. Soweit die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang erneut geltend machen, sie hätten sich auf das Schreiben des Sekretariats der Bankenkommision vom 12. Mai 2004 verlassen dürfen, verkennen sie, dass deren Erklärung nicht vorbehaltlos war und die Abklärungen ergeben haben, dass entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer und deren Einschätzung bzw. derjenigen ihrer juristischen Berater in Wirklichkeit keine «Sachwertgeschäfte» vorlagen. Der Hinweis auf die Schreiben der Kontrollstelle GwG vom 1. September 2004 bezüglich der geldwäschereirechtlichen Bewilligungspflicht bzw.

der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 22. Januar bzw. 20. Dezember 2004 hinsichtlich der mehrwertsteuerrechtlichen Beurteilung ihrer Aktivitäten ändert hieran nichts; die entsprechenden Erklärungen erfolgten nicht im Hinblick auf eine bankenrechtliche Würdigung der Geschäfte und beruhten – soweit ersichtlich – wiederum ausschliesslich auf den eigenen Angaben der Beschwerdeführer.

(...)

Erkenntnis des Bundesgerichts: Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist.

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 1. Juni 2006 i. S. Dromex AG

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG); Werbeverbot gegenüber dem Alleinaktionär sowie dem einzigen Verwaltungsrat einer Gesellschaft; vorläufiger Verzicht auf Einsetzung eines Konkursliquidators nach Bankenkonkurseröffnung (Art. 33 Abs. 2 BankG)

- 1 Besteht die Gefahr, dass Organe einer Gesellschaft die über eine Gesellschaft illegal ausgeübten bewilligungspflichtigen Tätigkeiten in anderer Form weiterführen werden, kann die EBK diesen Organen die Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten in genereller Form verbieten (Ziff. 23).
- 2 Die Verfahrenskosten sowie die Kosten des Untersuchungsbeauftragten sind unter den oben genannten Umständen von der Gesellschaft und den Organen solidarisch zu tragen (Ziff. 23 und 28).
- 3 Ist im Zeitpunkt der Konkurseröffnung mit einer Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven zu rechnen, kann die EBK vorläufig von der Einsetzung eines Konkursliquidators absehen und auf das Ergebnis des Schuldenrufs warten (Ziff. 20).

Acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB); interdiction pour l'actionnaire et administrateur unique d'une société de faire de la publicité; renoncement temporaire à la mise en œuvre d'un liquidateur de faillite ensuite de l'ouverture de la faillite bancaire (art. 33 al. 2 LB)

- 1 S'il existe un risque que des organes d'une société qui exerce de façon illicite des activités soumises à surveillance les poursuivent sous une autre forme, la CFB peut interdire de manière générale aux dits organes d'exercer de telles activités (ch. 23).
- 2 Les coûts de la procédure et du chargé d'enquête doivent dans les circonstances susmentionnées être supportés solidairement par la société et ses organes (ch. 23 et 28).
- 3 Lorsqu'au moment de l'ouverture de la faillite une suspension de la faillite faute d'actif est à prévoir, la CFB peut temporairement renoncer à la nomination d'un liquidateur de faillite et attendre le résultat de l'appel aux créanciers (ch. 20).

Accettazione illecita di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR); divieto, per l'azionista e amministratore unico di una società, di fare pubblicità; rinuncia temporanea alla nomina di un liquidatore in seguito all'apertura del fallimento bancario (art. 33 cpv. 2 LBCR)

- 1 La CFB può vietare in forma generalizzata agli organi di una società di svolgere un'attività soggetta ad autorizzazione, se v'è pericolo che tali organi continuino l'attività in questione, sotto altra forma o attraverso l'impiego di un'altra società (cifra 23).

- 2 Le spese procedurali, così come i costi dell'incaricato delle inchieste, sono in questi casi, sopportati dalla società e dagli organi in solido (cifre 23 e 28).
- 3 Se all'apertura del fallimento si prevede la possibilità di una sospensione per mancanza di attivi, la CFB può rinunciare temporaneamente alla nomina di un liquidatore del fallimento (cifra 20).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Geschäftstätigkeit der Dromex AG

Während der ersten 2 Jahre nach der Gründung blieb die Dromex AG (Dromex) weitgehend inaktiv. Im Jahre 2004 übernahm X sämtliche Aktien der Gesellschaft und schlug Verwaltungsrat Y als neues Geschäftsmodell die Entgegennahme von Kundengeldern zwecks Abwicklung von Börsengeschäften vor. Der Ertrag der Gesellschaft sollte von den zu erwartenden Courtagen sowie sonstigen von den Anlegern zu entrichtenden Gebühren erwirtschaftet werden. Alleinaktionär X vereinbarte mit Verwaltungsrat Y ein gewinnabhängiges Verwaltungsratshonorar.

