

Madame la Conseillère fédérale
Eveline Widmer-Schlumpf
Adresse de réception:
Bundesamt für Polizei fedpol
Stab Rechtsdienst / Datenschutz
Nussbaumstrasse 29
3003 Bern

RR/nh

312

Bern, den 1. Juli 2013

Vernehmlassung zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière ("GAFI")

Madame la Conseillère fédérale,

La Fédération Suisse des Avocats (« FSA » ou « SAV ») et l'Organisme d'autorégulation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires (« OAR FSA/FSN » ou « SRO SAV/SNV ») ont examiné l'avant-projet du 27 février 2013 et vous livrent ci-dessous leur prise de position commune à son propos.

1. Allgemeine Bemerkungen

Die 40 von der GAFI in den Jahren 2009 bis 2012 revidierten Empfehlungen hat die Schweiz im Februar 2012 gutgeheissen. Die schweizerische Gesetzgebung erfüllt diese bereits weitgehend. Es bedarf noch einzelner Anpassungen. Ebenso sollen die von der GAFI im Rahmen ihrer Evaluation der Schweiz im Jahre 2005 festgestellten Mängel, die bisher noch nicht korrigiert wurden, behoben werden. Dies die Gründe für die hier zu besprechende Vernehmlassungsvorlage.

Auf die einzelnen Bereiche wird nachfolgend, soweit notwendig eingegangen.

2. Transparenz von juristischen Personen und Inhaberaktien

Gemäss der 2005 von der GAFI durchgeführten Evaluation erfülle die Schweiz die GAFI-Empfehlung 33 (2003) nicht. Demnach habe die Schweiz nicht sichergestellt, dass die zuständigen Behörden rechtzeitig hinreichende, verwertbare und aktuelle Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten ("wB") und über die Kontrolle juristischer Personen erhalten resp. darauf zugreifen könnten. Die revidierten GAFI-Empfehlungen sehen nun 4 verschiedene Massnah-

men in Bezug auf Inhaberaktien vor (nämlich: Abschaffung, Umwandlung in Namenaktien, Hinterlegung oder Meldepflicht).¹

Das Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes der OECD (kurz: Global Forum) bemängelte in ihrem Peer Review Report betreffend die Schweiz zur Phase 1, Legal and Regulatory Framework, vom Juni 2011 ebenfalls, dass die zuständigen Behörden keinen Zugang zu den Informationen haben, die ihnen die Feststellung der Eigentümer von juristischen Personen erlauben. Die Empfehlung war: "*Switzerland should take necessary measures to ensure that appropriate mechanisms are in place to identify the owners of bearer shares in all instances.*"²

Als Mitglied beider Organisationen wird die Schweiz nicht umhin kommen, die angeprangerten Mängel zu beheben. Die beiden Verbände sehen die Notwendigkeit, stellen aber die Wahl des Modells einerseits und die Ausgestaltung des gewählten Modells andererseits in Frage.

2.1. Hinterlegung oder Meldepflicht

Dem Erläuternden Bericht folgend werde die Hinterlegung insbesondere aus drei Gründen verworfen: (1) die Hinterlegung bei einem Finanzintermediär ("FI") verursache Mehrkosten für den Aktionär, (2) die Hinterlegung behindere die einfache Übertragung und (3) die Hinterlegung bei der Gesellschaft verunmögliche Anonymität.³

Der letzte Grund besteht auch beim gewählten Modell der Meldepflicht. Werden die Informationen bei der Gesellschaft geführt, ist ebenfalls keine Anonymität gewährleistet. Bei der Alternative, der Auslagerung an einen FI, entstehen ebenfalls Mehrkosten, die der Aktionär direkt oder indirekt (als Mehrkosten für die Gesellschaft) zu tragen hat. Im Weiteren muss davon ausgegangen werden, dass bereits heute Aktientitel in einer Vielzahl von Fällen bei einem FI im Depot aufbewahrt werden, womit sie sich bereits bei einem FI befinden. Daher entstehen beim Hinterlegungsmodell – zumindest in diesen Fällen – gar keine Mehrkosten. Im Gegenteil, die zentrale Hinterlegung der Inhaberaktien bei einem FI bietet Vorteile: Sie vereinfacht den Prozess der Übertragung, insbesondere wenn eine Gesellschaft als Ganzes verkauft wird. Die Kosten dürften insgesamt niedriger sein, weil die Titel einer Gesellschaft allesamt im gleichen Depot liegen und nicht je einzeln pro Aktionär. Ein gewichtiger Vorteil der Hinterlegung besteht auch darin, dass der FI mit den Aufgaben im Zusammenhang mit den Geldwäschereibestimmungen betraut ist und mit (Strafverfolgungs-)Behörden professionell umgehen kann. Dies ist auch für die Behörden von Vorteil. Zudem ist der einzige Verwaltungsrat einer kleinen Aktiengesellschaft für die Behörden unter Umständen schwieriger erreichbar als der FI, der in vielen Fällen eine juristische und nicht eine natürliche Person sein dürfte und für derartige Anfragen geschult ist. Der Erläuternde Bericht sieht selbst die Vorzüge, wenn der FI derartige Aufgaben übernimmt. Was für das Meldeverfahren gilt, trifft auch für das Modell der Hinterlegung zu.⁴

¹ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 27. Februar 2013, S. 7.

² Link zum Peer Review Report: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-peer-reviews-switzerland-2011_9789264114661-en

³ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 27. Februar 2013, S. 9.

⁴ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 27. Februar 2013, S. 11.

