

EBK CFB



Bulletin

Bulletin 46 / 2004

46 / 2004

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

Bulletin

46 / 2004

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

607.146

11.2004 4000 860123651

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungen	9
Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit; «Gewährsbrief» ist keine Verfügung	21
Verwaltungsrat einer Bank; Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit	32
Amtshilfeverfahren; Verdacht auf Übermittlung falscher Informationen an die EBK; Ausserordentliche Revision	46
Temporäres Berufsverbot gegen Mitarbeiter eines Effektenhändlers; Zuständigkeit der Eidg. Bankenkommission	51
Zuständigkeit des durch die Eidg. Bankenkommission eingesetzten Beobachters (künftig Untersuchungsbeauftragter) zur Sachverhaltsermittlung; Ausübung einer Banktätigkeit ohne Bewilligung zugunsten einer ausländischen Bank	63
Internationale Amtshilfe; Beschwerdebefugnis des wirtschaftlichen Berechtigten und eines externen Vermögensverwalters ohne Verwaltungsauftrag.	119
Internationale Amtshilfe; Veröffentlichung der Sanktion nach abgeschlossenem Verfahren; Stichprobeweise Auswahl von Transaktionen	133
Internationale Amtshilfe; Anfangsverdacht	147

Inhaltsverzeichnis

Liquidation einer Gesellschaft infolge unerlaubter Händlertätigkeit;
Legitimation zur Beschwerde gegen den Entscheid der EBK;
Möglichkeit der Überprüfung der Rechtmässigkeit
des Entscheids der EBK im Verantwortlichkeitsverfahren 155

Bankenkonkurs; Anwendung der Vorschriften
über den Bankenkonkurs auf Effekthändler;
Prüfung der Sanierungschancen 169

Zitervorschlag: EBK Bulletin 46

	Page
Abréviations	9
Garantie de l'exercice d'une activité irréprochable; décision de non-entrée en matière sur une requête tendant à faire adopter sous forme de décision une «lettre concernant la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable»	21
Conseil d'administration d'une banque; garantie de l'exercice d'une activité irréprochable	31
Entraide administrative internationale; soupçons de transmission de fausses informations à la CFB; révision extraordinaire	46
Interdiction provisoire de pratiquer contre des collaborateurs d'un négociant en valeurs mobilières; compétence de la Commission fédérale des banques	51
Compétences de l'observateur (actuellement du chargé d'enquête) nommé par la CFB pour l'établissement d'un état de fait; exercice sans autorisation d'une activité bancaire en faveur d'une banque étrangère	64
Entraide administrative boursière; qualité pour recourir contre une décision de la CFB de la part de l'ayant droit économique et d'un tiers gérant qui ne détient pas un mandat de gestion	120

Sommaire

Entraide administrative internationale; une publication
de la sanction à l'issue de la procédure n'a pas d'influence
sur le caractère protecteur du principe de confidentialité;
un choix d'échantillons de transactions est autorisé 134

Entraide administrative internationale; soupçon initial 147

Mise en liquidation d'une société pour exercice illicite
d'une activité de négociant; qualité pour recourir contre la décision
de la CFB; possibilité de contrôler la licéité de la décision
dans le cadre d'une procédure en responsabilité contre l'État 154

Faillite bancaire: application des dispositions sur la faillite
bancaire aux négociants en valeurs mobilières;
examen des chances de succès de l'assainissement 168

Proposition pour la citation: Bulletin CFB 46

	Pagina
Abbreviazioni	9
Garanzia dell'esercizio di un'attività irreprensibile; decisione di non entrata in materia su una richiesta per rilasciare una «lettera concernente la garanzia dell'esercizio di un'attività irreprensibile» sotto forma di decisione	22
Consiglio di amministrazione di un istituto bancario; Esercizio di un'attività irreprensibile	34
Assistenza amministrativa internazionale; Sospetto di trasmissione di informazioni false alla CFB; revisione straordinaria	47
Divieto provvisorio di esercitare la propria professione nei confronti dei collaboratori di un commerciante di valori mobiliari; competenza della Commissione federale delle banche	52
Competenze dell'osservatore (ora dell'incaricato delle inchieste) nominato dalla CFB per l'esame di una fattispecie; esercizio senza autorizzazione di un'attività bancaria a favore di una banca estera	61
Assistenza amministrativa in materia borsistica; qualità per ricorrere contro una decisione della CFB dell'avente diritto economico e del gestore esterno che non detiene un regolare mandato di gestione patrimoniale.	118

Sommario

Assistenza amministrativa internazionale;
la pubblicazione della sanzione alla fine di una procedura
non influenza il carattere protettore del principio della confidenzialità;
la scelta di campioni di transazioni è autorizzata 136

Assistenza amministrativa internazionale; sospetto iniziale 148

Liquidazione di una società per esercizio illecito di un'attività
di negoziante di valori mobiliari; qualità per ricorrere contro
la decisione della CFB; possibilità di controllo della liceità
della decisione nel quadro di una procedura di responsabilità
contro lo Stato 157

Fallimento di banche; applicazione delle norme sul fallimento
bancario ai commercianti di valori mobiliari;
esame della possibilità di risanamento. 168

Proposta di citazione: Bollettino CFB 46

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

ABV	Verordnung über die ausländischen Banken in der Schweiz vom 21. Oktober 1996 (Auslandbankenverordnung, SR 952.111) OBE/OBE/FBO
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (Anlagefondsgesetz, SR 951.31) LFP/LFI/IFA
AFV	Verordnung über die Anlagefonds vom 19. Oktober 1994 (SR 951.311) OFP/OFI/IFO
AFV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Anlagefonds vom 24. Januar 2001 (Anlagefondsverordnung SR 951.311.1) OFP-CFB/OFI-CFB/IFO-SFBC
APA	Federal Act on Administrative Procedure of 20 December 1968 (Administrative Procedure Act 1968) VwVG/PA/PA
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts RO/RU/RO
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse BGE/DTF/ATF
ATF	Decisions of the Federal Supreme Court BGE/ATF/DTF
BA	Federal Banking Act of 8 November 1934 (Banking Act 1934) BankG/LB/LBCR
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, SR 952.0) LB/LBCR/BA
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, SR 952.02) OB/OBCR/BO

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

BBI	Bundesblatt FF/FF/FF
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, SR 954.1) LBVM/LBVM/SESTA
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (Börsenverordnung, SR 954.11) OBVM/OBVM/SESTO
BEHV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Juni 1997 (Börsenverordnung-EBK, SR 954.193) OBVM-CFB/OBVM-CFB/SESTO-SFBC
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts ATF/DTF/ATF
BO	Ordinance to the Federal Banking Act of 17 May 1972 (Banking Ordinance 1972) BankV/OB/OBCR
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) LPers/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 VSB/CDB
CDB	Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche VSB/CDB

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

CFB	Commission fédérale des banques EBK/CFB/SFBC
CFB	Commissione federale delle banche EBK/CFB/SFBC
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) StGB/CP
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (SR 311.0) StGB/CP
DPA	Legge federale sul diritto penale amministrativo del 22 marzo 1974 (SR 313.0) VStrR/DPA
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (SR 313.0) VStrR/DPA
DTF	Decisioni del Tribunale federale svizzero BGE/ATF/ATF
EBK	Eidgenössische Bankenkommision CFB/CFB/SFBC
EBK-GebV	Verordnung über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidg. Bankenkommision vom 2. Dezember 1996 (EBK-Gebührenverordnung, SR 611.014) Oém-CFB/Oem-CFB
FBO	Ordinance on Foreign Banks in Switzerland of 21 October 1996 (Foreign Banks Ordinance 1996) ABV/OBE/OBE
FF	Federal journal BBI/FF/FF
FF	Feuille fédérale BBI/FF/FF

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

FF	Foglio federale BBI/FF/FF
GwG	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei (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
IFA	Federal Act on Investment Funds of 18 March 1994 (Investment Fund Act 1994) AFG/LFP/LFI
IFO	Ordinance of the Federal Council on Investment Funds of 19 October 1994 (Investment Fund Ordinance 1994) AFV/OFP/OFI
IFO-SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission on Investment Funds of 24 January 2001 (Investment Fund Ordinance of the Banking Commission 1994) AFV-EBK/OFP-CFB/OFI-CFB
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, RS 952.0) BankG/LBCR/BA
LBA	Loi sur le blanchiment d'argent (RS 955.0) GwG/LRD
LBCR	Legge federale su le banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (Legge sulle banche, RS 952.0) BankG/LB/BA
LBVM	Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 24 marzo 1995 (Legge sulle borse, RS 954.1) BEHG/LBVM/SESTA

