



Vermögensverwalter: zwischen Hammer und Amboss

PROF. PAOLO BERNASCONI, DR. H.C.

„In der Schweiz tätige Finanzintermediäre sind nicht für die rechtliche und steuerliche Konformität ihrer Kundendepots verantwortlich.“ Diese berufliche Verhaltensregel, die jahrzehntelang Tausenden Finanzintermediären in der Schweiz fette Gewinne einbrachte, ist inzwischen veraltet. In der heutigen Zeit arbeiten die Finanzintermediäre zwischen dem Hammer ausländischer Straf- und Steuerbehörden einerseits und dem Amboss der Schweizer Aufsichts-, Straf- und Steuerbehörden andererseits.

Der erste Hammerschlag erfolgte am 1. August 1990, als Geldwäscherei von Erträgen aus kriminellen Handlungen strafbar wurde, selbst dann, wenn sie auf ausländischem Staatsgebiet erfolgte. Darüber hinaus erhielt Artikel 305bis des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, der einen historischen Wendepunkt darstellte, einen „kleinen Bruder“: die Strafbarkeit mangelnder Sorgfalt bei der Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten, auch wenn sich dieser hinter den Tausenden von Off-Shore-Gesellschaften versteckte, die jahrzehntelang als Inhaber Schweizer Bankkonten genutzt wurden.

Der zweite Hammerschlag war das Inkrafttreten der Strafbarkeit der Geldwäscherei von Erträgen aus schweren Steuerdelikten am 1. Januar 2016, und zwar nicht nur, wenn diese zu Lasten des Schweizer Fiskus, sondern auch zum Nachteil des Fiskus jedes beliebigen Landes erfolgte. Wie konnte diese Bresche geschlagen werden?

EIN 40 JAHRE LANGER WEG Am Anfang stand Artikel 8 (heute Artikel 53) der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), die von der Schweizerischen Bankiervereinigung erarbeitet wurde. Dieser Artikel sah bereits Folgendes vor: „Die Banken leisten Täuschungsmanövern ihrer Vertragspartner gegenüber Behörden des In- und Auslandes, insbesondere gegenüber Steuerbehörden, weder durch unvollständige noch auf andere Weise irreführende Bescheinigungen Vorschub“. Eine Verpflichtung, die ausländischen Behörden und „insbesondere [...] (die) Steuerbehörden“ zu respektieren, wurde also bereits vor 40 Jahren geschaffen. Der Weg war also sehr lang, zwischen dem 1. Juli 1977, als die VSB in Kraft trat, und dem 1. Januar 2016, dem Inkrafttreten der neuen „fiskalischen“ Version von Artikel 305bis des Strafgesetzbuches. Hunderttausende Steuerzahler in der Schweiz und im Ausland profitierten in grossem Umfang von dieser langwierigen Entwicklung.

DATENÜBERMITTLUNG MIT GEFÄHRLICHEN FOLGEN

Heute jedoch verfügen die Steuerbehörden vieler Länder über eine immense Fülle an Informationen. Nicht nur über ihre Steuerzahler, sondern auch über die Finanzintermediäre, die diesen jahrzehntelang zur Seite standen. Zehntausende von Berichten, die bei den ausländischen Steuerbehörden durch reuige Steuerzahler im Rahmen der „freiwilligen Offenlegung“ eingereicht wurden, beschreiben ebenfalls minutiös die professionellen Leistungen, von denen sie profitierten, einschliesslich jener von in der Schweiz tätigen Finanzintermediären (den Steuerbehörden in Italien wurden beispielsweise mehr als 130 000 Berichte vorgelegt, von denen sich ca. 70 % auf Depots und andere Vermögenswerte in der Schweiz bezogen).

