

Département fédéral des finances (DFF)
Secrétariat d'État aux questions
financières internationales (SFI)
Service juridique du SFI
A l'att. de M. Bruno Dorner
Chef de service
Bundesgasse 3
3003 Berne

Par courriel: rechtsdienst@sif.admin.ch

UH/RR/js

312

Berne, le 7 février 2019

Consultation : Ordonnances sur les services financiers (OSFin), sur les établissements financiers (OEFin) et sur les organismes de surveillance (OOS)

Monsieur le Conseiller fédéral,
Monsieur le Chef de service,
Mesdames, Messieurs,

Dans le délai fixé dans votre communication du 24 octobre 2018, la Fédération Suisse des Avocats (SAV-FSA) vous fait part dans sa prise de position de ses observations et de son avis sur les projets d'ordonnances de mise en œuvre des lois fédérales sur les services financiers (LSFin) et les établissements financiers (LEFin) qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2020.

1. Vom FINIG ausgenommene gesetzlich geregelte Mandate

Art. 2 Abs. 5 FINIV definiert die gesetzlich geregelten Mandate, welche nicht Art. 2 Abs. 2 lit. d FINIG unterstehen sollen. In diesem FINIV-Katalog nicht aufgezählt (und damit von der Nichtgeltung des FINIG ausgenommen) ist jedoch der Vorsorgeauftrag nach Art. 360 ff. ZGB.

Auch wenn die Formulierung "Als gesetzlich geregelte Mandate gelten insbesondere: ..." lediglich eine exemplikative Aufzählung darstellt, soll gemäss Willen des Bundesrates der Vorsorgeauftrag gemäss Art. 360 ff. ZGB vom FINIG erfasst sein, da dessen genaue Ausgestaltung im Ermessen der Vertragsparteien liege. Diese Nichterwähnung des Vorsorgeauftrages im Ausnahmekatalog von Art. 2 Abs. 5 FINIV ist abzulehnen.

Die Begründung, dabei handle es sich um ein Verhältnis, dessen Ausgestaltung im Ermessen der Vertragsparteien liege, vermag nicht zu überzeugen, gilt dies doch z.B. gerade für eine Willensvollstreckung nach Art. 517 - 518 ZGB - welche von der Ausnahme erfasst ist - unter Umständen in noch viel höherem Masse als beim Vorsorgeauftrag. Der Erblasser kann in einer Verfügung von Todes wegen einem Willensvollstrecker weitestgehende Kompetenzen

einräumen und Auflagen machen, wie dieser mit seinem Nachlass zu verfahren hat. Eine ungleiche Behandlung dieser beiden Mandatsformen ist schon aus diesem Grund nicht zu rechtfertigen.

Ebenso fällt der Vorsorgeauftrag gemäss folgender Begründung der FINMA als eines der ausgenommenen, gesetzlich geregelten Mandate, nicht unter das Geldwäschereigesetz (GwG): „Die beauftragte Person gemäss Art. 363 ff. [ZGB] (neu) nimmt somit gestützt auf ebendiese gesetzliche Grundlage im Rahmen des Vorsorgeauftrages stellvertretend für die Behörde eine staatliche Aufgabe wahr. Dabei bleibt die Behörde gegenüber der beauftragten Person weisungsberechtigt und kann ihr nötigenfalls die Befugnisse teilweise oder ganz entziehen. Wer sich daher im Fall der eingetretenen Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person im Rahmen eines Vorsorgeauftrages im obenerwähnten Sinne um die Betreuung und die Verwaltung des Vermögens dieser Person kümmert, ist dem GwG nicht unterstellt.“ Den Vorsorgeauftrag im FIDLEG/FINIG anders - nämlich als "quasi-privates" Mandat - zu behandeln als im GwG, rechtfertigt sich vor dem Hintergrund der vorstehenden Ansicht einer immerhin staatlichen Aufsichtsbehörde nicht.