Verwaltungsrat Y eröffnete in der Folge auf den Namen der Dromex je ein Konto bei der Bank A sowie bei der Bank B in Feldkirch, Österreich. Feldkirch wurde deshalb als Konto-«Standort» gewählt, weil Zahlungen auch aus dem EU-Raum erwartet wurden und Geldbezüge durch den in einer nahegelegenen Ortschaft wohnhaften Y einfach erfolgen konnten. Weitere Konti auf den Namen der Dromex AG wurden in der

Folge bei der Bank C sowie bei der Bank D eröffnet. Gemäss dem mit Verwaltungsrat Y vereinbarten Geschäftsmodell nahm Alleinaktionär X zusammen mit dem von ihm vorgeschobenen Geschäftsführer Z sowie drei bis vier weiteren Personen telefonisch Kontakt mit potenziellen Anlegern auf. Versprochen wurde den Kunden die Anlage in Wertpapieren sowie die Beteiligungsmöglichkeit an der Dromex. Nach dem ersten telefonischen Kontakt wurden den Kunden das Unternehmensprofil der Dromex, eine Preisliste für den Effektenhandel, die Bankverbindungen der Dromex sowie weitere Kontaktinformationen und Werbeunterlagen zugestellt.

Gemäss den Werbeunterlagen für ein Beteiligungsangebot an der Dromex hat die Gesellschaft potenziellen Investoren gegen eine Mindesteinlage von CHF 5000 sodann die Möglichkeit angeboten, sich an der Dromex als sogenannte «Direktgesellschafter» oder in der Form einer «stillen Beteiligung» zu beteiligen. Die Verzinsung der Beteiligungen erfolge dabei nach individueller vertraglicher Vereinbarung, die Rückzahlung der Beteiligung am 31. Dezember 2010. Der «Gesellschaftsvertrag atypisch stille Beteiligung» räumt künftigen stillen Gesellschaftern unter dem Titel «Kontrollrechte des stillen Gesellschafters» das Recht auf schriftliche Mitteilung der Jahresabschlüsse und Prüfung ihrer Richtigkeit durch Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere ein. Gemäss § 7 des «Gesellschaftsvertrages» besteht bei Beendigung des Vertragsverhältnisses ein Anspruch auf Rückerstattung der vom stillen Gesellschafter erbrachten Einlage, auf eine Gewinnbeteiligung sowie auf Zinserträge gerechnet bis zum Tag der Vertragsauflösung. Die gesamte Einlage ist dem stillen Gesellschafter innert drei Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ausbezahlt.

Auf das Konto bei der Bank C erfolgten in der Zeit von Oktober 2005 bis Februar 2006 mindestens 19 Einzahlungen, auf das Konto bei der Bank D in der Zeit von Januar 2006 bis Februar 2006 mindestens 16 Einzahlungen. Die Kontoguthaben wurden in der Folge durch diverse Überweisungen sowie zahlreiche Barabhebungen, die in der Regel durch Verwaltungsrat Y erfolgten, auf annähernd Null bzw. bei der Bank C ins Minus gesenkt.

Tätigkeiten über andere Gesellschaften

Alleinaktionär X war vor der Übernahme des Aktienpakets der Dromex unter Verwendung verschiedenster Gesellschaften vor allem in den USA, in Österreich und in Deutschland tätig. Diverse wurden von X jeweils als Vehikel zur Werbung für Anlagen benutzt. Nach einer gewissen Zeit wurden die einzelnen Gesellschaften als jeweils «inaktiv» erklärt und den Kunden mitgeteilt, dass die Geschäfte nun über eine neue Gesellschaft laufen würden. Eine Beziehung zwischen den Gesellschaften besteht insofern nur über X, der die Gesellschaften jeweils als austauschbare Vehikel zur Werbung von Anlegern benutzte.

Aus den Erwägungen

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen

(...)