Die beiden Verbände regen daher an, die beiden Massnahmen Hinterlegung und Meldepflicht noch einmal kritisch zu prüfen und die Vor- und Nachteile detailliert abzuwägen⁵.

2.2. Das vorgeschlagene Modell der Meldepflicht

2.2.1. Die Meldepflicht des Inhaberaktionärs Art. 697i VE-OR

Vorgesehen ist, dass der Erwerber von Aktien einer nicht börsenkotierten Gesellschaft sich unverzüglich zu melden, den Nachweis des Besitzes der Inhaberaktien zu beweisen und sich mittels Dokumenten zu identifizieren hat. Die Identifikationspflicht lässt sich mit Blick auf einen Namenaktionär nicht rechtfertigen. Zudem verlangen die GAFI-Empfehlungen nicht explizit die Verifizierung der Identität. Die GAFI-Empfehlung 24 verlangt: "*Countries that have legal persons that are able to issue bearer shares or bearer share warrants, or which allow nominee shareholders or nominee directors, should take effective measures to ensure that they are not misused for money laundering or terrorist financing.*"⁶ Auch die Ziffer 15 der Interpretativnote zur GAFI-Empfehlung 24 spricht hierzu nur davon: "*for example by applying one or more of the following mechanisms: (a) requiring nominee shareholders and directors to **disclose the identity** of their nominator to the company; or (b) requiring nominee shareholders and directors to be licensed (...) and for them to maintain information identifying their nominator, and make this information available to the competent authorities upon request.*"⁷ Es ist nicht verlangt, dass Identität auch verifiziert, mithin mittels Dokumenten geprüft wird. Wenn dies von den GAFI-Empfehlungen verlangt wird, ist dies ausdrücklich vorgesehen. Siehe die GAFI-Empfehlung 10, welche von Finanzinstituten verlangt: "*The Customer Due Diligence measures to be taken are as follows: (a) identifying the customer **and verifying that customer's identity** using reliable, independent source documents, data or information. (...)*".⁸ Demnach genügt das Offenlegen des Inhabers/Erwerbers von Inhaberaktien. Eine Verifizierung der Identifizierung ist nicht verlangt.

Die Verbände vertreten daher die Ansicht, dass die Identifikationspflicht ersatzlos zu streichen ist. Der Vernehmlassungsentwurf geht zu weit.

2.2.2. Die Meldepflicht des wirtschaftlich Berechtigten Art. 697j VE-OR

Die Meldung des wB ist gemäss Vernehmlassungsentwurf dann notwendig, wenn der Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen *erreicht* oder *überschritten* wird. Dem Erläuternden Bericht folgend lehnt sich der Entwurf dabei an die 3. EU-Geldwäscherei-Richtlinie an. Leider schafft der Entwurf zu dieser Richtlinie, aber auch zu bestehendem Schweizer Recht, unnötige Inkonsistenzen.

⁵ Siehe auch nachfolgend Ziffer 2.2.4.1.

⁶ http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf, S. 22.

⁷ http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf, S. 87.

⁸ http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf, S. 14. Siehe zudem die Interpretativnote Ziffer 5 zur GAFI-Empfehlung 10 auf S. 59/60 desselben Berichts.

Anders als der vorliegende Entwurf erachtet die genannte EU-Richtlinie erst das Überschreiten der 25 Prozentgrenze als genügend, um eine natürliche Person als wB einer Gesellschaft zu qualifizieren.⁹ Damit wird ein kleiner, aber gewichtiger Unterschied geschaffen.

Im schweizerischen Recht knüpfen vergleichbare Offenlegungspflichten nicht an das Aktienkapital sondern vielmehr *nur* an das Stimmrecht an (vgl. Art. 20 BEHG und Art. 663c Abs. 2 OR). Diese Abweichung lässt sich nur mit Blick auf die obengenannte EU-Richtlinie rechtfertigen, nicht aber in Bezug auf bestehendes schweizerisches Recht. Die Ungleichbehandlung von Inhaber- und Namenaktien erscheint sachfremd.

Die Verbände begrüßen eine Angleichung. Inkonsistenzen sind zu vermeiden. Die Angleichung ist noch einmal kritisch zu prüfen.

2.2.3. Sanktionen Art. 697m VE-OR, Art. 327 und 327a VE-StGB

Das Nichteinhalten der Meldepflicht hat gemäss dem Vernehmlassungsentwurf den Verlust von Rechten zur Folge und kann bei vorsätzlicher Begehung sogar strafrechtlich geahndet werden. Die gleichen Folgen hat zu gewärtigen, wer als Inhaberaktionär seinen Pflichten nicht innert 6 Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes nachkommt (Art. 3 der Übergangsbestimmungen).

Nachdem Art. 697m Abs. 2 VE-OR bestimmt, dass die Vermögensrechte erst geltend gemacht werden können, wenn der Meldepflicht nachgekommen wird, kommt der Verwirkungsbestimmung gemäss Abs. 3 derselben Bestimmung nur noch ein rein pönaler Charakter zu. Zu dieser zivilrechtlichen "Strafnorm" kommt die strafrechtliche Verurteilung gemäss Art. 327 lit. a VE-StGB. Diese doppelte Bestrafung geht zu weit und ist von der GAFI so nicht gefordert. Abgesehen davon ist die Monatsfrist zu kurz bemessen.

Die Verbände vertreten die Ansicht, Art. 697m Abs. 3 VE-OR ersatzlos zu streichen.