Abgesehen davon führt die Nichterwähnung des Vorsorgeauftrages im Ausnahmenkatalog von Art. 2 Abs. 5 FINIV unter Umständen zu völlig überrissenen und auch vom Gesetzgeber kaum gewollten Konsequenzen. Eine wohlhabende Person, die in Zeiten vollkommener Urteilsfähigkeit und in grosser Fachkenntnis ihr Vermögen zum Teil oder zur Gänze in Finanzinstrumenten nach Art. 3 lit. a FIDLEG angelegt hat, auferlegt einem (mit ihr nicht im Sinne von Art. 3 Abs. 2 FINIV familiär verbundenen) Vermögensvorsorgebeauftragten im Fall seiner z.B. unfallbedingten Urteilsunfähigkeit plötzlich die Verpflichtung, sich einer AO anzuschliessen, obwohl die beauftragte Person die Vermögensanlagen nicht aktiv bewirtschaftet, sondern z.B. auf einen bestimmten Termin hin einfach auslaufen lässt und dann in risikoärmere Anlagen investiert. Eine Rechtfertigung für die Auferlegung einer solchen Pflicht auf einen Vorsorgebeauftragten, welcher zum Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers von seiner Eigenschaft als Vorsorgebeauftragter u.U. noch gar nichts weiss, ist nicht erkennbar. Dies umso weniger, als der Vorsorgebeauftragte zum Zeitpunkt des Mandatsantritts in einem solchen Fall auch gar keine Möglichkeit hat, Massnahmen zur Vermeidung einer Unterstellung unter das FINIG zu treffen. Zudem untersteht in einem solchen Fall das Finanzinstitut, welches das Vermögen des (nun urteilsunfähig gewordenen) Vorsorgeauftraggebers weiterhin verwaltet, ja seinerseits weiterhin dem FIDLEG/FINIG, sodass der Kundenschutz gewahrt bleibt. Es ist ganz generell nicht einzusehen, weshalb ein Vorsorgebeauftragter nach Annahme eines Vorsorgeauftrages plötzlich dem FIDLEG/FINIG unterstehen soll, nur weil der Vorsorgeauftraggeber z.B. dement geworden ist, obwohl er zu Zeiten seiner vollen kognitiven Fähigkeiten und nachdem er einem Finanzinstitut einen Vermögensverwaltungsauftrag erteilt hat, dem FIDLEG/FINIG zu keinem Zeitpunkt unterstanden ist.

Eine Nichtaufnahme des Vorsorgeauftrages in den Ausnahmenkatalog dürfte dazu führen, dass die mit der Vermögensvorsorge betraute Vertrauensperson ein solches Mandat ablehnt resp. mangels entsprechender Bewilligung zur Ablehnung gezwungen ist, was den Interessen des Auftraggebers diametral zuwiderlaufen würde. Es kann nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein, den freien Parteiwillen durch die Schaffung unnötig hoher Hürden über Gebühr einzuschränken.

Der SAV-FSA beantragt deshalb, Art. 2 Abs. 5 FINIV um einen Buchstaben f. zu ergänzen, in welchem der Vorsorgeauftrag als ebenfalls nicht unterstehendes gesetzlich geregeltes Mandat aufgeführt wird.

2. Exercice d'une activité à titre professionnel des gestionnaires de fortune et trustees : ad art. 11 Ordonnance sur les établissements financiers (OEFin) ainsi qu'art. 3 et 17 LEFin

Du point de vue des principes généraux du droit que sont la sécurité et la prévisibilité du droit, la SAV-FSA ne peut qu'être en faveur de concepts juridiques clairs et précis.

LA SAV-FSA renvoie ici à sa prise de position dans la consultation sur les lois fédérales LEFin et LSFin ainsi qu'à la prise de position dans la consultation actuelle de l'OAR FSA/FSN, en particulier à la proposition de modification et remarque sous point 5.2. ad art. 11 de l'OAR FSA/FSN concernant la portée du terme « à titre professionnel ».

Dans le texte allemand, le terme de « Gewerbsmässigkeit » doit être complété par et éventuellement remplacé par le terme « Berufsmässigkeit ».

Nous soutenons la même explication et argumentation que celle concernant l'art. 16 LEFin. La portée du terme « à titre professionnel » ne doit pas être étendue par rapport à la pratique actuelle.

Selon la LEFin, est réputé gestionnaire de fortune ou trustee celui qui administre « à titre professionnel » (en allemand « gewerbsmässig »).

Un terme pendant se trouve également dans la LBA : les intermédiaires financiers sont soumis à l'autorité de surveillance s'ils agissent « à titre professionnel » (en allemand « berufsmässig »). L'art. 7 LBA a défini le concept en y attachant des valeurs claires.

Le texte français utilise dans les deux lois « à titre professionnel ». La raison pour laquelle le texte allemand utilise soit « Gewerbsmässigkeit », soit « Berufsmässigkeit » reste une inconnue.