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (Loi sur les bourses, RS 954.1) BEHG/LBVM/SESTA
LFI	Legge federale sui fondi d'investimento del 18 marzo 1994 (RS 951.31) AFG/LFP/IFA
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31) AFG/LFI/IFA
LOGA	Legge federale sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione del 21 marzo 1997 RVOG/LOGA
LOGA	Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 RVOG/LOGA
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1) BPG/LPers
LPers	Legge sul personale federale del 24 marzo 2000 (SR 172.220.1) BPG/LPers
LRD	Legge sur riciclaggio di denaro (RS 955.0) GwG/LBA
LRCF	Loi fédéral sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (Loi sur la responsabilité, RS 170.32) VG/LResp

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

- LResp** Legge federale su la responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali del 14 marzo 1958 (Legge sulla responsabilità, RS 170.32)
VG/LRCF
- MLO SFBC** Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission Concerning the Prevention of Money Laundering of 18 December 2002
GwV EBK/OBA-CFB/ORD-CFB
- OB** Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (Ordonnance sur les banques, RS 952.02)
BankV/OBCR/BO
- OBA-CFB** Ordonnance de la CFB sur 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 (Ordinanza sulle banche, RS 952.02)
BankV/OB/BO
- OBE** Ordinanza concernente le banche estere in Svizzera del 21 ottobre 1996 (Ordinanza sulle banche estere, RS 952.111)
ABV/OBE/FBO
- OBE** Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse du 21 octobre 1996 (Ordonnance sur les banques étrangères, RS 952.111)
ABV/OBE/FBO
- OBVM** Ordinanza sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sulle borse, RS 954.11)
BEHV/OBVM/SESTO

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

- OBVM** Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les bourses, RS 954.11)
BEHV/OBVM/SESTO
- OBVM-CFB** Ordinanza della Commissione federale delle banche sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 25 giugno 1997 (Ordinanza sulle borse CFB, RS 954.193)
BEHV-EBK/OBVM-CFB/SESTO-SFBC
- OBVM-CFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 25 juin 1997 (Ordonnance de la CFB sur les bourses, RS 954.193)
BEHV-EBK/OBVM-CFB/SESTO-SFBC
- Oem-CFB** Ordinanza sulla riscossione di tasse e emolumenti da parte della Commissione federale delle banche del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sugli emolumenti della CFB, 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 (Ordonnance sur les émoluments de la CFB, RS 611.014)
EBK-GebV/Oem-CFB
- OFI** Ordinanza sui fondi d'investimento del 19 ottobre 1994 (RS 951.311)
AFV/OFI/IFO
- OFI-CFB** Ordinanza della Commissione federale delle banche sui fondi d'investimento del 24 gennaio 2001 (RS 951.311.1)
AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
- OFFP** Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311)
AFV/OFI/IFO

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

- OFB-CFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les fonds de placement du 24 janvier 2001 (RS 951.311.1)
AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
- OG** Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
(Bundesrechtspflegegesetz, SR 173.110)
OJ/OG
- OG** Legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (Organizzazione giudiziaria, RS 173.110)
OG/OJ
- OJ** Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire, RS 173.110)
OG/OG
- O-COPA** Ordinanza commissionale del 21 luglio 1997 sulle offerte pubbliche di acquisto (Ordinanza commissionale OPA, RS 954.195.1)
UEV-UEK/OOPA
- OOPA** Ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition du 21 juillet 1997 (Ordonnance sur les OPA, RS 954.195.1)
UEV-UEK/O-COPA
- ORD-CFB** Ordinanza CFB sul riciclaggio di denaro del 18 dicembre 2002 (RS 955.022)
GwV EBK/OBA-CFB/MLO SFBC
- PA** Legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (RS 172.021)
VwVG/PA/APA
- PA** Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
VwVG/PA/APA

Abkürzungen / abréviations / 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/PA
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
Reg-CFB	Regolamento della Commissione federale delle banche del 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/Reg-CFB
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/R-CFB
RO	Official chronological collection of the federal legislation AS/RO/RU
RO	Recueil officiel des lois fédérales AS/RU/RO
RS	Raccolta sistematica del diritto federale SR/RS/RS
RS	Recueil systématique du droit fédéral SR/RS/RS

Abkürzungen/abrégations/abbreviazioni

RS	Systematic collection of the federal legislation SR/RS/RS
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali AS/RO/RO
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010) LOGA/LOGA
SESTA	Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 24 March 1995 (Securities Act 1995) BEHG/LBVM/LBVM
SESTO	Ordinance of the Federal Council to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 2 December 1996 (Securities Ordinance 1996) BEHV/OBVM/OBVM
SESTO- SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 25 June 1997 (Securities Ordinance of the Banking Commission 1997) BEHV-EBK/OBVM-CFB/OBVM-CFB
SFBC	Swiss Federal Banking Commission EBK/CFB/CFB
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts RS/RS/RS
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) CP/CP
UEV-UEK	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. Juli 1997 (Übernahmeverordnung-UEK, SR 954.195.1) OOPA/O-COPA

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32) LRCF/LResp
VS	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken CDB/CDB
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
VwOG	Bundesgesetz über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung vom 19. September 1978 (SR 172.010) neu: RVOG/LOGA/LOGA
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021) PA/PA/APA

Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 28. August 2003 i. S. K.

Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG); «Gewährsbrief» ist keine Verfügung.

- 1 Es besteht kein Anspruch auf eine abstrakte Prüfung der zukünftigen Gewähr (Erw. 2).
- 2 Ein «Gewährsbrief» ist keine Verfügung im Sinne des Art. 5 VwVG (Erw. 3).

Garantie de l'exercice d'une activité irréprochable (art. 10 al. 2 let. d LBVM); décision de non-entrée en matière sur une requête tendant à faire adopter sous forme de décision une «lettre concernant la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable»

- 1 Il n'existe pas de droit à un examen abstrait de la garantie future de l'exercice d'une activité irréprochable (consid. 2).
- 2 Une «lettre concernant la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable» n'est pas une décision au sens de l'art. 5 PA (consid. 3).

Garanzia dell'esercizio di un'attività irrepreensibile (art. 10 cpv. 2 lit. d LBVM); decisione di non entrata in materia su una richiesta per rilasciare una «lettera concernente la garanzia dell'esercizio di un'attività irrepreensibile» sotto forma di decisione.

- 1 Non esiste un diritto ad un esame astratto della garanzia futura per l'esercizio di un'attività irrepreensibile (consid. 2).
- 2 Una «lettera concernente la garanzia dell'esercizio di un'attività irrepreensibile» non è una decisione ai sensi dell'art. 5 PA (consid. 3).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

(1) Im Januar 2003 informierte die Bank X. die Eidg. Bankenkommision (EBK), dass im Zuge von Kompensationsgeschäften, die in den Jahren 2001 und 2002 getätigt worden waren, ein Schadensvolumen von ca. CHF 2 Millionen entstanden sei. Bei den unkorrekt abgerechneten Kompensationsgeschäften hätten die fehlbaren Mitarbeiter der X. die Geschäfte rückvalutiert und den im Zeitpunkt der Rückvalutierung gültigen Kurs, anstelle des aktuellen Börsenkurses, abgerechnet. Teilweise seien auch Kompensationsgeschäfte zu Kursen abgerechnet worden, welche am betreffenden Transaktionsdatum gar nicht zu Stande gekommen seien. Die X. führte aus, dass Selbstbereicherung derjenigen Angestellten, die für die falschen Abrechnungen verantwortlich gewesen seien, nur in kleinem Rahmen vorgelegen habe.

(2) Zum Verhalten derjenigen Angestellten, die bei der unsachgemässen Abwicklung der Kompensationsgeschäfte beteiligt gewesen waren,

wurde unter anderem ausgeführt, dass der Verdacht bestehe, dass der stellvertretende Direktor K., Leiter des Back-Office und Mitglied der Geschäftsleitung, über die unkorrekten Geschäfte Bescheid gewusst habe. Die X. liess der EBK ein Protokoll der Befragung von K. zukommen. Diesem ist zu entnehmen, dass K. seitens der X. unter anderem vorgeworfen wird, selbst an der unsachgemässen Abwicklung von drei Kompensationsgeschäften beteiligt gewesen zu sein und die Front zu wenig überwacht zu haben. K. hatte das Protokoll nicht unterschrieben. Im Anschluss an die Befragung hatte die X. K. gekündigt.