[*Das Schweizer Gesetz erlaubt es allerdings nicht einmal dem Bundesrat, eine direkte Datenübermittlung zu autorisieren, wenn damit Artikel 273 des Strafgesetzbuches verletzt wird, der die Übermittlung wirtschaftlicher Auskünfte an ausländische Behörden verbietet*]

Für die Umsetzung von FATCA in den USA gilt dasselbe. Dabei entwickelten nur wenige Hundert professionelle Finanzintermediäre genug Energie, um den Banken durch Schweizer Zivilgerichte zu verbieten, den ausländischen Behörden ihre Namen preiszugeben. Sie beriefen sich dabei auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz sowie das Bundesgesetz über den Datenschutz. In der Zwischenzeit wurden aber den Steuerbehörden der USA und anderer Länder bereits Zehntausende Namen mitgeteilt. Oft sogar ohne die betroffenen Berufsleute, deren Namen offengelegt wurden, darüber zu informieren.

Diese Datenübermittlung durch die Banken wurde selbst vom Bundesrat genehmigt, und dies weil er als zuständige Behörde ein Strafverfahren in der Schweiz nach Artikel 271 des Strafgesetzbuches, der verbotene Handlungen zugunsten eines fremden Staates bestraft, verhindern kann. Das Schweizer Gesetz erlaubt es jedoch nicht einmal dem Bundesrat, eine direkte Datenübermittlung zu bewilligen, wenn damit Artikel 273 des Strafgesetzbuches verletzt wird, der die Übermittlung von Auskünften wirtschaftlicher Natur an ausländische Behörden verbietet.

EINE JAGD IN ALLE RICHTUNGEN Trotz dieser Regel wurden bei der Jagd der ausländischen Steuerbehörden auf „Leaver“, d. h. flüchtige Steuersünder, weiterhin auch die Namen der „Easier“, d. h. der Finanzintermediäre preisgegeben, die ihnen bei der Steuerflucht behilflich waren. Das wird sich auch künftig nicht ändern. Der automatische



Austausch von Finanzinformationen, bei dem die Verfahrensgarantien zugunsten der Kunden auf ein derartiges Minimum reduziert werden, das es manche sogar für verfassungswidrig halten, wird den ausländischen Steuerbehörden eine Datenmenge zur Verfügung stellen, mit der sie Tausende von Steuersündern identifizieren können.

[Trotz dieser Regel wurden bei der Jagd der ausländischen Steuerbehörden auf ‚Leaver‘, d. h. flüchtige Steuersünder, weiterhin auch die Namen der ‚Easier‘, d. h. der Finanzintermediäre preisgegeben, die ihnen bei der Steuerflucht behilflich waren]

Basierend auf deren Erklärungen oder aufgrund von an die Eidgenössische Steuerverwaltung gerichteten Gruppenanfragen, werden diese Daten auch Gehilfenhandlungen von Vermögensberatern und -verwaltern aufdecken, die von den ausländischen Straf- oder Steuerbehörden als strafbar eingestuft werden (was Gruppenanfragen betrifft, so wird das Bundesverwaltungsgerichts-Urteil vom 21. März 2016, das die Gruppenanfrage der niederländischen Steuerbehörde gegen niederländische UBS-Kunden ablehnte, nicht zwingend einen Einfluss auf die Tragweite derjenigen Doppelbesteuerungsabkommen haben, die zwischen der Schweiz und anderen Ländern abgeschlossen werden).