Gemäss Entwurf ist auch jede Namens- und Firmenänderung sowie Adressänderung zu melden (Art. 697i Abs. 3 und 697j Abs. 2 VE-OR). Dem Entwurf von Art. 697m VE-OR folgend hat aber das nicht oder nicht rechtzeitige Melden von derartigen Änderungen nicht die gleichen Folgen wie das Nicht-Mitteilen beim Erwerb. Das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte (Art. 697m Abs. 1 VE-OR) und das Entstehen der Vermögensrechte (Art. 697m Abs. 2 VE-OR) muss auch bei Nichteinhaltung späterer Änderungen gelten. Die genannten Bestimmungen sprechen generell vom Einhalten der Meldepflichten; nämlich nach Art. 697i und 697j VE-OR. Dagegen ist Art. 697m Abs. 3 VE-OR in Bezug auf den Verwirkungsfall derart – eben einschränkend – formuliert, dass er nur auf den Erwerbstatbestand und die damit verbundene Fristauslösung beschränkt ist. Das Nichteinhalten von späteren Änderungen scheint die Verwirkung der Rechte nicht auszulösen. Dies würde bedeuten, dass eine um ein Jahr verspätete Mitteilung einer Adressänderung den Anspruch auf die Vermögensrechte wieder aufleben lässt.

Dagegen bleiben die strafrechtlichen Konsequenzen. Art. 327 lit. c VE-StGB stellt auch die Versäumnisse derartiger Änderungsmeldungen unter Strafe wiewohl die Mitteilungspflicht für Ände-

⁹ 3. EU-Geldwäscherei-Richtlinie, Art. 3 Ziff. 6 lit. a: Link zur Richtlinie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2005/l_309/l_30920051125de00150036.pdf.

rungen nur ungenügend bestimmt ist. Beide Artikel (Art. 697i Abs. 3 wie auch Art. 697j Abs. 2 VE-OR) bestimmen nicht, innert welcher Frist derartige Änderungen mitzuteilen sind.¹⁰ Dies öffnet Tür und Tor zu unterschiedlichen Anwendungen. Die Unverzüglichkeit der Meldung beim Erwerb könnte auch auf die Meldung späterer Änderungen analog angewandt werden, mit der Folge, dass eine 6-wöchige Verspätung bereits strafrechtlich sanktioniert würde. Andere wiederum sehen eine weniger strenge Handhabung gerade weil die Verwirkung von Rechten nicht vorgesehen ist und liessen längere Verspätungen zu. Diese Rechtsunsicherheit ist aufgrund der strafrechtlichen Auswirkung inakzeptabel.

Überhaupt geht die strafrechtliche Sanktionierung von nicht durchgeführten oder eben verspäteten Änderungsmeldungen zu weit. Sie kriminalisiert ein Unterlassen, das in der Praxis sehr leicht und oft – auch aus Versehen – geschehen kann. Weil aber die Strafnorm als Unterlassungsdelikt ausgestaltet ist, besteht wenig Raum – auch bei einem Versehen –, einer Verurteilung zu entgehen.

Die Verbände sind daher der Überzeugung, dass die strafrechtliche Sanktionierung von Änderungsmeldungen zu weit geht. Art. 327 lit. c VE-StGB ist ersatzlos zu streichen. Die übrigen Sanktionen tragen den Anforderungen der GAFI-Empfehlungen genügend Rechnung.

2.2.4. Im Übrigen zum Modell der Meldepflicht

2.2.4.1. Meldung an einen FI Art. 697k VE-OR

Aus Anonymitätsgründen ist es angezeigt, eine Delegation an einen FI vorzusehen. In der Praxis mögen aber auch andere Gründe bestehen, weshalb die Möglichkeit einer solchen Delegation auch für Namenaktien bestehen sollte. Die Meldepflicht des wB besteht gemäss Art. 697j VE-OR für beide Aktientypen. Ist ein Verwaltungsrat nicht mit den Anforderungen von Art. 2a Abs. 3 und 4 des Geldwäschereigesetzes vertraut, könnte er die Delegation dieser Arbeiten an einen FI auch bei Namenaktien vorziehen.

Die Verbände befürworten daher die Delegationsmöglichkeit auch betreffend Namenaktien. Art. 697k Abs. 1 VE-OR wäre entsprechend zu ergänzen.

Die Delegation an einen FI macht Sinn, weil ein solcher mit den Geldwäschereibestimmungen vertraut ist und sich hierzu laufend ausbilden muss. Der Vernehmlassungsentwurf sieht aber vor, dass – mangels anderem Beschluss – die Pflichten in erster Linie beim Verwaltungsrat liegen, mithin bei natürlichen Personen, die sonst unter Umständen gar keine Berührungen zum Geldwäschereigesetz haben. Aufgrund dieser prioritären Zuständigkeit des Verwaltungsrates macht eine eingeschränkte Delegationsmöglichkeit nur an FI keinen Sinn. Weshalb an den Delegierten höhere Ansprüche als an die Mitglieder des Verwaltungsrates gestellt werden, erklärt der Erläuternde Bericht nicht.

Die Verbände regen daher an, die Delegation gemäss Art. 697k VE-OR an Dritte und nicht nur an FI zuzulassen. Alternativ ist die prioritäre Zuständigkeit des Verwaltungsrates zu Gunsten

¹⁰ Anders beim Erwerb, wo unverzügliche Mitteilung verlangt wird (Art. 697i Abs. 1 und Art. 697j Abs. 1 VE-OR).

eines FI fallenzulassen, was wiederum für das Hinterlegungs- anstelle des Meldemodells sprechen würde.