(3) Die Rechtsvertreterin von K. informierte die EBK, die X. habe ihr mitgeteilt, die EBK beabsichtige, K. einen «Gewährsbrief» zu schicken. Sie stellte sich auf den Standpunkt, das beabsichtigte Schreiben entbehre sowohl der gesetzlichen wie auch der faktischen Grundlage. Sollte die EBK daran festhalten, solle sie vorab Akteneinsicht gewähren und anschliessend eine formelle Verfügung erlassen.

(4) Die EBK stellte K. am 20. Mai 2003 einen «Gewährsbrief» zu. Darin wurde ausgeführt, es stelle sich die Frage, ob K. angesichts der Vorfälle bei X. noch Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit biete. Er wurde deshalb aufgefordert, sich mit der EBK in Verbindung zu setzen, sofern er beabsichtige, eine qualifizierte Beteiligung, eine leitende Stellung bei einer Bank, einem Effekthändler oder bei einer Gesellschaft einer im Bank- und Finanzbereich tätigen Gruppe oder eine Tätigkeit als Geschäftsführer oder Vertriebssträger eines Anlagefonds zu übernehmen. Zudem sei der neue Arbeitgeber über die Vorkommnisse bei der X. in Kenntnis zu setzen. Die EBK machte K. darauf aufmerksam, dass die gegen ihn erhobenen Vorwürfe erst in jenem Zeitpunkt zu prüfen seien, in welchem er beabsichtige eine der erwähnten Stellungen einzunehmen. Es stehe ihm jedoch offen, bereits eine Stellung-

nahme zu den erhobenen Vorwürfen oder sachdienliche Dokumente einzureichen.

(5) In der Folge verlangte K. den Rückzug des «Gewährsbriefs», bzw. dass die EBK diesen für gegenstandslos erkläre oder aber, dass er in Form einer anfechtbaren Verfügung erlassen werde. Begründet wurde dies damit, dass der Inhalt des «Gewährsbriefs» eine Sanktion darstelle, die nur in Form einer formellen Verfügung erfolgen könne, dass die von der X. gegenüber K. erhobenen Vorwürfe unhaltbar seien und dass K. mit dem von X. verfassten Protokoll nicht einverstanden sei. Vor allem gehe aus dem Protokoll nicht hervor, dass K. keines der Geschäfte jemals initiiert habe, sondern nur abgerechnet habe. Die unbewiesenen, wahrheitswidrigen Ausführungen im Protokoll der X. dürften nicht als Grundlage des Schreibens der EBK dienen. Die Anordnung, den neuen Arbeitgeber über die Vorkommnisse bei der X. in Kenntnis zu setzen, sei ebenfalls unzulässig.

Aus den Erwägungen

1. Gesetzliche Grundlagen

(6) Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der verantwortlichen Mitarbeiter eines Instituts ist eine der Voraussetzungen für die Erteilung und Beibehaltung der durch die EBK erteilten Bewilligung (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes [BankG; SR 952.0], Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes [BEHG; SR 954.1] oder Art. 9 Abs. 5 des Anlagefondsgesetzes [AFG; SR 951.31]). Demnach haben die verantwortlichen Mitarbeiter eines Effekthändlers Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten (Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG).

Als Gewährsträger gilt, wer mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Gesellschaft betraut ist. Er bedarf hierzu einer einflussreichen Stellung (EBK Bulletin 1978/3, S. 56 ff., insb. S. 61).

2. Materielle Prüfung der Gewähr: Praxis der EBK

(7) Bestehen Zweifel an der Gewähr eines verantwortlichen Mitarbeiters, so kann die EBK nach Durchführung eines primär gegen das Institut gerichteten Verfahrens dessen Entfernung verlangen, sofern sie dies als notwendig erachtet (vgl. EBK-Jahresbericht 2001, S. 31 ff., i.S. Montesinos). Kommt das Institut der Anweisung der EBK nicht nach, so könnte dies den Bewilligungsentzug für das besagte Institut zur Folge haben (vgl. Art. 23^{quinquies} BankG, Art. 36 BEHG oder Art. 58 AFG). Hat der Verantwortungsträger den entsprechenden Posten aber nicht mehr inne, so besteht für die EBK keine Veranlassung mehr, in einem Verfahren die Frage zu prüfen, ob die verantwortliche Person noch Gewähr bietet, da das Institut, und nicht der einzelne Gewährsträger, Bewilligungsinhaber ist und die Bewilligungsvoraussetzungen dauernd zu erfüllen hat (vgl. EBK-Jahresbericht 2001, S. 48 und 76 f. i.S. Jörg Fischer).

(8) Nach Art. 25 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) muss ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, wer den Erlass einer Feststellungsverfügung verlangt. Nach Praxis der EBK hat ein entlassener Gewährsträger in Anwendung von Art. 25 Abs. 2 VwVG keinen Anspruch darauf, dass seine Gewähr abstrakt geprüft wird, d.h. ohne dass er eine neue Anstellung als Gewährsträger konkret in Aussicht oder bereits angetreten hat (vgl. dazu die EBK-Bulletins 17, S. 16 ff., Auszug aus einem Urteil der I. Zivilabteilung des Bundes-

gerichts vom 12. Dezember 1986 betreffend Nichteintreten, und EBK-Bulletin 18, S. 26 f., Feststellungsverfügung der EBK vom 8. März 1988). Grund dafür ist, dass eine abstrakte Prüfung der Gewähr einer Person nicht möglich ist; es gibt keine Feststellung, dass jemand «inskünftig generell» Gewähr bietet. Die Aufsichtsbehörde muss bei ihrem Entscheid berücksichtigen, welche spezifische Funktion ein Gewährsträger innerhalb eines Instituts wahrzunehmen hätte (vgl. EBK-Bulletin 18, S. 30 Erw. 4). Es kann durchaus sein, dass eine Person für die eine Funktion Gewähr bietet, während sie bei einer andern verneint werden muss. So macht es beispielsweise einen Unterschied, ob jemand Mitglied der Geschäftsleitung, deren Vorsitzender oder alleiniges Geschäftsleitungsmitglied, Verwaltungsratsmitglied oder Verwaltungsratspräsident ist. Wichtig sind auch Umfang und Art der künftigen Geschäftstätigkeit sowie Grösse und Komplexität des Instituts. Weitere Elemente für die Beurteilung der Gewähr im konkreten Fall sind die Natur der Umstände, die zum Ausscheiden oder zur Entlassung geführt haben, die Relevanz der in der früheren Tätigkeit aufgetretenen Mängel für den künftigen Aufgabenbereich, die zwischenzeitliche Tätigkeit und das zwischenzeitliche Verhalten der Person sowie die zeitliche Distanz zu den Vorfällen.

3. Ausstellung eines «Gewährsbriefts»

(9) Gemäss ständiger Praxis der EBK wird ein Gewährsträger, welcher unter aussergewöhnlichen Umständen aus einem Institut ausgeschieden ist, unter Bezugnahme darauf gebeten, sich bei der EBK zu melden, bevor er wieder eine leitende Stellung bei einer Bank, einem Effekthändler oder bei einer Gesellschaft einer im Bank- und Finanzbereich tätigen Gruppe oder eine Tätigkeit als Geschäftsführer oder Vertriebs-

träger eines Anlagefonds annimmt oder eine qualifizierte Beteiligung übernimmt. Weiter wird er auch aufgefordert, seinen neuen Arbeitgeber über die Umstände seines Ausscheidens beim vorherigen Arbeitgeber zu informieren.

(10) Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG gilt als Verfügung eine Anordnung einer Behörde im Einzelfall, die gestützt auf Bundesrecht ergeht und die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten beinhaltet. Ein «Gewährsbrief» der EBK ist keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Die Bitte an den Empfänger, sich bei der EBK zu melden und den Arbeitgeber zu informieren, ist eine reine Empfehlung und keine Pflicht. Entsprechend hat ein Nichtbeachten der Empfehlung keinerlei aufsichtsrechtliche Sanktion durch die EBK zur Folge.