(14) Die Bankenverordnung geht grundsätzlich davon aus, dass alle von einer Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen Einlagecharakter haben und als Publikumseinlagen zu qualifizieren sind (EBK-RS

96/4, Publikumseinlagen bei Nichtbanken). Aus den der EBK vorliegenden Unterlagen geht hervor, dass die Dromex potenziellen Kunden gegen Bezahlung einer Mindesteinlage von CHF 5000 eine sogenannte «Beteiligung» an der Dromex angeboten hat. Der entsprechende «Gesellschaftsvertrag» räumt den Anlegern jedoch keine gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechte ein, sondern einen Anspruch auf Verzinsung sowie Rückerstattung der vom Anleger erbrachten Einlage nach erfolgter Kündigung. Die von den Kunden bezahlten Mindesteinlagen sind somit als Fremdkapital der Dromex zu qualifizieren, zu deren Rückzahlung sich die Dromex verpflichtet hat. Der Bericht des Untersuchungsbeauftragten belegt sodann, dass die Dromex von mindestens 33 Kunden Einlagen im Gesamtwert von über EUR 160 000 entgegengenommen hat. Die Dromex hat somit zweifellos gewerbmässig gehandelt.

(15) Indem die Dromex für eine «Beteiligung» mit entsprechender Rückzahlungsverpflichtung und Verzinsung der angelegten Gelder erworben sowie von mindestens 33 Kunden Gelder entgegengenommen hat, hat sie gegen das Verbot der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie gegen das Verbot der öffentlichen Empfehlung für die gewerbmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen und somit gegen das Bankengesetz verstossen. Die in Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV aufgeführten Ausnahmen von diesem Verbot sind vorliegend nicht anwendbar.

(...)

Einsetzung eines Konkursliquidators

(20) Eröffnet die EBK über eine Gesellschaft den Konkurs, ernennt sie grundsätzlich einen oder mehrere Konkursliquidatoren, die unter ihrer Aufsicht stehen (Art. 33 Abs. 2 BankG und Art. 11 BKV). In Anbetracht der finanziellen Lage der Dromex zeichnet sich bereits jetzt ab, dass das Konkursverfahren möglicherweise mangels Aktiven eingestellt werden müssen (Art. 21 BKV). Es rechtfertigt sich deshalb vorliegend, den Entscheid über die allfällige Einsetzung eines Konkursliquidators erst nach Kenntnisnahme vom Ergebnis des Schuldenrufs, verbunden mit dem gleichzeitigen Aufruf zur Meldung von allfälligen Aktiven (Art. 11 und 15 BKV), zu treffen und vorläufig von einer solchen kostenfälligen Einsetzung abzusehen.

(21) Um eine gewisse Flexibilität und ein zeitlich adäquates Handeln im Konkursverfahren zu gewährleisten, wird an das Sekretariat der EBK die Befugnis delegiert, die im Zusammenhang mit der Abwicklung des Konkursverfahrens notwendigen Verfügungen, insbesondere zur nachträglichen Einsetzung eines Konkursliquidators, zu treffen und Anweisungen zu dessen Ablauf zu geben.

Weitere Massnahme: Werbeverbot

(22) Gemäss Art. 23^{bis} Abs. 1 BankG überwacht die EBK die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und trifft die zum Vollzug dieser Gesetze notwendigen Verfügungen. In Anwendung von Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG hat die EBK bei Kenntnis von Verletzungen der Gesetze oder von sonstigen Missständen für die Herstellung des ordnungsgemässen Zustands und für die Beseitigung der Missstände zu sorgen. Sie trifft die dazu notwendigen Verfügungen. Im Rahmen ihrer Verfügungskompe-

tenz wählt die EBK jene Massnahmen, die sie für angemessen erachtet, um den Zweck der Gesetze zu erreichen. Der Schutz der Ein- und Anleger sowie das Vertrauen, welches das Publikum in das Finanzsystem setzt, bilden dabei die Hauptkriterien. In der Wahl der geeigneten Massnahmen muss die EBK das Verhältnismässigkeitsprinzip einhalten und jene Massnahmen wählen, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreifen, ihren Zweck jedoch trotzdem erreichen (vgl. BGE 116 Ib 196 f.).