NACH WIE VOR VÖLLIGE RECHTSUNSICHERHEIT Die FINMA und vor ihr die Eidgenössische Bankenkommission wiederholten ihre Warnungen unablässig. Ein im Mai 2014 veröffentlichter Bericht¹ besagt: „Die FINMA ging in den letzten Jahren im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit intensiv der Frage nach, wie die Schweizer Banken mit den Risiken der Beihilfe zu Steuerdelikten ausländischer Kunden umgehen. Sie führte in diesem Kontext neben dem Verfahren gegen Credit Suisse zahlreiche weitere Enforcementverfahren.“ Des Weiteren bereits zwei Jahre früher²: „So ist es vor allem relevant, ob und wann ausländische Rechtsordnungen und die mit ihrer Durchsetzung betrauten Organe Handlungen oder Unterlassungen von Finanzinstituten als Beihilfe zu Steuerdelikten betrachten. Dies ist selbst bei Tätigkeiten relevant, die ausschliesslich in der Schweiz erbracht werden.“ Es bleibt der schweizerischen Lehre nichts anderes übrig, als sich anzupassen, wie man es u. a. anlässlich der Schweizerischen Bankrechtstagung am Institut für Bankrecht in Bern im Jahr 2014 feststellen konnte. Die Unsicherheit über den Umgang mit Rechts- und Reputationsrisiken bleibt bestehen. Das Parlament hat bereits angekündigt, dass die vom Bundesrat vorgesehene Vorschrift mit dem Ziel, mehr Klarheit zu schaffen, zweifellos zu Fall gebracht werden würde (es geht hier um Artikel 6a des schweizerischen Bundesgesetzes gegen Geldwäscherei, der den Titel „Prüfung der Steuerkonformität“ trug).

Was den Umgang mit diesen Risiken betrifft, so gibt es also weder im Bundesgesetz gegen Geldwäscherei noch in der entsprechenden Verordnung der FINMA oder in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken eine Norm dazu. Daher werden ausländische Kunden sowie deren Berater und Vermögensverwalter weiterhin gezwungen sein, die Schweizer Zivilgerichte zu bemühen, um Konflikte zwischen dem Aufsichtsrecht einerseits und dem Zivilrecht andererseits zu vermeiden. Bleibt die Frage, ob es dem Fiskus gelingen wird, das Zitat von Blaise Pascal zu widerlegen: „Plaisante justice qu’une rivière borne! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà“, wonach die Gültigkeit der Gesetze immer von Ort und Zeit und der jeweiligen Situation abhängt.

1 - Untersuchung der FINMA des Geschäfts der Credit Suisse mit US-Kunden. Kurzbericht.

2 - FINMA, Häufig gestellte Fragen (FAQ), Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft, 19. Juni 2012

PAOLO BERNASCONI

Paolo Bernasconi ist Anwalt und Notar, Mitinhaber der Anwaltskanzlei Bernasconi Martinelli Alippi & Partners in Lugano (Schweiz). Emeritierter Titularprofessor für internationales Wirtschaftsstrafrecht an der Universität St. Gallen; seit 1990 Professor am Zentrum für Bankstudien in Lugano-Vezia. Im April 2013 verlieh ihm die Universität Zürich den Ehrendokortitel für seinen wissenschaftlichen Beitrag zur Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts.

Ehemaliger Staatsanwalt in Lugano von 1969 bis 1985.



Gérants de fortunes entre le marteau et l'enclume

PROF. PAOLO BERNASCONI

«L'intermédiaire financier agissant en territoire suisse n'est pas responsable de la conformité légale et fiscale des dépôts de ses clients». Cette règle de comportement professionnel qui a fait la fortune de milliers d'intermédiaires financiers en Suisse pendant des décennies est désormais périmée. Nous sommes entrés dans une autre époque, celle où tous les intermédiaires financiers doivent travailler entre le marteau des autorités étrangères, pénales et fiscales, et l'enclume des autorités suisses, pénales, fiscales et prudentielles.

Le 1^{er} août 1990, un premier coup de marteau était assené avec l'entrée en vigueur de la punissabilité du blanchiment d'argent du produit de crimes, même lorsque ceux-ci avaient été commis sur territoire étranger. De surcroît, l'article 305 bis du Code pénal suisse, qui introduisait ce tournant historique, était accompagné d'un petit frère: la punissabilité en cas de défaut de diligence concernant l'identification de l'ayant-droit économique, même lorsque celui-ci se trouvait être dissimulé derrière une des milliers de sociétés offshore utilisées pendant des décennies comme titulaires de comptes bancaires en Suisse. Un second coup de marteau a été appliqué avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2016, de la punissabilité du blanchiment d'argent provenant d'infractions graves commises non seulement au détriment du fisc suisse, mais aussi au détriment du fisc étranger de n'importe quel pays. Comment cette brèche a-t-elle été ouverte?