(11) Die Empfehlung, sich bei der EBK vor Antritt einer neuen Anstellung in verantwortlicher Position zu melden, dient dazu, der EBK vorab zu ermöglichen zu entscheiden, ob sie es als notwendig erachtet, die materielle Gewähr im spezifischen Fall zu prüfen. Es besteht nämlich keine ausdrückliche Verpflichtung für unterstellte Institute, der EBK Wechsel bei den Gewährsträgern zu melden, obwohl dies die Institute in der Regel von sich aus tun. Befolgt ein Empfänger eines Gewährschreibens die Empfehlungen der EBK nicht und übernimmt er eine neue Gewährsträgerfunktion, könnte dies einzig dazu führen, dass sich die EBK – sobald sie davon Kenntnis erhält – veranlasst sähe, ein primär gegen den neuen Arbeitgeber gerichtetes Verfahren zu führen, um zu prüfen, ob dieser die Bewilligungsvoraussetzungen noch einhält. Die Empfehlung hat damit auch zum Zweck, dem Adressaten des Gewährsbriefs und dessen potentiellen neuen Arbeitgeber im Nachgang zur Anstellung Unannehmlichkeiten zu ersparen. Der vorsorgliche Hinweis auf die Möglichkeit eines späteren Verwaltungsverfahrens

entspricht dem Gebot der Fairness und Transparenz. Unterbleibt dieser Hinweis, könnten die Betroffenen sogar den Fehlschluss ziehen, ihr früheres Verhalten werde konkludent gebilligt und habe keine aufsichtsrechtlichen Folgen.

(12) Auch die Empfehlung, den neuen Arbeitgeber über die Umstände des Ausscheidens beim alten Arbeitgeber zu informieren, führt bei Nichtbeachtung zu keinen aufsichtsrechtlichen Konsequenzen, haben doch beaufsichtigte Institute für Gewährsträger ihrerseits die Pflicht, sich im Rahmen einer Neueinstellung beim ehemaligen Arbeitgeber über einen Bewerber zu erkundigen (vgl. EBK-Jahresbericht 1996, S. 34).

4. Vorgehen der EBK im Fall von K.

(13) K. war stellvertretender Direktor der X., welcher durch die EBK 1999 eine Effektenhändlerbewilligung erteilt worden war. Als Leiter des Back-Office war er Mitglied der dreiköpfigen Geschäftsleitung der X. und als solcher Gewährsträger im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG.

(14) Da K. zur Zeit weder eine Anstellung in verantwortlicher Position bei einem von der EBK überwachten Institut inne, noch eine solche in Aussicht hat, besteht vorliegend kein Anlass für die EBK, dessen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit materiell zu prüfen. Er hat auch kein genügendes Feststellungsinteresse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG geltend gemacht und dargetan. Aus den Anträgen der Vertreterin geht zudem nicht hervor, dass eine materielle Prüfung der Gewähr von K. verlangt würde, obwohl in der Korrespondenz mit der

EBK immer wieder dargelegt wird, die gegen K. insbesondere seitens der X. erhobenen Vorwürfe seien haltlos. So brachte die Vertreterin von K. der EBK ein Schreiben an die X. zur Kenntnis, worin sie sinngemäss geltend machte, K. würde völlig zu Unrecht zum Sündenbock gestempelt. Es sei nicht dessen Aufgabe gewesen, seinen Chef zu überwachen. Dies wäre Aufgabe u. a. von Compliance gewesen. K. habe überdies die von ihm entdeckten Unkorrektheiten sofort nach deren Entdeckung gemeldet. Weiter führt sie aus, der Inhalt des Protokolls der X. von der Befragung von K. werde vollumfänglich bestritten, sei unvollständig, unwahr, manipulativ und wider besseres Wissen verfasst worden. Das Protokoll gebe insbesondere nicht wieder, dass K. niemals selbst Transaktionen falsch abgewickelt oder bewusst falsch verbucht habe. K. habe niemals Geschäfte initiiert, sondern nur auf Initiative seines Chefs gehandelt.

(15) Wie oben unter Ziff. 13 ausgeführt, handelt es sich beim «Gewährsbrief» an K. entgegen dessen Auffassung um keine Verfügung bzw. muss die darin enthaltene Empfehlung nicht in Verfügungsform erlassen werden. Daran ändert auch das Argument nichts, bei Nichtbeachtung der Empfehlung könnte dies später für K. arbeitsrechtliche Konsequenzen haben. Hierzu ist zu bemerken, dass den Arbeitgeber ja seinerseits eine Abklärungspflicht trifft. Die Vertreterin von K. macht zu Unrecht geltend, mit dem «Gewährsbrief» sei eine repressive Sanktion verbunden. Es handelt sich um ein rein präventives Schreiben und beinhaltet in keiner Weise ein abstraktes oder faktisches Berufsverbot.

(16) Zu prüfen bleibt somit einzig, ob mit dem Versenden des «Gewährsbriefes» an K. der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet wurde: Darstellung und Wertung der Umstände, die zur Entlassung von K. geführt haben, widersprechen sich. Die X. sah sich zu einer Ent-

lassung von K. veranlasst, und die börsengesetzliche Revisionsstelle der X. spricht in ihrem Revisionsbericht im Zusammenhang mit den Unregelmässigkeiten bei den Kompensationsgeschäften der ehemaligen Geschäftsleitung, darunter K., die Gewähr ab. In dieser Sache sind weiter eine arbeitsrechtliche Streitigkeit sowie strafrechtliche Untersuchungen anhängig. Aufgrund dieser Umstände war es – trotz der andern Einschätzung der Umstände durch K. – gerechtfertigt und verhältnismässig, K. einen «Gewährsbrief» zuzustellen. An der an K. gerichteten Aufforderung oder Empfehlung, sich bei der EBK zu melden, sofern er eine Anstellung bei einem von ihr beaufsichtigten Institut in verantwortlicher Stellung (Gewährsträger) in Aussicht hat, und einen potentiellen Arbeitgeber über die Umstände seines Ausscheidens aus der X. zu informieren, wird festgehalten. Aus diesen Gründen ist auf das Begehren um Gegenstandslosigkeitserklärung des Schreibens vom 20. Mai 2003 nicht einzutreten. Auch ohne dieses Schreiben könnte die EBK die Gewähr von K. in Frage stellen, sobald sie von seinem Wiedereintritt in eine leitende Funktion im beaufsichtigten Bereich Kenntnis erhält.

Décision de la Commission fédérale des banques du 25 février 2004 dans la cause de Monsieur X

Arrêt de la II^e Cour de droit public du Tribunal fédéral du 27 mai 2004 dans la cause X contre Commission fédérale des banques (2A.261/2004)¹

Conseil d'administration d'une banque; garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB)

- 1 L'art. 3 al. 2 lettre c LB prévoit qu'une banque ne peut obtenir l'autorisation d'exercer qu'à la condition que les personnes chargées de l'administrer et de la gérer jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable. Ces personnes doivent se comporter correctement en affaires et respecter la législation en vigueur, les directives et la pratique des autorités de surveillance, ainsi que les usages de la profession et les directives internes (consid. 1 de l'ATF).
- 2 Dans le cadre d'une demande en constatation de droit reposant sur une offre d'emploi concrète au sein d'une banque déterminée, les facteurs à considérer afin de s'assurer du caractère suffisant de la garantie d'activité irréprochable selon l'art. 3 al. 2 let. c de la LB incluent notamment: l'étendue et la nature des fonctions en question, la taille et la complexité de l'établissement concerné, les circonstances ayant mené au renvoi ou au départ de l'intéressé, l'importance des manquements constatés dans le contexte des nouvelles activités, les activités et le comportement

¹ Sachverhaltszusammenfassung und Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

de l'intéressé depuis le renvoi ou le départ, et le temps s'étant écoulé depuis les événements ayant donné lieu au renvoi ou au départ (consid. 28 et 31 de la décision de la CFB et consid. 1 de l'ATF).

- 3 Lorsque l'évaluation des facteurs précités mène à la conclusion que la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable est insuffisante, la CFB peut décider d'imposer une période d'inéligibilité à cette personne concernant le poste visé. La détermination de la durée de cette période d'inéligibilité se fait sur la base des mêmes facteurs (consid. 32 à 37 de la décision de la CFB).
- 4 Une période d'inéligibilité de 7 ans à occuper un poste d'administrateur de banque est conforme au principe de proportionnalité et d'égalité de traitement dans la mesure où les faits reprochés sont suffisamment graves (consid. 2 de l'ATF).