(23) Die Dromex wird nach der Konkursöffnung ihre Tätigkeiten einstellen müssen. Damit besteht aus aufsichtsrechtlicher Sicht die Gefahr, dass X und Y sowohl ihre über die Dromex effektiv ausgeübten als auch ihre lediglich beabsichtigten Tätigkeiten – Entgegennahme von Publikumseinlagen und die entsprechende Werbung sowie Effektenhandel – in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft weiterführen werden. Im Sinne des Anlegerschutzes ist es deshalb verhältnismässig, die Verbote der Entgegennahme von Publikumseinlagen und der entsprechenden Werbung sowie des Verbots des Effektenhandels in genereller Form gegen den Alleinaktionär und einzigen Verwaltungsrat der Dromex auszusprechen. X und Y ist deshalb sofort generell zu verbieten, Publikumseinlagen gewerbmässig entgegenzunehmen oder dafür Werbung zu betreiben. Zudem ist ihnen generell zu verbieten, in oder von der Schweiz aus Effektenhändler-tätigkeiten auszuüben.

(24) Für den Fall, dass X oder Y diesen Verboten zuwiderhandeln sollten, ist das Sekretariat der EBK zu ermächtigen, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft auf Kosten von X und von Y im Einklang mit Art. 23^{ter} Abs. 3 BankG zu veröffentlichen. Auch sind X und Y für diesen Fall auf Art. 46 Abs. 1 Bst. f und Art. 50

BankG sowie Art. 40 BEHG und Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) sowie die darin enthaltenen Strafandrohungen hinzuweisen.

(...)

Kosten

(28) Die Verfahrenskosten haben die Dromex AG in Liquidation, X als Alleinaktionär und Y als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft solidarisch zu tragen (Art. 11 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidg. Bankenkommission; EBK-GebV; SR 611.014). Der Dromex AG in Liquidation, X und Y werden ausserdem die Kosten des Untersuchungsbeauftragten solidarisch auferlegt. Die Kosten sind dem Untersuchungsbeauftragten direkt zu vergüten (Art. 23^{quater} BankG).

(...)

Massnahmen der EBK: Feststellung der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen und der entsprechenden Werbung. Konkurseröffnung über die Gesellschaft. Generelles Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen und der entsprechenden Werbung unter Strafandrohung für den Alleinaktionär und für den einzigen Verwaltungsrat der Gesellschaft.

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 28. März 2007 i. S. Neuimex Asset Management AG

Aufsichtsrechtliche Behandlung von Gruppen; Devisenhandel; unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG i.Vm. Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV); Werbeverbot (Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG sowie Art. 35 Abs. 3 BEHG)

- 1 Die Finanzmarktaufsichtsgesetze sind unter Umständen auf alle Gesellschaften einer Gruppe anwendbar, selbst wenn nicht alle zur Gruppe gehörenden Gesellschaften selber eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn Gesellschaften derart verflochten sind, dass sie wirtschaftlich als eine Einheit zu behandeln sind. Infolgedessen sind sie auch aufsichtsrechtlich einheitlich zu beurteilen (Ziff. 24 und 29).
- 2 Schliesst ein Devisenhändler für die Transaktionen seiner Kunden keine Deckungsgeschäfte ab (Spiegelung), dienen die Einlagen der Kunden nicht mehr ausschliesslich der Abwicklung von Devisengeschäften im Sinne von Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV. Folglich handelt es sich um eine bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG), für welche der Ausnahmetatbestand des Abwicklungskontos nicht gegeben ist (Ziff. 25 ff.).
- 3 Besteht aus aufsichtsrechtlicher Sicht die Gefahr, dass Exponenten einer zu liquidierenden Gesellschaft die illegalen Tätigkeiten in anderer Form und möglicherweise über andere Gesellschaften weiterführen, ist es unter dem Blickwinkel des Anlegerschutzes

verhältnismässig, dass die EBK gegen solche Personen ein Verbot ausspricht, das die Ausübung der bewilligungspflichtigen Tätigkeiten sowie entsprechende Werbung verbietet (Ziff. 38 ff.).

Traitement des groupes en droit de la surveillance; négoce sur devises; acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB en rel. avec art. 3a al. 3 let. c OB); interdiction de faire de la publicité (art. 23^{ter} al. 1 LB et art. 35 al. 3 LBVM)

