

Herr
Bundesrat Hans-Rudolf Merz
zHd. Eidg. Finanzverwaltung
Rechtsdienst
Bernerhof
3003 Bern

RR/FM

312

Bern, 3. Mai 2010

Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsendelikte und Markmissbrauch)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dankt Ihnen für die Einladung zur Stellungnahme zum oben erwähnten Bundesgesetz.

Vorbemerkung im Zusammenhang mit der Auskunftspflicht

Vorgängig der Stellungnahme zu den uns in den Unterlagen gestellten Fragen erlauben wir uns, im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Auskunftspflicht auf einen für die Rechtssicherheit essentiellen Punkt hinzuweisen:

In seiner Motion Nr. 093362 fordert der Nationalrat, dass in den Verfahrensrechten des Bundes (Kartellgesetz, Bundesgesetze über das Verwaltungsverfahren, Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess, Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht etc.) Bestimmungen zum Umfang des anwaltlichen Berufsgeheimnisses (Schutz anwaltlicher Dokumente; absoluter Geheimnisschutz nach BGFA) sachlich gleich wie in der Schweizerischen Zivilprozessordnung bzw. der Schweizerischen StPO (Inkrafttreten: 1.1.2011) zu regeln sind. In seiner Antwort vom 20.5.2009 teilt der Bundesrat die Haltung des Nationalrats. Vor diesem Hintergrund erachtet es der SAV als eine absolute Notwendigkeit, das anwaltliche Berufsgeheimnis der in Art. 33i (neu) VE-BEGH statuierten Auskunftspflicht vorzubehalten, wie folgt:

"(2) Das in Art. 13 Abs. (1) des Bundesgesetzes vom 23.06.2000 über die Freizugigkeit der Anwältinnen und Anwälte verankerte Berufsgeheimnis bleibt vorbehalten."

Zu den gestellten Fragen

1. Frage: Wie lautet Ihre Meinung zur Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft und der Bundesgerichte für die strafrechtliche Verfolgung und Beurteilung der Börsendelikte?

Die Neuerungen des VE sind zu begrüßen. Die komplexen Sachverhalte und entsprechend anspruchsvollen rechtlichen Bestimmungen verlangen eine Konzentration des Fachwissens. Die vorgesehene Möglichkeit, 'Bagatellverfahren' an die Kantone zu delegieren, würde allerdings diesen Effizienzgewinn zum Teil wieder in Frage stel-

len, ohne dass diesem Nachteil eine nennenswerte Entlastung der Bundesbehörden gegenüber stehen dürfte (handelt es sich doch nur um Bagatellfälle).

Die Kann-Vorschrift (2. Abs. von Art. 44c neu) ist zu streichen.

2. Frage: Exploitation de la connaissance d'initiés (article 44 a AP)

Propositions de déterminations :

1. L'actuel article 161 CP consacré à « *l'exploitation de la connaissance de faits confidentiels* » institue comme condition objective de punissabilité l'obtention effective d'un avantage pécuniaire pour l'auteur lui-même ou pour un tiers. Il s'agit du résultat de l'infraction, sans lequel il n'y a que tentative (Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, Stämpfli Editions SA, Berne 2002, ad article 161 CP, N° 30, page 434) ; peu importe que l'auteur exploite lui-même le fait confidentiel ou qu'il le divulgue auprès d'un tiers. C'est donc un délit matériel dont le résultat (l'obtention effective d'un avantage pécuniaire) est distinct de la seule révélation d'un secret.

a) Dans le projet d'article 44 a, très curieusement et sans que la question ne soit débattue dans le rapport explicatif, seule l'exploitation du secret par « l'initié du premier cercle » lui-même impose l'avantage pécuniaire comme condition objective de l'infraction (article 44 a, alinéa 1, lettre a AP). Au surplus, contrairement à l'intention clairement exposée dans le rapport explicatif, cette disposition laisse entendre que la seule intention, même non réalisée, d'obtenir un avantage pécuniaire suffit (« ... *pour se procurer un avantage pécuniaire...* »), alors que, dans l'esprit des auteurs de l'avant-projet, la punissabilité suppose l'obtention effective d'un avantage pécuniaire. Il s'agit là manifestement d'une erreur de formulation.

b) Il n'en reste pas moins que, selon toutes les apparences, la nouvelle disposition punit la révélation à un tiers d'informations d'initiés (article 44 a, alinéa 1, lettre b AP), ainsi que la recommandation à un tiers (article 44 a, alinéa 1, lettre c AP) en tant que telles, indépendamment de la question de savoir si le tiers a ou non utilisé ces informations ou recommandations à son profit, c'est-à-dire s'il a obtenu ou non un avantage pécuniaire. Nous pensons que telle ne pouvait être l'intention réelle des auteurs de l'avant-projet. Rien dans le rapport explicatif ne permet d'ailleurs de penser qu'on a voulu faire de la « *révélation à des tiers* » ou de la « *recommandation à des tiers* » un pur délit formel (comme l'article 162 CP qui ferait d'ailleurs dès lors double emploi). Si tel était le cas, on ne comprendrait au surplus pas l'article 44a alinéa 2 AP, consacré à l'infraction qualifiée du seul fait que l'avantage pécuniaire ainsi obtenu est « *notable* ».