2.2.4.2. Verzeichnis Art. 697I VE-OR

Art. 697I Abs. 5 VE-OR sieht vor, dass das Verzeichnis so geführt werden muss, dass in der Schweiz jederzeit darauf zugegriffen werden kann. Daraus liesse sich ableiten, dass jedermann Zugang zu diesem Verzeichnis hat, was der Erläuternde Bericht ausdrücklich ablehnt. Das Verzeichnis ist nicht öffentlich, weder für Aktionäre noch für Dritte.¹¹ Unklar ist die Abgrenzung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG). Gemäss Art. 8 DSG hat nämlich jede Person ein Auskunftsrecht. Einschränkungen dieses Rechts sind in Art. 9 DSG geregelt.

Gerade für den Fall, wo ein Aktionär gemäss Art. 697j VE-OR Angaben über den wB macht, der ja nicht gleichzeitig Aktionär zu sein braucht, die Abgabe der Angaben daher ausserhalb des Einflussbereichs des wB steht, kann dieser ein Interesse haben zu wissen, welche Informationen im Verzeichnis aufgenommen wurden. Diese gerade vor dem Hintergrund, dass derartige Informationen in eine Strafuntersuchung im In- oder Ausland fliessen können, mit weitreichenden Konsequenzen.

Mangels einer formellen Bestimmung in Art. 697I VE-OR ist daher unklar, ob und inwieweit ein Aktionär oder ein wB in Bezug auf die ihn betreffenden Daten/Informationen ein oder eben kein Auskunftsrecht hat.

Die Verbände sind überzeugt, dass sowohl ein Aktionär wie auch ein wB aufgrund des geltenden Rechts ein Auskunftsrecht über die im Verzeichnis von ihnen geführten Daten/Informationen haben. Dieses Recht ist aus Gründen der Rechtssicherheit ausdrücklich festzuhalten; ebenso, dass das Verzeichnis im Übrigen nicht öffentlich ist.

2.2.5. *Änderungen zu anderen Gesellschaftstypen*

In Bezug auf Art. 790a VE-OR betreffend die Meldepflicht bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gelten die gleichen Überlegungen wie zu Art. 697j¹² und Art. 697I¹³ und Art. 697m VE-OR¹⁴.

2.2.6. *Änderung im Kollektivanlagegesetz*

Weil der Aktionär nicht bestimmen kann, wie hoch sein Anteil ist, ist er auf die Mitteilungen des SICAV angewiesen damit er seinen Meldepflichten nachkommen kann. Der Entwurf sieht vor, dass eine Mitteilung an den Aktionär zu erfolgen hat, wenn er mehr als 5 Prozent hält.

Diese, wenn auch tief gewählte Schwelle kann zu groben Unregelmässigkeiten führen, wenn beispielsweise eine Gruppe von 20 Investoren in gemeinsamer Absprache und erkennbar für den SICAV, in diesen investiert, jeder der Investoren aber nur in einem Umfang von weniger als

¹¹ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 27. Februar 2013, S. 42.

¹² Siehe oben Ziffer 2.2.2.

¹³ Siehe oben Ziffer 2.2.4.2.

¹⁴ Siehe oben Ziffer 2.2.3.

5 Prozent. Keiner dieser Investoren/Aktionäre erhält eine Mitteilung, obwohl sie zusammen unter Umständen einen beträchtlichen Anteil, weit über 25 Prozent, am SICAV halten. Mangels Mitteilung des SICAVs werden auch die Meldepflichten gemäss Art. 697j VE-OR nicht ausgelöst.

Überhaupt nicht geregelt ist der Fall, dass der SICAV bei Rücknahme der Aktien (vgl. Art. 42 KAG) mitteilen muss, welchen Anteil der Aktionär neu hat. Nur so weiss er, ob er seinen Meldepflichten in Bezug auf Änderungen – die mit strafrechtlichen Sanktionen verbunden sind – weiterhin nachkommen muss oder nicht. Eine derartige Bestimmung fehlt und schafft ebenfalls Rechtsunsicherheit.

Die Verbände sind der Ansicht, dass der Entwurf erhebliches Umgehungspotential enthält und zu einer nicht sachlich gerechtfertigten Ungleichbehandlung führt. Der Mechanismus ist zu überdenken und die Mitteilungspflicht des SICAV umfassender zu regeln.

3. Nouvelles règles relatives à l'identification de l'ayant droit économique

Basée sur la longue expérience développée dans la convention de diligence des banques, la LBA dans sa version actuelle, considère que le cocontractant - personne physique ou personne morale exerçant une activité de commerce ou de fabrication ou une autre activité exploitée en la forme commerciale - est présumée être également l'ayant droit économique sauf :

- s'il apparaît d'emblée que le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique,
- s'il y a un doute que le cocontractant soit également l'ayant droit économique ;
- si le cocontractant est une société de domicile ;
- si une opération de caisse d'une somme importante est effectuée (cf. art.4 al.1 LBA).

Lorsque la présomption est ainsi renversée, le cocontractant doit indiquer par écrit qui est l'ayant droit économique.

Il s'agit d'un système relativement simple qui permet à l'intermédiaire financier d'accomplir le plus généralement correctement son obligation de diligence à cet égard.

En fait, ce système est l'un des plus performant à l'échelon international. Nombre de places financières sont encore aux balbutiements en matière d'identification de l'ayant droit économique.

L'avant-projet prévoit essentiellement deux nouveautés à cet égard.

- a) La première a trait à la définition de l'ayant droit économique, ce dernier ne pouvant désormais plus être une personne morale exerçant une activité commerciale, mais devant nécessairement être une personne physique.