Dans les textes allemands, nous pensons que le terme « *Gewerbsmässigkeit* » de la LEFin et de l'OEFin doit nécessairement être interprété dans le même sens que le « *Berufsmässigkeit* » de la LBA.

C'est bien le terme de « Berufsmässigkeit » qui a aujourd'hui été défini et introduit dans le secteur financier. C'est donc cette terminologie usuelle (clarifiée par la jurisprudence, définie par la FINMA et ancrée dans de nombreux règlements édictés par les OAR ou les banques) qui devrait être utilisée dans la nouvelle législation et ce, de manière unifiée dans la loi fédérale (LEFin) comme dans l'ordonnance d'application (OEFin).

Il s'agit ici de satisfaire aux principes juridiques de sécurité et de prévisibilité du droit.

Les avocats qui exécutent des mandats dans ces domaines financiers doivent pouvoir se référer à des critères d'assujettissement clairs. C'est la raison pour laquelle le texte allemand doit utiliser le terme de « Berufsmässigkeit ».

En effet, l'utilisation d'autres critères pour interpréter le terme « Berufsmässigkeit » dans les lois fédérales et les ordonnances d'application pourraient avoir des conséquences fâcheuses : une insécurité juridique quant à l'assujettissement d'une personne à la LBA et aux lois fédérales LSFin et LEFin au regard des ordonnances d'application.

3. Organes de médiation et d'arbitrage : indépendance et impartialité des médiateurs désignés selon la LSFIn et l'Ordonnance sur les services financiers (OSFin)

Il importe de souligner que cette modification des voies de règlement des litiges financiers telle que nouvellement ancrée dans la *lex specialis* LSFIn et son ordonnance d'application sur les services financiers (OSFin) doit respecter les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité de la médiation. En effet, ces principes sont indispensables à tout mode de résolution extrajudiciaire des litiges, tels que prévus dans ce texte de loi, en particulier la médiation.

De l'avis de nos experts, ces exigences nécessaires et fondamentales d'indépendance, tant au niveau financier qu'organisationnel, ne pourront être respectées que si les organes de médiation nouvellement prévus mandatent, cf. aux articles 394ss CO, des médiateurs indépendants.

En effet, il est difficile d'admettre que des médiateurs, en leur qualité de personnes physiques liées à un organe de médiation par un contrat de travail (art. 319ss CO), puissent conserver leur indépendance financière et organisationnelle. De plus, c'est seulement par contrat de mandat que les médiateurs conserveront leur indépendance par rapport à toute instruction éventuelle de l'organe de médiation. Ceci permettra d'éviter un lien de subordination, typique au contrat de travail, entre un médiateur et l'organe de médiation.

De même, conformément à l'article 84 alinéa 1 let. a, de la LSFIn seuls les organes de médiation qui jouissent eux-mêmes d'une totale indépendance organisationnelle et financière, peuvent obtenir la reconnaissance par le Département Fédéral des Finances (DFF).

Cette condition d'indépendance organisationnelle et financière est essentielle pour permettre la totale confidentialité des procédures de médiation, de même que pour assurer la neutralité et l'impartialité de l'organe de médiation et des médiateurs, ainsi que pour éviter tout conflit d'intérêts.

L'indépendance juridique des organes de médiation est d'autant plus importante, compte tenu de la source de financement prévue à l'art. 80 LSFIn.

Dès lors, il est indispensable d'assurer dans l'OSFin que les organes de médiation et les médiateurs mandatés par ceux-ci soient juridiquement, administrativement, fonctionnellement et financièrement indépendants, en particulier des prestataires de services financiers, des infrastructures du marché, des autorités judiciaires, de la FINMA, des organismes de surveillance, des organes d'enregistrement et de contrôle des prospectus, ainsi que des médiateurs qu'ils mandatent.

4. Bedingungsloser Anspruch auf Unterstellung unter eine Aufsichtsorganisation

Art. 13 FINIV gewährt Vermögensverwaltern und Trustees einen Rechtsanspruch, von einer bestimmten AO beaufsichtigt zu werden, wenn sie (die Vermögensverwalter/Trustees) mit ihren internen Vorschriften und ihrer Betriebsorganisation sicherstellen, dass die aufsichtsrechtlichen Vorgaben erfüllt werden. Damit wird den Aufsichtsorganisationen ein Kontrahierungszwang auferlegt.