Verwaltungsrat einer Bank; Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG)

- 1 Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG bestimmt, dass einer Bank eine Bewilligung zum Geschäftsbetrieb nur erteilt wird, wenn die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Diese Personen müssen sich im Geschäftsbetrieb korrekt verhalten und die geltenden Gesetzesbestimmungen, die Weisungen und die Praxis der Aufsichtsbehörden genauso beachten wie die Gebräuche des Geschäftsverkehrs und die internen Richtlinien (Ziff. 1 des BGE).

- 2 Im Rahmen eines sich auf ein konkretes Arbeitsangebot bei einer bestimmten Bank beziehenden Feststellungsbegehrens betreffend die ausreichende Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit sind im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG insbesondere folgende Faktoren zu berücksichtigen: der Umfang und die Natur der fraglichen Funktion, die Grösse und die Komplexität des betroffenen Unternehmens, die Umstände, welche zur Entlassung oder zum Weggang des Betroffenen geführt haben, die Schwere der festgestellten Verfehlungen im Hinblick auf die neue Geschäftstätigkeit, die Tätigkeit und das Verhalten des Betroffenen vor der Kündigung oder dem Weggang und die verstrichene Zeit seit den Ereignissen, welche zur Entlassung oder dem Weggang geführt haben (Ziff. 28 und 31 der Verfügung der EBK und Ziff. 1 des BGE).
- 3 Sofern die Prüfung der vorher erwähnten Kriterien ergibt, dass die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit ungenügend ist, kann die Eidg. Bankenkommission eine Nichtwählbarkeitsperiode der Person für die betreffende Stelle bestimmen. Die Bemessung der Dauer der Unwählbarkeit bestimmt sich nach denselben Faktoren (Ziff. 32 bis 37 der Verfügung der EBK).
- 4 Eine Nichtwählbarkeitsperiode von 7 Jahren für die Besetzung eines Verwaltungsratspostens einer Bank ist mit dem Verhältnismässigkeits- und Gleichbehandlungsprinzip vereinbar, wenn die Vorwürfe ausreichend schwer sind (Ziff. 2 des BGE).

Consiglio di amministrazione di un istituto bancario; esercizio di un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 let. c LBCR)

- 1 L'art. 3 cpv. 2 let. c LBCR prevede che una banca non può ottenere l'autorizzazione ad esercitare se non a condizione che le persone incaricate ad amministrarla ed a dirigerla godano di ottima reputazione e garantiscano un'attività irreprensibile. Queste persone devono comportarsi correttamente negli affari e rispettare la legislazione in vigore, le direttive e la pratica delle autorità di sorveglianza, così come la prassi della professione e i regolamenti interni (consid. 1 della decisione del TF).
- 2 Nel quadro di una domanda di constatazione sulla base di un'offerta di lavoro concreta presso una banca determinata, i fattori da considerare al fine di assicurare la garanzia di un'attività irreprensibile ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 lit. c LBCR includono in particolare: l'ampiezza e la natura delle funzioni in esame; la grandezza e la complessità dell'istituto interessato; le circostanze che hanno portato all'allontanamento o alla partenza dell'interessato; l'importanza delle inadempienze constatate nel contesto delle nuove attività; le attività e il comportamento dell'interessato dal momento del suo allontanamento o della sua partenza e il tempo che è trascorso dagli avvenimenti che hanno condotto al suo allontanamento o alla sua partenza (consid. 28 e 31 della decisione della CFB e consid. 1 della decisione del TF).
- 3 Allorquando l'esame dei fattori citati porta a concludere che la garanzia di un'attività irreprensibile è insufficiente, la CFB può decidere d'imporre un periodo di ineleggibilità a questa persona in relazione con il posto contemplato. La durata di questo perio-

do di ineleggibilità si determina sulla base degli stessi criteri (consid. 32 a 37 della decisione della CFB).

- 4 Un periodo di ineleggibilità di 7 anni per occupare il posto di amministratore di banca è conforme al principio della proporzionalità e dell'uguaglianza di trattamento nella misura in cui i fatti rimproverati sono sufficientemente gravi (consid. 2 della decisione del TF).

Résumé des faits retenus par la Commission fédérale des banques

M. X a été engagé par la Banque A en 1971, puis en est devenu le directeur général en 1986. Démis de ses fonctions le 26 mai 2000, il a été licencié le 16 février 2001. Le 6 juillet 2001, la Banque A a déposé plainte pénale contre l'intéressé pour infractions contre le patrimoine. Un accord civil étant ensuite intervenu, la procédure pénale a été classée en opportunité.

Le 22 août 2003, la Banque B, avec siège social à Genève, a informé la CFB qu'elle envisageait d'intégrer M. X à son conseil d'administration. Statuant le 25 février 2004 en application de l'art. 3 al. 2 lettre c de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (loi sur les banques; LB; RS 952.0), la CFB a prononcé que l'intéressé ne présentait pas pour le moment une garantie d'activité irréprochable suffisante pour occuper le poste de membre du conseil d'administration de la Banque B, cette interdiction valant jusqu'au 31 décembre 2006.

Agissant par la voie du recours de droit administratif, M. X demande au Tribunal fédéral d'annuler le jugement du 25 février 2004 de la CFB et de dire qu'il est autorisé à occuper le poste d'administrateur de la Banque B dès le prononcé de l'arrêt à rendre, subsidiairement d'inviter l'autorité intimée à lui délivrer l'autorisation sollicitée. Il dénonce une application de l'art. 3 al. 2 lettre c LB contraire aux principes de la proportionnalité, de l'égalité et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 5 al. 2, 8 et 9 Cst.). Aucune observation n'a été requise de la part de la CFB. Le recours a été rejeté par le Tribunal fédéral en date du 27 mai 2004.

Extrait des considérants de la décision de la Commission fédérale des banques

2. Examen de la garantie d'activité irréprochable

(28) Lorsque la CFB entretient un doute sur la garantie d'activité irréprochable d'une personne soumise à l'exigence de l'art. 3 al. 2 lit. c LB, elle peut demander la mise à l'écart de cette personne en ouvrant une procédure à l'encontre de l'établissement concerné (Rapport de gestion CFB 2001, p. 170 dans le cas Montesinos). Un établissement qui refuserait de se conformer à la décision de la CFB dans ce domaine s'exposerait à un retrait de son autorisation (art. 23^{quinquies} LB, art. 36 LBVM, art. 58 LFP). (...)

(31) Les facteurs à considérer dans la détermination de la suffisance de la garantie d'activité irréprochable présentée par une personne pour une position déterminée sont nombreux et incluent notamment: l'étendue et la nature des fonctions en question, la taille et la com-

plexité de l'établissement concerné, les circonstances ayant menées au renvoi ou au départ de la personne concernée, l'importance des manquements constatés dans le contexte des nouvelles activités, les activités et le comportement de la personne concernée depuis le renvoi ou le départ, et le temps s'étant écoulé depuis les événements ayant donné lieu au renvoi ou au départ.

3. La garantie d'activité irréprochable de Monsieur X

(32) Le 16 septembre 2002, M. X a informé la CFB de son intention d'assumer des fonctions au sein de la direction générale voire même du conseil d'administration de la Banque B, dès l'octroi de l'autorisation d'exercer de cette dernière, soit approximativement dès le début de l'année 2003. Suite à un échange de correspondance entre M. X, la CFB et la Banque B, cette dernière a précisé sa position le 20 janvier 2004: elle souhaite que la CFB se prononce sur la garantie d'activité irréprochable de M. X avant de le coopter au sein de son conseil d'administration. Toutefois, la Banque B s'est abstenue de se constituer comme partie à la présente procédure. Dans ce contexte, M. X a suivi la recommandation formulée par la CFB dans sa lettre de garantie d'activité irréprochable du 13 mars 2001 en l'informant de ses intentions. De même, il convient de constater que la demande en constatation de droit présentée par M. X repose sur une offre d'emploi concrète au sein d'une banque déterminée.