Ainsi, les ayants droit économiques d'une personne morale exerçant une activité opérationnelle seraient désormais « les personnes physiques qui détiennent directement ou indirectement dans cette dernière une participation d'au moins 25% du capital ou des

voix ou la contrôle d'une autre manière reconnaissable. Si ces personnes ne peuvent pas être identifiées, il y aurait lieu d'identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction. » (cf. art.2a (nouveau) AP LBA.

Cette nouvelle définition de l'ayant droit économique, excluant toute personnes morale, aurait pour conséquence, tant pour les cocontractants que pour les intermédiaires financiers, une beaucoup plus lourde charge administrative car il s'agirait de maintenir à jour l'identification de l'ayant droit économique au fur et à mesure des franchissements successifs de la barre des 25%.

A n'en pas douter, les risques que l'identification de l'ayant droit économique selon cette nouvelle définition ne soit pas à jour seraient beaucoup plus grands qu'actuellement.

Par ailleurs, il nous paraît absurde de décréter un ayant droit économique « par défaut » en la personne du membre le plus haut placé de l'organe de direction.

Une telle désignation est purement arbitraire puisqu'il est notoire que très souvent, le directeur général est à son poste de par ses compétences professionnelles et non pas en raison d'une quelconque détention d'actions. Il en va de même du président du conseil d'administration si c'est cette personne qui est en réalité visée.

Comme le rappelle la commission de surveillance CDB dans son rapport d'activité 2010, le tribunal fédéral considère que « le critère déterminant est ...celui de la personne qui en fait ...peut disposer des valeurs en question. L'ayant droit économique est celui qui, de manière indépendante, a le pouvoir de décider de l'usage des valeurs. » (cf. rapport d'activité – 10, p.26)

Hors, en l'occurrence, ni le directeur général, ni le président du conseil d'administration n'ont de tels pouvoirs selon le droit des sociétés. Leur activité doit s'inscrire strictement dans les limites fixées par la loi, les règlements et les décisions de l'AG.

Il convient donc de biffer la dernière phrase de l'art. 2a (nouveau) al.4 AP-LBA.

- b) Quant à la deuxième nouveauté essentielle, elle consiste à contraindre l'intermédiaire financier, lorsqu'il n'a pas de doute que le cocontractant et l'ayant droit économique sont une seule et même personne, à devoir justifier par écrit dans le dossier pourquoi il estime qu'il y a identité de personnes et pourquoi donc il n'y a pas lieu de requérir la production d'une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique :

« En l'absence de doute, l'intermédiaire financier pourra se contenter d'identifier l'ayant droit économique en documentant dans les documents d'ouverture de compte qu'il n'y a aucun élément (indice) laissant penser que le cocontractant n'est pas l'ayant droit économique. » (cf. rapport explicatif, p.50).

Nous ne sommes pas favorables à ce que l'intermédiaire financier soit ainsi contraint d'apporter la preuve d'un fait négatif. Il convient d'en rester au principe de la présomp-

tion réfragable que le cocontractant et l'ayant droit économique sont bien une seule et même personne. L'intermédiaire financier ne doit donc pas avoir à documenter / justifier l'absence de doute.

Compte tenu de ce qui précède, nous considérons que les modifications prévues quant à la définition de l'ayant droit économique (excluant les personnes morales) et à la procédure d'identification ne sont pas adéquates.

Il y a lieu d'en rester au système actuel qui, encore une fois, a fait ses preuves et qui est relativement simple à appliquer.

Comme souligné plus haut, les standards effectivement appliqués à l'étranger en la matière sont sensiblement inférieurs à ceux pratiqués en Suisse. Il n'y a donc aucune raison de renoncer au système actuel pour en adopter un autre, au contenu hasardeux.

Enfin, le fait qu'une personne morale exerçant une activité commerciale, puisse continuer à être l'ayant droit économique ne signifie pas que l'intermédiaire financier se désintéresse des animateurs/actionnaires principaux. Bien au contraire, ces derniers sont répertoriés dans le profil client qui doit être dressé par l'intermédiaire financier pour chaque relation d'affaires, avec une densité d'information plus ou moins grande selon le niveau du risque tel qu'évalué. Dès lors, le maintien du système actuel en matière de définition et de procédure d'identification de l'ayant droit économique ne signifie aucunement que les animateurs/actionnaires principaux restent anonymes.

4. Personnes politiquement exposés (« PPE »): élargissement de l'actuelle définition aux PPEs nationales et aux PPEs d'organisations intergouvernementales

Désormais, selon l'art. 2a AP LBA, il y aurait trois catégories de PPE:

- a) Les PPE étrangères
- b) Les PPE suisses
- c) Les PPE dans les organisations intergouvernementales.

- a) Les PPE étrangères

La définition qui serait désormais ancrée au niveau de la loi, correspond très largement à celle retenue actuellement par la FINMA (art.2, al.1, lettre a, ch. 1 OBA-FINMA) et les OAR (par ex. art.2, lettre. d règlement OAR FSA/FSN).

La seule différence matérielle est l'introduction d'un élément temporel. En effet l'art.2 AP LBA vise non seulement les personnes occupant les hautes fonctions telles que définies, mais aussi les personnes « ayant occupé » les fonctions décrites.

Il n'est pas raisonnable de considérer qu'une personne ayant occupé, parfois pendant une durée relativement brève, une position dirigeante visée restera à jamais répertoriée comme PPE, avec pour conséquence qu'indéfiniment, cette personne sera considérée comme présentant

automatiquement un risque accru. Si tel était le cas, cela signifierait que durant toute sa vie restante, cette personne serait nécessairement soumise à un traitement beaucoup plus exigeant de la part des banques et autres intermédiaires financiers en termes d'ouverture de comptes et de transactions financières.