Eine AO SAV-FSA und des Schweizerischen Notarenverbandes (SNV) müsste damit z.B. einen Edelmetallhändler aufnehmen und beaufsichtigen, obwohl dieser weder über eine juristische

Ausbildung verfügt noch erfolgreich eine strenge Prüfung zur Erlangung des Anwaltspatentes abgelegt hat noch die speziellen Gegebenheiten eines Anwaltsmandates und damit eines Anwalts-Klienten-spezifischen Vertrauensverhältnisses kennt.

Gerade für Anwälte und Notare ist ein Kontrahierungszwang nicht erforderlich. Trustee-Verhältnisse entstehen in der Regel aus der angestammten Anwaltstätigkeit unterliegenden Beratungsmandaten im Zusammenhang z.B. mit Nachlassplanungen etc. Schon durch das Standesrecht werden damit höchste Anforderungen an die als Trustee tätigen Anwälte und Notare gestellt und diesen damit umfassende Verhaltensregeln auferlegt. Die Einräumung der Möglichkeit, die Aufnahme von Trustees in eine AO von speziellen Bedingungen - eben z.B. einem Anwalts- bzw. Notariatspatent - abhängig zu machen, ist damit ein sehr geeignetes zusätzliches Mittel, eine qualitativ hochstehende Beaufsichtigung durch eine AO sicherzustellen.

Die Möglichkeit, bei der Aufnahme von Mitgliedern durch eine Anwalts-/Notaren-AO Einschränkungen z.B. nach besonderen Berufsqualifikationen (Patentzwang) vorzusehen, hat sich z.B. bei der bisherigen Tätigkeit als Anwalts-/Notaren-SRO sehr bewährt und wäre deshalb auch AO-rechtlich völlig unproblematisch und begrüssenswert. Entsprechende Einschränkungen im Bereich der GwG-SRO haben bislang auf jeden Fall dazu geführt, den Kreis der angeschlossenen Personen wirkungsvoll, effizient und fachkundig beaufsichtigen zu können.

Auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (Stichwort: Wirtschaftsfreiheit etc.) bestehen keine Probleme. Keinem Berufsgeheimnis unterliegenden Berufsgruppen stehen andere Aufsichtsorganisationen zur Verfügung.

Die Verpflichtung einer Anwalts-/Notaren-AO zur Aufnahme von z.B. Treuhändern, Edelmetallhändlern etc. würde zudem zu völlig impraktikablen und damit letztlich unlösbaren Problemen führen. Es muss deshalb unbedingt vorgesehen werden, dass eine AO die Aufnahme von Interessenten von besonderen Bedingungen abhängig machen kann.

Wir beantragen deshalb, in Art. 13 FINIV einen Zusatz in Form eines 2. Absatzes z.B. wie folgt aufzunehmen:

"Die AO kann den Anschluss von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen."

Allenfalls wäre im Sinne einer weniger weit gehenden Einschränkung denkbar, einer AO wenigstens die Möglichkeit zu geben, aufnahmewilligen Personen den Beitritt zu verweigern, sofern und soweit diese nicht einem gesetzlich geregelten Berufsgeheimnis unterstehen.

Damit würde eine mit den Sonderbestimmungen gemäss Art. 14 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 18 Abs. 3 GwG in Einklang stehende Regelung getroffen.

Denkbar wäre deshalb folgender Wortlaut:

"Die AO kann den Anschluss davon abhängig machen, dass Vermögensverwalter und Trustees einem gesetzlich geregelten Berufsgeheimnis unterstehen."

5. Höhe der Eigenmittel; Sicherheiten; anrechenbare Eigenmittel

Art. 24 Abs. 2 FINIV schreibt unter Verweis auf Art. 23 FINIG - dort ist ausschliesslich von Vermögensverwaltern und Trustees die Rede - vor, dass an die Eigenmittel zur Hälfte die

Geschäftsmodellrisiken abdeckende Berufshaftpflichtversicherungen angerechnet werden können.