3.1. Reproches adressés à Monsieur X

(33) Sur la base des faits énoncés précédemment, les reproches adressés à M. X sont les suivants:

- Dans le contexte de la mise en place de la réserve précitée, il n'appartenait pas à M. X, en tant que directeur général, de procéder seul à l'ouverture de comptes, ni pour des clients, ni pour la banque elle-même. Toutefois, il convient de noter que selon les conclusions du rapport du réviseur, le règlement interne de la banque ne fixait pas les compétences en matière d'ouverture de compte. Le réviseur note que ce fait illustre le type de gestion de tradition orale que favorisait M. X. De plus, l'approche d'un client par un directeur général de banque afin de le convaincre de mettre ses avoirs à disposition de la banque et de prêter son nom est inacceptable. De même, il est également inacceptable qu'un employé de banque quel qu'il soit procède à l'ouverture de comptes sur la base d'informations qu'il sait être fausses (art. 2 et 3 des Conventions relatives à l'obligation de diligence des banques 1992 et 1998).
- Le montage a permis à M. X. de compenser discrètement les pertes de certains clients, de disposer de fonds afin de procéder à divers investissements de façon discrétionnaire, et de mettre des fonds à disposition de clients étrangers à l'étranger sans laisser de «paper trail» remontant vers les comptes suisses des clients en question. La mise à disposition de fonds de clients étrangers à l'étranger, par l'entremise de comptes nostro, est en soi inacceptable, mais elle soulève aussi la question de la trop grande proximité de M. X avec certains de ses clients.

- Les paiements compensatoires versés à certains clients n'auraient pas dû se faire à l'insu des organes de la banque. Ces compensations ont probablement pour source soit des promesses de performance non remplies, soit des erreurs de la banque, soit des plaintes injustifiées mais émanant de clients importants. Dans les trois cas, il convenait d'en informer le conseil d'administration et les organes concernés avant de procéder à une compensation.
- La constitution de comptes nostro et leur gestion ne devraient pas être du ressort exclusif et discrétionnaire du directeur général d'un établissement. Dans le présent cas, non seulement M. X a ouvert ces comptes à l'insu de la banque, mais il les a gérés de façon autonome en se souciant de rendre ses actes indétectables par les autres organes de la banque. La gestion de M. X s'est avérée désastreuse, mais plus que le résultat c'est la méthode qu'il convient de réprover. Selon le réviseur, le règlement interne prévoyait que la politique de gestion était le fait de la direction générale en collaboration avec les gestionnaires.

3.2. Conclusions

(34) M. X a passé plus de trente ans au sein de la Banque A, dont quatorze à titre de directeur général. Durant ces quatorze années, il a créé puis entretenu une réserve secrète, principalement pour le bénéfice présumé de la banque. Il convient de noter qu'en tant que directeur général pendant les quatorze années de ce montage, M. X porte aussi une responsabilité quant à la faiblesse de l'organisation de la banque qui aurait dû permettre de prévenir ce type de comportement (art. 9 al. 4 de l'Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne [OB])

RS 952.02). Le montage mis en place par M. X ainsi que son indisposition à doter la banque d'une organisation adéquate contreviennent gravement aux exigences légales ainsi qu'aux usages de la profession. En effet, les faits en cause sont graves et il ne fait aucun doute que M. X, en les commettant, a perdu sa garantie d'activité irréprochable.

(35) Toutefois, en vertu du principe de proportionnalité, il convient de lire les arguments de M. X en considérant que l'évolution de la situation, depuis qu'il a quitté la position de directeur général en mai 2000, constitue un élément important dans la détermination de sa garantie d'activité irréprochable actuelle. Dans ce contexte, les arguments suivants, présentés par M. X, sont à considérer.

- Dans le contexte des faits énoncés, M. X souligne qu'il a toujours agi dans l'intérêt présumé de la banque afin de préserver la réputation de celle-ci en cas de litige avec des clients.
- Suite à la découverte de la réserve par certains des directeurs de la Banque A à la fin de 1999, puis par le conseil d'administration, M. X a assumé sa responsabilité. Il a collaboré pleinement à l'établissement des faits et a contribué de façon très importante à la réparation du préjudice causé à la banque. (...) Cette contribution abonde dans le sens des conclusions de l'enquête menée par le réviseur et des déclarations de M. X, à savoir qu'il n'a bénéficié d'aucun enrichissement personnel illégitime dans cette affaire, mis à part les boni qu'il a du reste restitués à la banque.
- Il ressort de ces faits qu'après avoir assumé les conséquences de ses actes à l'entière satisfaction de la Banque A, aucune prétention ou procédure de nature civile ou pénale ne subsiste à l'encontre de M. X.

- Depuis le 26 mai 2000, date à laquelle M. X a cessé d'occuper le poste de directeur général auprès de la Banque A, ses activités démontrent l'intérêt qu'il a continué de représenter dans un premier temps pour la Banque A, puis pour les dirigeants de la Banque B dans le cadre des démarches d'autorisation ainsi qu'au niveau du développement de l'activité et de la clientèle de la banque. En effet, un certain nombre de clients restés fidèles à M. X ont transféré leurs avoirs vers la Banque B. M. X maintiendra probablement des relations avec une partie de cette clientèle.
- M. X soutient qu'eu égard à son expérience, sa contribution à l'établissement de la Banque B et la nature de ses activités présentes et futures, sa nomination au sein du conseil d'administration ne représente aucun danger même théorique pour la banque. En effet, ses fonctions d'administrateur seraient dépourvues de la moindre vocation opérationnelle, et en aucune façon comparable avec celles d'un directeur général. En définitive, ses attributions à titre d'administrateur ne présenteraient aucune relation avec les activités qui lui ont été reprochées dans le cadre de ses fonctions de directeur général de la Banque A. Il est à noter que M. X admet aussi implicitement que son accession à une position de direction comportant des fonctions opérationnelles serait encore plus problématique eu égard à ses activités passées.

(36) Bien que les arguments de M. X soient valables, il reste que les faits graves qui ont entouré son départ de la Banque A ont deux causes principales, d'une part, l'organisation défailante de la banque, et d'autre part, la trop grande proximité de M. X avec une partie de la clientèle. En effet, le seul argument économique ne permet pas d'expliquer la pratique apparemment répétée de compenser les pertes de clients in-

satisfaits. Pendant plus de trente années au service de la Banque A, il n'est pas étonnant que M. X ait pu développer une relation privilégiée avec plusieurs clients.

(37) Il convient de remarquer que la clientèle qui est restée fidèle à M. X est présentement en train de transférer ses avoirs vers la Banque B, et ce depuis la date de l'octroi de l'autorisation d'activité bancaire à cette dernière. Avec le temps, l'équipe de gestionnaires de la Banque B devrait pouvoir établir des relations directes avec la clientèle amenée par M. X. Dans la détermination du délai nécessaire à cette prise de distance, il faut aussi considérer les droits de M. X, notamment à être traité en conformité avec le critère de proportionnalité. M. X a quitté ses fonctions de directeur général de la Banque A le 26 mai 2000. Une inéligibilité à rejoindre la direction ou l'administration d'un établissement bancaire pendant une période de 7 années paraît raisonnable compte tenu de la gravité des faits en cause.

Extrait des considérants de la décision du Tribunal fédéral

1. Selon l'art. 3 al. 2 lettre c LB, une banque ne peut obtenir l'autorisation d'exercer qu'à la condition que les personnes chargées de l'administrer et de la gérer jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable. Cette disposition vise au premier chef à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse (arrêt 2A.230/1999 du 2 février 2000, in Bulletin CFB 2000 p. 37 consid. 5a; cf. aussi ATF 116 Ib 193 consid. 2b; 111 Ib 126 consid. 2a; 108 Ib 196 consid. 2b). Il est ainsi nécessaire que ces personnes possèdent les compétences professionnelles requises par leur

charge, qui dépendent de l'étendue et de la nature de la fonction, de même que de la taille et de la complexité de l'établissement. Ces personnes doivent en outre se comporter correctement en affaires et respecter la législation en vigueur, les directives et la pratique des autorités de surveillance, ainsi que les usages de la profession et les directives internes. Si l'intéressé a quitté son dernier poste dans des circonstances douteuses, il faut encore tenir compte des éléments ayant mené à cette issue, de la portée des manquements constatés sur les nouvelles activités, du comportement adopté depuis le renvoi ou le départ, et du temps écoulé depuis les faits reprochés (cf. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 10^e éd., Zurich 1999, n^{os} 94 ss ad art. 3).