Dès lors, nous sommes d'avis que la qualité de PPE ne devrait pas perdurer au-delà d'un an après la fin de la fonction.

Bien entendu, les banques et autres intermédiaires financiers pourront maintenir au-delà de cette période d'une année, la personne concernée au nombre des relations d'affaires présentant un risque accru, en application de l'approche fondée sur le risque, mais une telle classification ne doit pas être automatique. Elle doit dépendre du risque effectif tel qu'évalué par l'intermédiaire financier.

b) Les PPE suisses

La norme proposée nous paraît raisonnable, donc appropriée. En effet, seul le niveau national est concerné et une personne politiquement exposée ne devra pas être automatiquement qualifiée comme présentant un risque accru (contrairement aux PPE étrangères) mais seulement en présence d'un ou plusieurs autres critères de risque (cf. art.6, al.4 AP LBA).

c) Les PPE d'organisations internationales

Le principe et le champ d'application relativement restrictif, puisqu'excluant les organisations internationales de droit privé, ne suscitent pas de commentaires particuliers de notre part.

Enfin, les remarques faites ci-dessus au sujet de la perte de la qualité de PPE étrangère un an après la fin de la fonction valent évidemment également pour les PPE suisses et les PPE d'organisations internationales.

5. Paiement lors d'opérations de vente

a) Ventes immobilières

En vertu de l'art. 2b (nouveau) AP LBA, si le prix convenu lors d'une vente immobilière aux sens des art.216 ss CO dépasse CHF 100'000.-, le paiement de la part du prix excédant ce montant devrait être effectué par l'entremise d'un intermédiaire financier soumis à la LBA.

Quant à l'acte authentique il devrait comporter les modalités de paiement, à défaut de quoi l'officier public aurait l'obligation de refuser de dresser l'acte authentique.

Enfin, l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier ne pourrait être effectuée que si l'intermédiaire financier utilisé pour le transfert « atteste que le paiement a été ou sera effectué conformément aux modalités convenues ».

La solution proposée a l'avantage d'éviter une brèche dans le système choisi par la Suisse consistant à viser les intermédiaires financiers. En effet, l'alternative qui avait été envisagée consistant à soumettre les notaires à la LBA aurait signifié la perte du secret professionnel du

notaire dans ce domaine essentiel. Seules les activités effectuées par les notaires (et les avocats) qui ne sont pas intrinsèquement liées à leur activité juridique typique doivent être soumises à la LBA.

Si nous saluons le fait que la ligne de démarcation entre activités juridiques et activités purement financières demeure celle qui existe aujourd'hui, nous considérons que l'attestation de paiement nécessaire pour l'inscription au registre foncier ne devrait être qu'à la charge de l'intermédiaire financier qui effectue le transfert final des fonds en faveur du vendeur. Il s'agira donc en général d'une banque. Une attestation émanant d'un autre intermédiaire financier se situant en amont ne présenterait pas de garantie suffisante dans le sens voulu par l'avant-projet et comporterait un risque excessif pour cet intermédiaire financier qu'en définitive, son attestation s'avère contraire au déroulement des faits postérieurs, et qu'elle soit donc erronée.

b) Ventes mobilières

En vertu de l'art. 2c (nouveau) AP LBA, lorsque le prix convenu lors d'une vente mobilière au sens des art.184 ss CO dépasse CHF 100'000.-, le paiement de la part du prix excédant ce montant devrait être effectué par l'entremise d'un intermédiaire financier au sens de la LBA.

Le conseil fédéral pourrait autoriser des exceptions lorsque le risque de blanchiment paraît négligeable.

Nous ne sommes pas favorables à une telle disposition, ne serais-ce pour un motif de systématique législative. La LBA vise la prévention du blanchiment en soumettant des intermédiaires financiers à toute une série d'obligations. Or, en l'occurrence, comme le reconnaît d'ailleurs clairement le rapport explicatif, les prescriptions relatives au paiement en espèces lors d'opérations de vente n'ont « rien à voir avec l'intermédiation financière en tant que telle ». C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le département fédéral des finances propose de supprimer la mention « dans le secteur financier » contenu dans le titre de la LBA (cf. rapport explicatif, ch.2.5, p.69).

Certes la disposition commentée plus haut relative aux ventes immobilières constitue elle aussi une entorse au principe selon laquelle la LBA ne s'applique qu'aux intermédiaires financiers. Toutefois cette entorse est moins choquante puisque de toute manière, le vendeur et l'acheteur à eux seuls ne peuvent donner effet à leur accord que moyennant l'intervention d'un tiers, en l'occurrence un officier public, vu l'exigence de la forme authentique. En outre, en matière immobilière, il est déjà usuel, sans être encore obligatoire, d'effectuer les transactions en tout ou partie par le biais d'un compte bancaire ou postal.

Toutefois, aller au-delà, et bouleverser par le biais de la LBA le principe de droit romain de la « traditio », n'est pas concevable. Seule une réflexion approfondie de droit civil, portant sur l'ensemble du droit des contrats, et non seulement sur le contrat de vente, pourrait éventuellement aboutir à la nécessité de certaines modifications.

Utiliser la voie de la LBA pour interférer dans les transactions commerciales exorbitantes au secteur financier serait un non-sens, source d'une grande insécurité juridique pour d'innombrables transactions quotidiennes.

Dès lors, il a lieu de renoncer purement et simplement à l'art. 2c (nouveau) AP LBA.