Bei Anwälten und Notaren ist nach Art. 12 lit. f BGFA der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme, die Art und Umfang der Risiken Rechnung trägt, mindestens jedoch CHF 1'000'000.-- beträgt, obligatorisch. Üblich sind in der Branche bei Einzelanwälten/Einzelnotaren Deckungssummen von CHF 2'000'000.-- bzw. CHF 5'000'000.--, bei grösseren Kanzleien entsprechend höhere Beträge. Damit sind allein schon durch den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung mit den vorstehend genannten Deckungssummen Sicherheiten in erheblichem Mass vorhanden. Im Schadenfall kommt eine Versicherung zudem für den gesamten Schaden auf. Wenn eine Versicherung keine Leistungen zu erbringen braucht, liegt auch kein vom Vermögensverwalter und/oder Trustee zu ersetzender Schaden vor.

Es ist deshalb kein Grund ersichtlich, weshalb an die zu Recht als Sicherheit geforderten Eigenmittel lediglich 50% der Deckungssumme einer Berufshaftpflichtversicherung sollen angerechnet werden können. Eine Anpassung der Regelung im nachstehend erwähnten Sinn macht übrigens für alle in der Branche tätigen Personen mit einer Berufshaftpflichtversicherung zur Deckung der Geschäftsmodellrisiken Sinn.

Wir beantragen deshalb, die Wendung "zur Hälfte" in Abs. 2 von Art. 24 FINIV zu streichen.

6. Anpassungsvorschläge in der Verordnung über die Aufsichtsorganisationen (AOV)

6.1. Die Art. 12ff. AOV bestimmen die Voraussetzungen für die Ausführung der Prüfung bei den von der AO Beaufsichtigten. In Art. 14 sind die Zulassungsvoraussetzungen für leitende Prüfer geregelt. In einer früheren Bekanntgabe der Normenkonzepte zu den heute vorliegenden Verordnungen im Kreise der betroffenen SRO, war explizit festgehalten, dass für die Ausführungsbestimmungen zu den Zulassungsbedingungen für Prüfgesellschaften die entsprechenden Bestimmungen der Revisionsaufsichtsverordnung (RAV) übernommen würden.

Nach Prüfung des nun vorgesehenen Art. 14 AOV fällt auf, dass eine entsprechende Regelung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses bei Anwälten und Notaren, die als Trustee oder Vermögensverwalter qualifizieren und damit künftig einer AO-Prüfung unterstehen, fehlt.

Der SAV beantragt deshalb, in Anlehnung an Art. 9a Abs. 5 RAG und Art. 18 Abs. 3 GwG resp. an den neuen Art. 22c nGwV, den Art. 14 AOV um einen 4. Absatz wie folgt zu ergänzen:

Abs. 4: "Die zur Wahrung des Berufsgeheimnisses als Prüfer bei Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen oder Notaren eingesetzten Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen oder Notare verfügen über die einschlägigen Kenntnisse, die entsprechende Praxis und die erforderliche Weiterbildung, wenn sie die Voraussetzungen nach Art. 22c nGwV erfüllen."

6.2. Ausbildungsverbot für die Aufsichtsorganisation: Unter dem Titel der Gewähr und Unabhängigkeit ist es der Aufsichtsorganisation in Art. 4 Abs. 3 lit. b untersagt, Beaufsichtigte auszubilden. Dem stehen beispielsweise die Anforderungen aus Art. 11 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 FINIG nach „fachlichen Qualifikationen“ und „angemessener Ausbildung“ sowie die grundsätzliche Anforderung nach „notwendigen Fähigkeiten und Kenntnissen“ für Finanzdienstleister nach Art. 22 FIDLEG resp. Art. 23 Abs. 1 lit. b FIDLEV entgegen. Aus Sicht einer SRO, wie jener der SRO SAV/SNV, die für ihre beaufsichtigten Finanzintermediäre (FI) seit bald 20 Jahren jährliche Aus- und Weiterbildungen anbietet,

ist ein solches Verbot im AO-Bereich nicht nachvollziehbar. Welche Organisation, wenn nicht die mit der Aufsicht und Prüfung der Beaufsichtigten beauftragte, ist geeigneter, dank ihren Erkenntnissen aus der Aufsicht, Prüfung ihrer Beaufsichtigten und der Praxis, letztere aus- und fortzubilden? Dieser Bestimmung kann unter Gewährs- und Unabhängigkeitsgesichtspunkten nicht gefolgt werden.

Der SAV beantragt deshalb, Art. 4 Abs. 3 lit. b AOV ersatzlos zu streichen.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez aux présentes observations et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, Monsieur le Chef de service, Mesdames, Messieurs, à notre haute considération.

Président SAV-FSA
Urs Haegi

Secrétaire général SAV-FSA
René Rall