En outre, si les choses restaient ainsi, l'initié qui divulguerait auprès d'un tiers des informations confidentielles de manière à ce que ce tiers (son épouse, par exemple) obtienne un avantage pécuniaire considérable ne serait punissable que pour un délit et non pas un crime, ce qui apparaît choquant au regard de la ratio legis affichée par les auteurs de cette nouvelle disposition.

La FSA suggère donc d'inclure l'obtention effective d'un avantage pécuniaire pour soi-même ou pour un tiers dans la première phrase de l'alinéa 1 de l'article 44 a AP.

2. L'alinéa 5 de l'article 44 a AP pose également problème. Le rapport explicatif est pourtant clair sur les intentions des auteurs du projet : rendre impunissable celui qui crée l'information d'initié dans le cas où il l'utiliserait à son profit. Il en va de même pour la personne à qui il donne des ordres et qui devient, par la force des choses, le récipiendaire d'une information d'initié, à moins bien sûr que ce tiers exploite à son profit cette information.

Malheureusement, dans sa formulation actuelle, cette clause est incompréhensible et ne permet pas de recouvrir la cautèle évoquée ci-dessus.

La FSA est donc d'avis qu'il faudrait reformuler cette disposition.

3. Frage: Wie lautet Ihre Meinung zu Art. 33g VE-BEHG (allgemeine oder erweiterte Finanzmarktaufsicht)? Welche Variante befürworten Sie?

Die Variante A, welche mit der allgemeinen Finanzmarktaufsicht durch die FINMA, einer fachlich ausgewiesenen Behörde, eine umfassende Regelung vorsieht, die allenfalls rasch an veränderte Verhältnisse und Erscheinungsformen des zu regelnden Verhaltens angepasst werden kann, hat den zusätzlichen Vorteil, den Anforderungen der Richtlinie 2003/6/EG zu genügen und damit die Reputationsrisiken des Schweizer Finanzplatzes zu begrenzen. Um dieser Vorteile nicht verlustig zu gehen, ist die Variante A vorzuziehen.

Den genannten Vorteilen steht jedoch die Skepsis gegenüber, einer Verwaltungsbehörde wie der FINMA zu weit gehende quasi-legislatorische Kompetenzen einzuräumen. In der Variante B sind die 'weiteren untersagten Marktverhalten' – allerdings im Hinblick auf Kompatibilität mit der EG-Richtlinie unvollständig – vorgegeben. Der zu allgemein formulierte Abs. 1 der Variante A ist durch den folgenden, der Variante B entnommenen Text zu ersetzen:

"(1) Unzulässig handelt, wer zur Täuschung der Marktteilnehmer Transaktionen vornimmt, insbesondere, wer:

- a. In der Absicht, Handelsvolumen vorzutäuschen, Effekten beidseitig direkt oder indirekt auf Rechnung derselben Person kauft und verkauft;
- b. eine bestimmte Effekte oder darauf bezogene derivative Finanzinstrumente besitzt oder über eine entsprechende Short-Position verfügt und den Kauf oder Verkauf dieser Effekten in der Absicht, einen Vermögensvorteil zu erzielen, öffentlich empfiehlt, ohne zuvor oder in unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Empfehlung in gleicher Weise bekannt gemacht zu haben, dass er diese Effekte oder die darauf bezogenen derivativen Finanzinstrumente selbst besitzt oder über entsprechende Short-Positionen verfügt (Scalping);
- c. Effektdépôts verwaltet und vertrauliche Kundenaufträge dazu ausnützt, eigene Geschäfte zu tätigen, in der Absicht, einen Vermögensvorteil zu erzielen (Front- und Parallelrunning).

(2) Die FINMA wird ermächtigt, Ausführungsbestimmungen zu erlassen, insbesondere die in lit. a., b. und c. des vorstehenden Abs. (1) umschriebenen Verhaltensweisen durch weitere, vergleichbare Tatbestände zu ergänzen bzw. Abgrenzungen zwischen zulässigen und unzulässigen Transaktionen vorzunehmen."

Ergänzung zum Art. 33i (neu) VE-BEGH, Auskunftspflicht

Es kann hier auf die einleitende Vorbemerkung verwiesen werden.

Gerne hoffen wir, dass unseren Überlegungen und Argumenten Beachtung geschenkt wird.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband:

Avv. Brenno Brunoni
SAV