- 1 Les lois de surveillance des marchés financiers sont, selon les circonstances, applicables à toutes les sociétés d'un groupe, même si toutes ces sociétés n'exercent pas une activité soumise à autorisation. C'est notamment le cas lorsque lesdites sociétés sont à ce point enchevêtrées qu'elles doivent être considérées comme une seule entité du point de vue économique. Elles doivent en conséquence être traitées de façon homogène en droit de la surveillance (ch. 24 et 29).
- 2 Si un négociant en devises ne couvre pas les transactions effectuées par ses clients, les dépôts de ces derniers ne peuvent plus être qualifiés de comptes qui servent uniquement à exécuter des opérations sur devises au sens de l'art. 3a al. 3 let. c OB. En conséquence, il s'agit d'une acceptation de dépôts du public soumise à autorisation (art. 1 al. 2 LB), pour laquelle l'exception des comptes d'exécution n'est pas donnée (ch. 25 ss).
- 3 S'il existe un risque du point de vue du droit de la surveillance que les animateurs d'une société en liquidation continuent leurs activités illicites sous une autre forme et éventuellement au

moyen d'autres sociétés, il apparaît justifié, sous l'angle de la protection des investisseurs, que la CFB prononce à leur encontre une interdiction d'effectuer une activité soumise à autorisation ainsi que de faire de la publicité (ch. 38 ss).

Nozione di gruppo nell'ambito della sorveglianza; operazioni su divise; accettazione illecita di depositi dal pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR in relazione con l'art. 3a cpv. 3 lett. c OBCR); divieto di fare pubblicità (art. 23^{ter} cpv. 1 LBCR e art. 35 cpv. 3 LBVM)

- 1 Le disposizioni di legge sulla sorveglianza dei mercati finanziari sono, a dipendenza delle circostanze di fatto, applicabili a tutte le società di un gruppo, anche nel caso in cui le stesse non esercitino tutte un'attività soggetta ad autorizzazione. Ciò interviene nel caso in cui tali società presentino connessioni tali da dover essere considerate come una sola entità dal punto di vista economico. Ne consegue che le stesse devono essere trattate in modo unitario anche dal punto di vista della sorveglianza (cifre 24 e 29).
- 2 Se un negoziatore di divise non copre le transazioni effettuate dai suoi clienti, i depositi degli stessi non possono più essere qualificati quali conti che servono unicamente ad eseguire operazioni su divise ai sensi dell'art. 3a cpv. 3 lett. c OBCR. In tale caso vi è pertanto accettazione di depositi dal pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR) e non sono dati i presupposti per l'eccezione riguardante i conti di esecuzione (cifre 25 ss).

- 3 Se esiste un rischio dal punto di vista delle normative sulla sorveglianza, che esponenti di una società in liquidazione proseguano le loro attività illecite sotto altra forma ed eventualmente mediante altre società, la protezione degli investitori giustifica il divieto nei loro confronti da parte della CFB di svolgere un'attività soggetta ad autorizzazione nonché di fare pubblicità (cfr. 38 ss).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die *Neuimex Asset Management AG* (nachfolgend «Neuimex») ist eine mit CHF 100 000 ausgestattete Aktiengesellschaft, die gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Schwyz das Erbringen von Finanzdienstleistungen aller Art bezweckt. Einziges Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift, Alleinaktionär sowie faktischer Geschäftsführer ist *Herr A* (nachfolgend «Geschäftsführer A»).

Die *Gimex GmbH* (nachfolgend «Gimex») verfügt über ein Stammkapital von CHF 20 000 und erbringt gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Zug Dienstleistungen im Treuhand- und Revisionsbereich. Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift ist *Frau B* («Geschäftsführerin B»). Geschäftsführerin B hat die Anteile an Gimex im Juni 2006 von einer Drittperson erworben. Den Kaufpreis finanzierte sie über ein Darlehen in der Höhe von CHF 35 000, das ihr der Geschäftsführer A gewährte. Zusätzlich schuldet Gimex der Neuimex rund CHF 10 000 aus Darlehen.

Die Eidg. Bankenkommision (nachfolgend «EBK») ist infolge einer Kundenbeschwerde auf Neuimex und Gimex aufmerksam geworden.

Wegen dringenden Verdachts auf unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie unerlaubte Effektenhändlerstätigkeit hat die EBK mit superprovisorischer Verfügung vom 31. Januar 2007 zwei Untersuchungsbeauftragte eingesetzt. Aus der Untersuchung ergibt sich, was folgt:

Neuimex zählt rund 580 Kunden, welche über sie Devisen handeln (können). Neuimex stellt zwei Plattformen für den Online-Handel bereit, NEXTT und Currenex. Die überwiegende Mehrheit der Kunden handelt über NEXTT. Neuimex bietet den Kunden über NEXTT Devisen-Kassageschäfte mit einem maximalen Hebel von 100 an. Bevor ein Kunde Aufträge platzieren kann, muss er um Eröffnung eines Trading Accounts auf der NEXTT-Plattform ersuchen sowie eine Einlage als Sicherheit auf das Firmenkonto der Neuimex bei der *Bank C* leisten. Die Überweisungen der Kunden werden auf diesem Konto gesammelt, ohne dass dabei zwischen Rubrik- oder Unterkonten unterschieden wird. Über dieses Firmenkonto werden sämtliche Ein- und Auszahlungen an Kunden sowie die laufenden Geschäftsaufwände der Neuimex abgewickelt. Beim Kauf oder Verkauf von Devisen ist Neuimex direkte Gegenpartei (Principal) des jeweiligen Kunden, d. h. sie handelt gegenüber dem Kunden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Ein sich aufgrund des Wechselkurses beim Schliessen einer Position ergebender Gewinn des Kunden führt damit automatisch zu einem entsprechenden Verlust der Neuimex und umgekehrt. Es ist unbestritten, dass dieses Risiko von der Neuimex nicht in jedem Fall durch Eingehen eines Gegengeschäfts (Spiegelung) abgesichert wird. Vielmehr sei dies, so der Geschäftsführer A, ein unternehmerischer Entscheid, der jeweils basierend auf einer Risikoabwägung und der Finanzlage der Gesellschaft getroffen werde. Aufgrund der schlechten Vermögenslage würden gegenwärtig keine Gegengeschäfte abgeschlossen. Die Unter-

suchungsbeauftragten halten es zudem für «äusserst fraglich», ob Neuimex das ihr aus dem Abschluss von Devisen-Kassengeschäften mit Kunden entstehende Risiko überhaupt jemals durch den Abschluss von Gegengeschäften systematisch absicherte. Die Kontoauszüge der Bank C enthalten – abgesehen von vereinzelt Buchungen zum Saldoausgleich zwischen den drei Währungskonten – keinerlei Hinweise auf den Abschluss von Devisengeschäften.

Beim Handel über die Currenex-Plattform ist Neuimex nicht direkte Gegenpartei (Principal); vielmehr werden die Aufträge der (lediglich vier) Kunden online an einen Londoner Broker durchgegeben. Dieser führt fünf Unterkonten lautend auf Neuimex. Über eines der Unterkonten werden die auf Rechnung und Namen der Neuimex abgeschlossenen Trades abgewickelt. Über die anderen vier Unterkonten laufen die Transaktionen der Kunden, welche im Namen von Neuimex und auf Rechnung der Kunden abgeschlossen werden. Sämtliche Sicherheitsleistungen gegenüber dem Londoner Broker werden von Neuimex zu Lasten des Firmenkontos bei der Bank C erbracht (bisher insgesamt EUR 699 976.90 und USD 150 000). Soweit es sich um Sicherheiten für Geschäfte der Currenex-Kunden handelt, verlangt Neuimex von diesen die vorgängige Überweisung des Sicherheitsbetrags an die Bank C. Wenn Neuimex für sich handelt, entnimmt sie den Betrag ebenfalls dem Konto bei der Bank C.

Der Geschäftsplan der Gimex bestand beim Erwerb der Gesellschaftsanteile durch die Geschäftsführerin B im Anbieten von sog. *Segregated Accounts*. Dabei hätte Gimex für Kunden der Neuimex sowie einer Gesellschaft auf den British Virgin Islands, welche das Konkursrisiko dieser Gesellschaften nicht zu tragen bereit waren, treuhänderisch Konten – bezeichnet als «*Treuhand Neuimex AG*» – bei der Bank D ge-

führt. Die Kundengelder wären dort in nicht segregierter Form durch Gimex verwaltet worden. Die Selbstregulierungsorganisation PolyReg lehnte das Beitritts-gesuch der Gimex im November 2006 mit der Begründung ab, es handle sich bei dem geplanten Vorhaben um eine nach Schweizer Bankenrecht bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikumseinlagen. Die Bank D schloss ferner am 1. September 2006 von sich aus vier der noch vorhandenen Geschäftskonten, da sie für die geplante Geschäftsabwicklung nicht Hand bieten wollte. Zwar wurde das Vorhaben der Gimex nicht umgesetzt, dennoch bot Gimex diese Dienstleistungen im Zeitpunkt der Untersuchung nach wie vor über das Internet an. Gimex stellte sich auf den Standpunkt, sie sei infolge des fehlgeschlagenen Geschäftsplans inaktiv. Angesichts der Tatsache, dass die Geschäftsführerin B in den seit Januar 2007 hinzugemieteten 160 m² Grossraumbüros der Neuimex einen Arbeitsplatz benutzte und Gimex die Telefonrechnungen dieses Mietobjektes übernahm, ist davon auszugehen, dass Gimex weiterhin eine Funktion als Zudienerin für Neuimex und die Gesellschaft auf den British Virgin Islands ausübte.