6. Ordres des clients portant sur les valeurs patrimoniales communiquées

Actuellement, le système est relativement simple : Dès qu'une communication selon l'art. 9 al.1 LBA est faite, l'intermédiaire financier bloque immédiatement les valeurs patrimoniales en question et « maintient le blocage jusqu'à la réception d'une décision de l'autorité de poursuite pénale compétente, mais au maximum durant cinq jours ouvrables à compter du moment où il a informé le bureau de communication ».

L'autorité de poursuite pénale qui prend le relais du bureau de communication ordonne le maintien intégral du blocage ou autorise l'intermédiaire financier à exécuter ou faire exécuter certaines transactions bien délimitées afin de ne pas éveiller la méfiance de la personne visée.

Ainsi, la seule responsabilité de l'intermédiaire financier réside à bloquer les valeurs concernées par la communication qu'il a faite.

Le reste est de la responsabilité du bureau de communication et de l'autorité de poursuite pénale éventuellement saisie.

Hors, l'avant-projet aimerait désormais conférer à l'intermédiaire financier la responsabilité de décider quand il doit exécuter les instructions du client visé par la communication et quand il doit au contraire s'abstenir de toute exécution.

Plus précisément, l'intermédiaire financier devra en principe continuer à exécuter des instructions et du client malgré la communication faite, sauf s'il pense que les ordres du client pourraient viser « à entraver la confiscation des valeurs patrimoniales communiquées ou à financer le terrorisme ». En pareil cas, il devrait faire une nouvelle communication au bureau de communication (cf. art. 9a (nouveau) AP LBA).

Un tel système mettrait l'intermédiaire financier dans une position autrement inconfortable alors qu'il n'a ni les moyens ni les compétences ni la fonction d'une autorité de police ou de poursuite pénale.

Nous sommes dès lors opposés à la modification projetée et considérant que le système actuel doit être maintenu. Les responsabilités ne doivent pas être mélangées :

- L'intermédiaire financier a l'obligation de communiquer ses soupçons fondés au sens de l'art. 9 al. 1 LBA, d'opérer le blocage des valeurs patrimoniales sous son contrôle et de donner suite aux éventuelles requêtes de l'autorité de poursuite pénale ;
- Le bureau de communication et l'autorité de poursuite pénale ont les tâches que leur attribuent la LBA et le code de procédure pénale.

Il convient d'en rester à une telle répartition.

7. Exclusion de la responsabilité pénale et civile.

Nous saluons le fait que l'art. 11 al. 2 AP LBA prévoit désormais que l'exclusion de responsabilité s'applique aussi aux OAR qui procèdent à une dénonciation au sens de l'art. 27 al. 4 LBA.

7.1. Verhältnis zur geplanten Änderung des Steuerstrafrechts

Die Vernehmlassungsunterlagen zur Revision des Steuerstrafrechts wurden am 30. Mai 2013 veröffentlicht.¹⁵ Es bietet sich an, die in dieser Vorlage geplante Änderung des Steuerstrafrechts mit der geplanten kompletten Überarbeitung zu koordinieren. Dies würde Hand bieten für eine umfassende und in sich kohärente Lösung in diesem Bereich. Es könnten die verschiedenen Tatbestände ideal aufeinander abgestimmt und austariert werden, sodass am Ende nicht nur die Empfehlungen der GAFI erfüllt, sondern auch das System der Steuerstraftaten in sich stimmig wäre. Die wesentlichen materiellen Verschärfungen, die in dieser Vorlage enthalten sind, sollten in der Revision des Steuerstrafrechts behandelt werden.

7.2. Steuerdelikte als Vortat

In dieser Revision soll ein Steuerdelikt geschaffen werden, dass als Verbrechen ausgestaltet ist und damit als Vortat zur Geldwäscherei nach 305^{bis} StGB gilt. Problematisch an der vorgeschlagenen Lösung in Art. 186 DBG (neu) ist einerseits der Einziehungsbegriff und andererseits die Kontamination des Gesamtvermögens. Steuergeldwäscherei kann nicht die Folge der Vereitelung einer Einziehung sein. Die Einziehung hat ihren Zweck darin, dass sie dem Staat erlaubt unrechtmässig erlangte Vermögenswerte dem Täter wieder wegzunehmen im Falle dass das Opfer des Verbrechens nicht ausgemacht werden kann. Beim Steuerbetrug ist das Opfer allerdings bekannt. Es ist das Gemeinwesen, dessen Steuerforderung unrechtmässig verkürzt wurde. Der Einzieher und das Opfer sind also identisch, nämlich der Staat. In diesem Falle ist nicht das Institut der Einziehung die korrekte Rechtsfolge, da der Staat nicht stellvertretend für das unbekanntes Opfer handelt, sondern er kann seine Forderung direkt gegen den Täter geltend machen. Auf dem Gebiet des Steuerrechts erfolgt dies mittels der Nachbesteuerung. Daraus folgt, dass das Unrecht des Steuerbetrügers nicht in der Vereitelung der Einziehung besteht, sondern in der Vereitelung der Nachbesteuerung und als solche sollte der Steuerbetrug auch bestraft werden. Ausserdem führt die geplante Regelung dazu, dass das gesamte Vermögen des Steuerpflichtigen kontaminiert wird, da der Vermögensteil, der aus den nicht bezahlten Steuern besteht nicht genau festgestellt werden kann.

Als problematisch erachten wir des weiteren den Wortlaut von Art. 186 I^{bis} DBG (neu), insbesondere dass nicht ausgeführt wird in welchem zeitlichen Kontext ein Steuerbetrug angenommen wird. U.E. ist eine Überschreitung des betragsmässigen Schwellenwertes (ohne Kumulation über Steuerperioden hinaus) in mindestens zwei aufeinanderfolgenden Steuerperioden zu verlangen. Damit würde der Schwere der Straftat besser Rechnung getragen, indem eine fortgesetzte Delinquenz verlangt wird.