UNE LONGUE MARCHÉ DE 40 ANS C'est l'article 8 (aujourd'hui art. 53) de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), Convention élaborée par l'Association suisse des banquiers, qui en a été à l'origine. Cet article prévoyait déjà ce qui suit: «les banques ne doivent pas fournir une aide à leurs cocontractants dans des manœuvres visant à tromper les autorités suisses et étrangères, en particulier les autorités fiscales, au moyen d'attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière». Voici donc qu'était créée, il y a 40 ans, une obligation ayant trait au respect des autorités étrangères et «en particulier les autorités fiscales». Le chemin a donc été très long entre le 1^{er} juillet 1977, date d'entrée en vigueur de la CDB, et le 1^{er} janvier 2016, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle version «fiscale» de l'article 305bis du Code pénal. Des centaines de milliers de contribuables suisses et étrangers ont largement bénéficié de la lenteur de cette évolution.

DES CONSÉQUENCES DANGEREUSES DE LA TRANSMISSION DES DONNÉES Mais aujourd'hui les autorités fiscales de nombreux pays disposent d'une masse colossale de renseignements qui concernent non seulement leurs contribuables, mais aussi les intermédiaires financiers qui les ont assistés pendant ces décennies. Les dizaines de milliers de rapports présentés aux autorités fiscales étrangères par leurs contribuables repentis dans le cadre des programmes de «voluntary disclosure» décrivent minutieusement aussi les prestations professionnelles dont ils ont bénéficié, y compris de la part des intermédiaires financiers agissant en Suisse (précisons que, pour l'Italie par exemple, plus de 130'000 rapports ont été présentés aux autorités fiscales, dont environ 70% concernaient des dépôts et des biens d'autre nature en Suisse).

[Ce que la loi suisse ne permet pas, pas même au Conseil fédéral, c'est d'autoriser la transmission directe en violation de l'article 273 du Code pénal qui condamne l'espionnage économique en faveur d'autorités étrangères]

Et il en va de même avec la mise en œuvre du programme américain FATCA. Car ils ne sont que quelques centaines de professionnels à avoir déployé l'énergie suffisante pour

obtenir de la part des tribunaux civils suisses qu'ils interdisent aux banques de dévoiler leurs noms aux autorités étrangères, en demandant l'application des normes de droit civil pour la protection de la personnalité, ainsi que de la loi fédérale sur la protection des données. Entre-temps, des dizaines de milliers de noms ont déjà été mis à disposition des autorités fiscales américaines ou d'autres pays, très souvent sans même renseigner les personnes concernées, celles dont les noms avaient été ainsi dévoilés.

Cette transmission de données par les banques a été autorisée même par le Conseil fédéral, qui est l'autorité compétente pour empêcher l'ouverture d'une procédure pénale suisse, en application de l'article 271 du Code pénal punissant les actes commis en faveur d'autorités étrangères. Pourtant, ce que la loi suisse ne permet pas, pas même au Conseil fédéral, c'est d'autoriser la transmission directe en violation de l'article 273 du Code pénal qui condamne l'espionnage économique en faveur d'autorités étrangères.

UNE TRAQUE TOUS AZIMUTS En dépit de cette règle, la chasse menée par les autorités fiscales étrangères à l'encontre des «leavers», c.-à-d. des fraudeurs fiscaux en fuite, continuera de révéler également les noms des «easiés», c.-à-d. des professionnels qui les auront assistés en matière d'évasion fiscale. Et il en ira de même à l'avenir. L'échange automatique de renseignements financiers, contre lequel les garanties de procédure en faveur des clients seront



réduites à un minimum que certains jugent même anticonstitutionnel, mettra à disposition des autorités fiscales étrangères une masse de données qui leur permettra de détecter des milliers de fraudeurs fiscaux.