2.1. L'autorité intimée a retenu que le recourant avait, durant ses quatorze années de direction, créé puis entretenu une structure de comptes nostro clandestins constituant une réserve destinée à couvrir d'éventuelles pertes de la banque et de ses clients. Il avait mené cette opération sur la base d'informations qu'il savait fausses, en se souciant de rendre ses actes indécélables. A ces fins, il avait convaincu un client de mettre ses avoirs à disposition de la banque et de prêter son nom. Il avait ainsi secrètement versé des paiements compensatoires à certains clients et mis des fonds à disposition de clients étrangers à l'étranger sans trace suffisante dans la documentation. Enfin, il avait obtenu des boni fondés sur les résultats de la banque, eux-mêmes faussés par la dissimulation des pertes encourues, de plus de 30 millions de francs. Ce montage et les manquements du recourant pour organiser la banque de manière à prévenir ce type de comportement violaient gravement les exigences légales et les usages, si bien que la garantie d'activité irréprochable ne pouvait plus lui être reconnue.

En faveur du recourant, l'autorité intimée a considéré qu'il avait agi dans l'intérêt présumé de la banque et assumé ses responsabilités, notamment en collaborant pleinement à l'établissement des faits puis en contribuant de façon très importante à la réparation du préjudice, ce dernier élément tendant du reste à confirmer qu'il n'avait bénéficié d'aucun enrichissement personnel. Les faits reprochés découlaient de deux causes principales, à savoir l'organisation défailante de la banque et la trop grande proximité du recourant avec une partie de la clientèle. Une période d'inéligibilité de sept ans paraissait adéquate compte tenu de la gravité des faits et permettrait au nouvel établissement de mettre en place, en dehors du recourant, une gestion directe des clients actuellement amenés par celui-ci.

2.2. Le recourant ne conteste pas les faits retenus, mais estime disproportionnée la durée d'inéligibilité, au vu notamment des services rendus pendant trente ans, de l'absence d'un dessein d'enrichissement personnel, de l'inexistence d'une sanction pénale, de son attitude ultérieure, du contenu de ses nouvelles fonctions et de son âge.

Le recourant a établi des comptes secrets pendant quatorze années en violation de la loi et des usages. S'il ne poursuivait pas de dessein égoïste et qu'il a pleinement assumé sa responsabilité par la suite, il n'en demeure pas moins qu'il a trahi la confiance placée en lui et que sa crédibilité s'en trouve désormais fortement ébranlée, de manière difficilement compatible avec les garanties exigées par l'art. 3 al. 2 lettre c LB. De surcroît, on ne saurait exclure tout danger pour le nouvel établissement dans la mesure où, même si le recourant est à ses dires dépourvu de fonctions de gestion, ses attributions consistent à amener des clients, alors que les actes reprochés résultent notamment d'une trop grande proximité avec ceux-ci. Du reste, le poste d'administrateur

comporte nécessairement un certain pouvoir de décision en matière de gestion, fût-il partagé, ainsi qu'une faculté d'influencer l'exécution des décisions prises. Enfin, il demeure loisible au recourant de poursuivre ses activités actuelles, puis d'entrer dans un conseil d'administration le 1^{er} janvier 2007, quand bien même il aura alors soixante-deux ans. Dans ces conditions, l'autorité intimée n'a pour le moins pas violé le principe de la proportionnalité en fixant à sept ans la période d'inéligibilité. Par ailleurs, les diverses décisions exposées par le recourant, prises en application de l'art. 3 al. 2 lettre c LB, ne révèlent pas d'inégalité de traitement à son détriment, compte tenu notamment de la longue durée de ses agissements. Quant au grief d'arbitraire, il est ici dénué de portée propre.

Décision superprovisoire de la Commission fédérale des banques du 27 mai 2004 dans la cause banque X

Entraide administrative internationale; soupçons de transmission de fausses informations à la CFB; révision extraordinaire (art. 23^{bis} al. 2 et 23^{ter} al. 1 LB)

- 1 La CFB est en droit d'ordonner une révision extraordinaire dans le but de sauvegarder des éléments de preuve pertinents (consid. 1).
- 2 Une révision extraordinaire peut être prononcée sous la forme d'une décision superprovisoire lorsqu'il y a péril en la demeure (consid. 2).

Amtshilfeverfahren; Verdacht auf Übermittlung falscher Informationen an die EBK; Ausserordentliche Revision (Art. 23^{bis} Abs. 2 und 23^{ter} Abs. 1 BankG)

- 1 Die EBK darf zur Sicherung relevanter Beweise eine ausserordentliche Revision anordnen (Erw. 1).
- 2 Ist Gefahr im Verzug, kann die ausserordentliche Revision mittels superprovisorischer Verfügung gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG angeordnet werden (Erw. 2).

Assistenza amministrativa internazionale; Sospetto di trasmissione di informazioni false alla CFB; revisione straordinaria (art. 23^{bis} cpv. 2 e 23^{ter} cpv. 1 LBCR)

- 1 La CFB è autorizzata ad ordinare una revisione straordinaria con lo scopo di salvaguardare degli elementi probatori pertinenti (consid. 1).
- 2 Una revisione straordinaria può essere pronunciata con la forma di una decisione superprovvisionale, ai sensi dell'art. 30 cpv. 2 let. e PA, quando vi sia pericolo nell'indugio (consid. 2).

Résumé des faits

Entre 1999 et 2001, la Commission des opérations de bourse (COB, aujourd'hui, Autorité des marchés financiers française) a successivement adressé à la CFB quatre demandes d'entraide administrative relatives à l'acquisition par la banque X des titres A, B, C puis D. Dans chaque cas, la COB menait une enquête pour délit d'initié. La CFB a transmis chaque demande pour prise de position à la banque X.

La banque X a répondu, à chaque fois, que la décision d'acquisition des titres avait été prise par le client et ayant droit économique K, sur conseil de la banque. Sur la base des informations fournies par la banque X, l'identité du client K n'a pas été transmise à la COB.

Fin 2003, un juge d'instruction a notifié à la banque X une ordonnance d'admissibilité et d'exécution d'une demande d'entraide judiciaire

d'un juge parisien concernant une enquête pour délit d'initié portant sur l'acquisition des titres B.

Après enquête interne, la banque X a informé la CFB qu'il apparaissait que le client K n'était pas le véritable ayant droit économique du compte mais qu'il s'agissait en fait d'un certain L, partant que des informations erronées avaient été transmises par la banque X à la CFB dans le cadre des procédures d'entraide. En effet, une grande partie des ordres pour le compte avait été faxée depuis la société pour laquelle L travaillait et plusieurs ordres concernaient le paiement de factures personnelles de L ou de sa famille. En outre, les signatures des ordres pour le compte avaient été découpées à l'aide d'une paire de ciseaux par la banque X. Selon cette dernière, deux de ses anciens directeurs généraux étaient directement impliqués dans les faits qui précèdent de sorte qu'ils auraient été parfaitement informés de l'identité du véritable ayant droit économique L, identité qu'ils auraient sciemment cachée à la CFB. Au vu de ces éléments, la banque X a déposé une plainte pénale, mais uniquement contre l'un des anciens directeurs généraux.

Selon les constatations de la CFB, un autre collaborateur, toujours employé de la banque X, était également fortement impliqué. Toutefois, la banque n'a pris aucune mesure à son encontre.

La CFB a alors pris la décision d'ordonner une révision extraordinaire de la banque X.

Extrait des considérants

1. Révision extraordinaire comme moyen d'identification et de sauvegarde de preuves

En l'espèce, la CFB est en possession d'informations portant sur des faits graves qui ont été commis au sein de la banque X. Alors que les responsables désignés par la banque X ont, depuis, quitté la banque, la CFB n'est, en l'état, pas en mesure d'exclure que les faits concernent également d'autres employés, à différents niveaux de direction, toujours actifs au sein de la banque et qui seront impliqués à la procédure en cours.

Nonobstant la collaboration de X, la CFB estime que la banque ou ses collaborateurs sont encore en possession d'informations et de documents pertinents pour l'établissement des faits. La CFB n'est actuellement pas en mesure de les identifier avec précision de manière à pouvoir les demander à la banque. Seule une mesure d'ordre général permet à la CFB de mettre la main sur les informations et documents pertinents.

Ces informations et documents doivent, d'une part, être identifiés et, d'autre part, également être protégés. En effet, au vu des conséquences de la présente procédure pour la banque et ses collaborateurs, la CFB doit veiller à les protéger d'actes de destruction, même partiels, comme la banque en a déjà fait l'expérience.