Im Rahmen der Untersuchung stellte sich ferner heraus, dass sowohl Neuimex als auch Gimex überschuldet waren.

Aus den Erwägungen

1 Gruppentätigkeit

(24) Gemäss ständiger Praxis der EBK sind die Aufsichtsgesetze unter Umständen auf alle Gesellschaften einer Gruppe anwendbar, selbst wenn nicht alle Gruppengesellschaften selber die bewilligungspflicht-

tige Tätigkeit ausgeübt haben. Dies ist dann der Fall, wenn mehrere Gesellschaften einer gleichen Gruppe angehören, bei der eine derartige enge wirtschaftliche und personelle Verflechtung besteht, dass die Gruppe als eine wirtschaftliche Einheit behandelt werden muss und aufsichtsrechtlich einheitlich zu beurteilen ist (EBK-Bulletin 48/2006, S. 317 ff. und Urteil 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000, Erw. 3a).

2 Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen

(25) Gemäss Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz/BankG, SR 952.0) dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als zwanzig Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen [BankV, SR 952.02]) oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die gewerbsmässige Entgegennahme von Geldern wirbt (Art. 3 Abs. 1 BankV; BGE 132 II 382, Erw. 6.3.1; BGE 131 II 306, Erw. 3.2.1), selbst wenn daraus weniger als zwanzig Einlagen resultieren (EBK-RS 96/4, Rz 9, Publikumseinlagen bei Nichtbanken).

(26) Die Ausnahmen von diesem Verbot werden in Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV aufgeführt. Gemäss Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV gelten nicht als Einlagen: Habensaldi auf Kundenkonten von Effekten-, Devisen- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, sofern dafür kein Zins bezahlt wird. Damit ein derartiges Abwicklungskonto angenommen werden darf, müssen die Guthaben unmittelbar

aus der Abwicklung von Devisen-, Effekten- oder Vermögensverwaltungsgeschäften stammen und dürfen lediglich die erforderliche Liquidität für das im Vordergrund stehende Hauptgeschäft sicherstellen. Gemäss der ständigen Praxis der EBK zu den Anforderungen an Abwicklungskonten von Devisenhändlern dürfen Einlagen nur entgegengenommen werden, wenn das entsprechende Konto auf den Namen des Händlers lautet und die Devisengeschäfte über ebendieses Konto realisiert werden. Nicht zulässig ist insbesondere die Entgegennahme von Geldern zur Sammlung und anschliessenden Platzierung bei einer Drittpartei, die dann Devisentransaktionen über ihr eigenes Abwicklungskonto realisiert (vgl. EBK-JB 2003, S. 64; EBK-JB 2002, S. 60).

(27) Wem es nach Art. 1 Abs. 2 BankG untersagt ist, gewerbmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, der darf auch nicht in irgendeiner Form dafür Werbung treiben, insbesondere nicht in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien (Art. 3 Abs. 1 BankG).

(28) Die Untersuchung hat den in der superprovisorischen Verfügung vom 31. Januar 2007 geäusserten dringenden Verdacht der Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Neuimex bestätigt. Indem die Kunden Einlagen auf das Firmenkonto lautend auf Neuimex bei der Bank C leisten, ist der Tatbestand von Art. 1 Abs. 2 BankG erfüllt. Von einem reinen Abwicklungskonto im Sinne der Ausnahmeregelung von Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV kann weder in Bezug auf den Handel über NEXTT noch Currenex gesprochen werden. Einmal handelt es sich um ein Firmenkonto lautend auf Neuimex und nicht – wie zu verlangen wäre – auf den Namen des jeweiligen Händlers. Zudem sind auf den Konten bei der Bank C keine Kontobewegungen auszumachen, welche auf die Abwicklung von Devisengeschäften hindeuten. Vorliegend ist

ausserdem unbestritten, dass Neuimex absichernde Gegengeschäfte, wenn überhaupt, nur ganz vereinzelt tätigt. Das bedeutet, dass die bei der Bank C vorhandenen Guthaben in der Regel nicht der Abwicklung der durch die Kunden initiierten Devisengeschäfte dienen. Vielmehr sind die Gelder dort parkiert und dienen der Deckung der laufenden Geschäftskosten sowie der Rückzahlung von Kundenguthaben aus den mit der Neuimex abgeschlossenen Devisengeschäften.