[En dépit de cette règle, la chasse menée par les autorités fiscales étrangères à l'encontre des «leavers», c.-à-d. des fraudeurs fiscaux en fuite, continuera de révéler également les noms des «easiers», c.-à-d. des professionnels qui les auront assistés en matière d'évasion fiscale]

Ainsi, sur la base de leurs déclarations ou sur celle du résultat de l'exécution des demandes groupées adressées à l'Administration fiscale des contributions, ces données révéleront également les actes de complicité des consultants et gérants de patrimoines, lesquels seront considérés comme punissables par les autorités pénales ou fiscales étrangères (en ce qui concerne les demandes groupées, le jugement du Tribunal administratif fédéral prononcé le 21 mars 2016 qui rejetait la demande groupée présentée par le fisc néerlandais contre les clients hollandais de l'UBS, ne déploiera pas nécessairement ses effets au niveau des conventions contre la double imposition ratifiées par la Suisse avec d'autres pays).

L'INCERTITUDE JURIDIQUE RESTE TOTALE

La FINMA et, avant elle, la Commission fédérale des banques, n'ont eu de cesse de réitérer les avertissements. Comme il ressort d'un rapport publié en mai 2014¹: «la FINMA s'est intéressée de manière intensive dans les dernières années, dans le cadre de son activité de surveillance, au traitement par les banques des risques liés à la participation à des délits fiscaux de clients étrangers. En sus de la procédure engagée à l'encontre du Credit Suisse, la FINMA a, dans ce contexte, conduit de nombreuses autres procédures d'enforcement». Et encore, mais déjà deux ans plus tôt²: «il est avant tout important de savoir si et quand le droit étranger et les autorités chargées de son application considèrent les actes ou les omissions d'institutions financières comme constitutives de participation à des délits fiscaux. Cela est pertinent même lorsque les activités se déroulent exclusivement en Suisse». La doctrine suisse n'a plus qu'à s'y rallier, ainsi qu'on a pu le constater, entre autres, à l'occasion de la Journée de droit bancaire qui s'est tenue à l'Institut de droit bancaire suisse à Berne en 2014. Et l'incertitude concernant la gestion des risques légaux et réputationnels persiste. Le Parlement a d'ailleurs déjà précisé que la norme prévue par le Conseil fédéral dans le but de dissiper ce brouillard serait indubitablement torpillée (il s'agit en l'occurrence de l'article 6a de la Loi fédérale contre le blanchiment d'argent qui portait le titre «Examen de la conformité fiscale»).

Concernant la gestion de ces risques, il n'existe donc aucune norme dans la Loi fédérale contre le blanchiment, ni dans l'Ordonnance relative de la FINMA, ni dans la Convention de diligence. Les clients étrangers ainsi que leurs consultants et les gérants de leurs patrimoines seront par conséquent contraints de continuer à alimenter les tribunaux civils suisses avec la requête d'éviter les conflits entre le droit prudentiel, d'une part, et le droit civil, d'autre part. L'appétit fiscal en viendrait-il à contredire cette pensée de Blaise Pascal: «plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà»?

1 - Rapport sommaire de la FINMA publié le 20 mai 2014 concernant les activités du Credit Suisse avec des clients américains

2 - Communication FINMA 37/2012 du 19 juin 2012

PAOLO BERNASCONI

Avocat et notaire, cotitulaire de l'Étude d'avocats Bernasconi Martinelli Alippi & Partners à Lugano (Suisse). Professeur titulaire émérite de droit pénal économique international à l'Université de St. Gall; depuis 1990 professeur au Centre d'Études bancaires de Lugano-Vezia. Remise du titre de docteur *honoris causa* par l'Université de Zurich en avril 2013 pour sa contribution scientifique au développement du droit pénal économique. Ancien Magistrat du Ministère Public à Lugano de 1969 à 1985.