Insgesamt hielten wir es für sachgerechter, wenn anstelle der vorgeschlagenen Regelung der Steuerbetrug als Vereitelung der Nachbesteuerung ausgestaltet und in das Steuerrecht aufge-

¹⁵ Link zur Vernehmlassung: <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=49039>

nommen würde. Damit könnten verschiedene Rechtsunsicherheiten verhindert werden, insbesondere die Fragen der Zulässigkeit der Einziehung bei Steuerdelikten und die Gesamtkontamination des betroffenen Vermögens.

7.3. Stellungnahme zur vorgeschlagenen Regelung

7.3.1. Art. 186 Abs. 1 DBG (neu)

Wir erachten es als ungeschickt, dass die vorgeschlagene Regelung über die von der GAFI geforderten Standards hinausgeht und würden es begrüßen, wenn weitergehende Änderungen nicht im Rahmen dieser Revision, sondern im Rahmen der geplanten allgemeinen Neuordnung des Steuerstrafrechts vorgenommen würden.

Während wir die Ausgestaltung des Steuerbetrugs als Erfolgsdelikt grundsätzlich begrüßen, stehen wir der Tatsache kritisch gegenüber, dass Art. 186 Abs. 1 DBG (neu) sowohl das Arglistmodell als auch das Urkundenmodell beinhaltet. U.E. ist gerade das Arglistmodell mit Vorsicht einzusetzen, einerseits da es zu nicht zu unterschätzenden Rechtsunsicherheiten und Abgrenzungsproblemen führen kann, andererseits da gerade durch das "arglistig in einem Irrtum bestärken" der Steuerbehörde zu einer Strafbarkeit der Verhinderung der Aufdeckung führt, während die Selbstbegünstigung bei allen anderen Straftaten straflos bleibt. Dies erscheint uns nicht nur aufgrund der relativ hohen Strafdrohung als zu scharf, sondern auch aufgrund dessen, dass die Steuerbehörde gerade über die Aufgabe und auch die Mittel verfügt, die Angaben des Steuerpflichtigen in der Steuererklärung zu überprüfen.

Des weiteren kritisieren wir die Qualifikation von Geschäftsbüchern, Bilanzen und Erfolgsrechnungen als Urkunden, durch deren Verfälschung oder Unwahrheit der Tatbestand des Steuerbetruges verwirklicht wird aus dem Grund, dass hiermit eine ungerechtfertigte Mehrbelastung derjenigen Steuerpflichtigen entsteht, die diese Dokumente einreichen müssen im Vergleich zu denjenigen, die ihre geschäftlichen Aktivitäten auf andere Weise belegen können, indem Erstere in jedem Fall den Tatbestand des Steuerbetruges erfüllen.

7.3.2. Art. 186 Abs. 2 DBG (neu)

Unseres Erachtens ist ein Schwellenwert grundsätzlich sinnvoll. In Anbetracht der Schwere der Straftat und der Straftat sind wir allerdings der Meinung, dass eine einmalige Handlung nicht für die Verwirklichung des Tatbestandes genügen soll und schlagen vor, dass ein Steuerbetrug erst angenommen wird, wenn die nicht deklarierten Steuerfaktoren den Grenzwert in mindestens zwei aufeinanderfolgenden Steuerperioden überschritten haben (wobei keine Kumulation stattfindet). Im Gegenzug könnte dafür der Grenzwert auf CHF 500'000 gesenkt werden.

Weiterhin sollte klargestellt werden, dass dieser Grenzwert nur bei der Einkommens- und Gewinnsteuer Anwendung findet, nicht aber bei anderen Steuerarten.

7.3.3. Art. 186 Abs. 4 DBG (neu)

Dieser Absatz ist abzulehnen. Einerseits ist im Strafrecht die Teilnahme an Straftaten bereits geregelt, andererseits führt die vorgeschlagene Formulierung der Beteiligung zu einer fast unabsehbaren Gefahr der Beteiligung am Steuerbetrug, insbesondere auch da keine subjektiven Elemente gefordert sind.

Die solidarische Haftung für die Steuerbeträge passt nicht in das Schweizer Strafrechtssystem und ist zu streichen. Teilnahmehandlungen sind nach den allgemeinen Regeln zu ahnden, allenfalls kann ein höherer Bussenrahmen ins Auge gefasst werden, da auch der Bussenrahmen für den Haupttäter höher angesetzt ist als im übrigen Strafrecht.

7.3.4. Art. 188 DBG (neu)

Das Verfahren bei Steuerbetrug wird den Strafverfolgungsbehörden zugewiesen, ohne Beizug der kantonalen Steuerbehörden. Es stellt sich die Frage, ob bei den Staatsanwaltschaften in gleichem Masse wie bei den kantonalen Steuerbehörden Sachkenntnis in diesem doch speziellen Bereich besteht oder ob nicht eine Zusammenarbeit mit den kantonalen Steuerbehörden wünschenswert wäre.

* * * * *

Sous réserves de nos propres observations, nous soutenons la prise de position du Forum OAR.

* * * * *

La FSA et l'OAR FSA/FSN vous remercient de prendre en compte leurs observations et vous prient d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de leur considération distinguée.

Dr. Peter Lutz
Präsident SRO SAV/SNV

Dr. Pierre-Dominique Schupp
Präsident SAV