(29) Bezüglich Gimex ist zunächst festzuhalten, dass diese zwar aufgrund des gescheiterten Geschäftsplanes keine Publikumseinlagen entgegengenommen hat, diesen Service jedoch nach wie vor öffentlich anbietet. Ganz abgesehen davon, ist Gimex aufgrund ihrer Zubringerfunktion sowie der persönlichen und wirtschaftlichen Verflechtungen, die sich unter anderem in Darlehen, im Teilen von Büroräumlichkeiten und Rechnungen widerspiegeln, als Gruppengesellschaft zu qualifizieren. Gimex ist deshalb zusammen mit Neuimex aufsichtsrechtlich einheitlich zu beurteilen (vgl. EBK-Bulletin 48, S. 317 ff. und Urteil 2A.442/1999 des Bundesgerichts vom 21. Februar 2000, Erw. 3a).

(30) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Neuimex und Gimex gegen das Bankengesetz verstossen, indem sie das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie der öffentlichen Empfehlung für die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen verletzen. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV liegt nicht vor.

(...)

5 Weitere Massnahme: Werbeverbot

(38) Gemäss Art. 23^{bis} Abs. 1 BankG und Art. 35 Abs. 1 BEHG überwacht die EBK die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und trifft die zum Vollzug dieser Vorschriften notwendigen Verfügungen. In Anwendung von Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG und Art. 35 Abs. 3 BEHG hat die EBK bei Kenntnis von Verletzungen der Gesetze oder von sonstigen Missständen für die Herstellung des ordnungsgemässen Zustands und für die Beseitigung der Missstände zu sorgen. Sie trifft die dazu notwendigen Verfügungen. Im Rahmen ihrer Verfügungskompetenz wählt die EBK jene Massnahmen, die sie als angemessen erachtet, um den Zweck der Gesetze zu erreichen. Der Schutz der Ein- und Anleger sowie das Vertrauen, welches das Publikum in das Finanzsystem setzt, bilden dabei die Hauptkriterien. In der Wahl der geeigneten Massnahmen muss die EBK das Verhältnismässigkeitsprinzip einhalten und jene Massnahmen wählen, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreifen, ihren Zweck jedoch trotzdem erreichen (vgl. BGE 116 Ib 196 f.).

(39) Neuimex und Gimex werden nach der Konkureröffnung ihre Tätigkeiten einstellen müssen. Damit besteht aus aufsichtsrechtlicher Sicht die Gefahr, dass Geschäftsführer A und Geschäftsführerin B sowohl die über Neuimex und Gimex ausgeübten Tätigkeiten in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft weiterführen werden. Im Sinne des Anlegerschutzes ist es deshalb verhältnismässig, die Verbote der Entgegennahme von Publikumseinlagen, der Effektenhandelstätigkeit sowie diesbezüglicher Werbung in genereller Form gegen Geschäftsführer A, den einzigen Verwaltungsrat und Alleinaktionär der Neuimex, sowie gegen Geschäftsführerin B, die Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Gimex, auszusprechen.

Geschäftsführer A und Geschäftsführerin B ist deshalb sofort generell zu verbieten, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen, gewerbsmässig Effektenhandel zu betreiben und für diese Tätigkeiten Werbung zu betreiben.

(40) Für den Fall, dass Geschäftsführer A oder Geschäftsführerin B diesen Verboten zuwiderhandeln sollten, ist das Sekretariat der EBK zu ermächtigen, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft auf Kosten von Geschäftsführer A und Geschäftsführerin B im Einklang mit Art. 23^{ter} Abs. 3 BankG und Art. 35 Abs. 5 BEHG zu veröffentlichen. Auch sind Geschäftsführer A und Geschäftsführerin B für diesen Fall auf Art. 46 Abs. 1 Bst. f und Art. 50 BankG, Art. 40 Bst. b BEHG sowie Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) und die darin enthaltenen Strafandrohungen hinzuweisen.

(...)

Massnahmen der EBK: Feststellung der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen und der entsprechenden Werbung. Konkursöffnung über die Gesellschaft. Generelles Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen und der entsprechenden Werbung unter Strafandrohung.

E B K C F B