Au vu de ce qui précède, il se justifie d'ordonner une révision extraordinaire dans le but d'identifier et de sauvegarder les documents et les informations permettant de déterminer quels sont les collaborateurs

impliqués et à quel niveau de direction les faits énoncés ci-dessus étaient connus (art. 23^{bis} al. 2 et 23^{ter} al. 1 LB).

2. Décision superprovisoire d'effectuer une révision extraordinaire

D'autre part, si la CFB laissait à la banque la possibilité de se déterminer sur les présentes mesures, celles-ci deviendraient aussitôt sans objet dès lors que la banque, nonobstant sa volonté de coopération, ne pourrait garantir que certains collaborateurs ne détruisent pas ou ne mettent pas hors de portée des informations ou des documents pertinents les concernant. Aussi, les mesures provisionnelles envisagées par la CFB doivent être prononcées sous la forme d'une décision superprovisoire de manière à empêcher toute destruction de documents ou d'informations (art. 30 al. 2 lit. e PA; ATF 126 II 111, consid. 6b).

La CFB envisage, après avoir entendu la banque X, de rendre une décision de mesures provisionnelles déployant les mêmes effets que la présente, sujette à recours devant le Tribunal fédéral (art. 45 al. 2 PA).

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 30. Juni 2004

Temporäres Berufsverbot gegen Mitarbeiter eines Effekthändlers; Zuständigkeit der Eidg. Bankenkommission

Die Eidg. Bankenkommission ist unter dem Börsengesetz befugt, ein dauerndes oder vorübergehendes Berufsverbot gegen verantwortliche Mitarbeiter eines Effekthändlers zu erlassen, die den Effektenhandel betreiben und dabei gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften verstossen (Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG).

Interdiction provisoire de pratiquer contre des collaborateurs d'un négociant en valeurs mobilières; compétence de la Commission fédérale des banques

La loi sur les bourses permet à la Commission fédérale des banques de prononcer une interdiction, provisoire ou de durée indéterminée, de pratiquer contre des collaborateurs responsables d'un négociant, qui pratiquent le négoce de valeurs mobilières et qui à cette occasion violent les dispositions auxquelles ils sont soumis (art. 35 al. 3 let. b LBVM).

Divieto provvisorio di esercitare la propria professione nei confronti dei collaboratori di un commerciante di valori mobiliari; competenza della Commissione federale delle banche

La legge sulle borse permette alla Commissione federale delle banche di pronunciare un divieto ad esercitare la propria professione, provvisorio o indeterminato, nei confronti dei collaboratori responsabili di un commerciante di valori mobiliari che, effettuando il commercio di valori mobiliari, ledono le disposizione alle quali sono sottoposti (art. 35 cpv. 3 lit. b LBVM).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Im Rahmen einer bei verschiedenen Banken und Effektenhändlern durchgeführten marktaufsichtsrechtlichen Untersuchung gemäss Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) informierte die Bank X die EBK unter anderem darüber, dass einem Kunden ohne ausreichende entsprechende Vereinbarung Transaktionen zu anderen als den effektiv erzielten Kursen abgerechnet worden seien, dass bei den fraglichen Transaktionen für die Bank kein besonderes Risiko bestanden habe und dass diese Geschäfte unzulässigerweise über das Nostro-Account der Bank abgewickelt worden seien. Die Bank X informierte die EBK weiter, dass sie, umgehend nach Bekanntwerden dieses Vorfalls, dem verantwortlichen Händler A, dem Teamleiter B sowie dem zuständigen Abteilungsleiter C wegen Verstosses gegen die Verhaltensregeln für Effektenhändler und gegen bankinterne Weisungen unter sofortiger Freistellung gekündigt habe.

Die EBK führt derzeit ein Verwaltungsverfahren gegenüber Händler A, Teamleiter B, Abteilungsleiter C und der Bank X um zu untersuchen, ob die erwähnten (sowie weitere) Vorkommnisse tatsächlich unzulässig bzw. widerrechtlich waren und um anschliessend die gegebenenfalls erforderlichen Massnahmen anzuordnen. In diesem Zusammenhang bestritten Händler A und Teamleiter B – in ihrer Eigenschaft als ehemalige Angestellte eines Effektenhändlers ohne Gewährsträgerstatus – die Zuständigkeit der EBK zur Durchführung eines Verwaltungsverfahrens und zur allfälligen Anordnung von Sanktionen.

Aus den Erwägungen

3.

3.1. Das zentrale Element in Händler A's und Teamleiter B's Argumentation besteht in der Überlegung, dass der Personenkreis der «verantwortlichen Mitarbeiter» gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG und jener der «verantwortlichen Mitarbeiter eines Effektenhändlers, die den Effektenhandel betreiben» gemäss Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG deckungsgleich sind.

Die von Händler A und Teamleiter B in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Eine historische, eine systematische sowie auch eine teleologische Auslegung des Börsengesetzes führen zur Erkenntnis, dass Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG ein eigentliches Berufsverbot für Händler beinhaltet, welches klar von den Massnahmen zu unterscheiden ist, welche gegenüber den Gewährsträgern gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG ergriffen werden können. Der Begriff der «verantwortlichen Mitarbeiter» gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG ist nicht deckungsgleich mit jenem der «verantwortlichen

Mitarbeiter eines Effektenhändlers, die den Effektenhandel betreiben» gemäss Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass aufgrund der unterschiedlichen Wortwahl in Art. 10 Abs. 2 Bst. d und in Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG bereits eine grammatische Auslegung der genannten zwei Bestimmungen zum Ergebnis führt, dass sie nicht denselben Personenkreis erfassen.

Einleitend sei zu diesem vorliegend zentralen Punkt Folgendes ausgeführt: Beim Berufsverbot gemäss Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG handelt es sich um eine repressive Massnahme, welche direkt gegen den Autor einer verpönten Handlung (i. e. gegen eine physische Person) und nicht gegen den Effektenhändler als Unternehmung gerichtet ist. Ganz im Gegensatz hierzu bezweckt eine auf Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG abgestützte Massnahme die Integrität der Aktivitäten eines Effektenhändlers als Unternehmung sicherzustellen und zielt darauf ab, die Investoren vor inkompetenten oder unehrlichen Personen zu schützen, indem solchen Personen untersagt wird, bestimmte Schlüsselpositionen bei einem Effektenhändler innezuhaben. Schwerwiegende und wiederholte Verstösse gegen die «Gewähr» führen denn auch zum Entzug der Effektenhändlerbewilligung, was bei juristischen Personen sowie bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Auflösung und bei Einzelfirmen die Löschung im Handelsregister bewirkt (Art. 36 BEHG).

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass Art. 10 Abs. 2 BEHG die Aktivitäten eines Effektenhändlers als solche zum Gegenstand hat. Dies erklärt auch, weshalb Massnahmen gegen Gewährsträger nur unter der Voraussetzung ausgesprochen werden, dass die fragliche Person (noch) eine entsprechende Schlüsselposition bei einem Effektenhändler wahrnimmt. Bei einem auf Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG abgestützten

Berufsverbot handelt es sich hingegen um eine auf die betreffende Person bezogene Massnahme, welche losgelöst von einer Tätigkeit bei einem bestimmten Effektenhändler ausgesprochen werden kann.

3.2. Diese Analyse wird durch eine vertiefte historische Auslegung der Materialien zum Börsengesetz bestätigt.

Der Entwurf der Vereinigung der Schweizer Börsen zur Ausarbeitung eines eidgenössischen Börsengesetzes vom 27. April 1990 (Entwurf 1990) sah unter Art. 17 Abs. 5 vor, dass «die Aufsichtsbehörde jenen Personen, welche als Mitarbeiter eines Effektenhändlers den Effektenhandel tätigen und Pflichten dieses Gesetzes oder die betriebsinternen Vorschriften grob verletzen, die Tätigkeit im Effektenhandel während einer begrenzten Zeit verbieten kann». Der entsprechende französische Text lautete wie folgt: «L'autorité de surveillance peut interdire, pour une durée limitée, l'exercice de son activité à un employé d'un négociant responsable du commerce des valeurs qui a violé gravement la loi ou les règlements internes du négociant». Dem gegenüber hielt Art. 10 Abs. 4 Bst. c Entwurf 1990 mit Blick auf die Gewährsträger fest, dass «der Effektenhändler und seine verantwortlichen Mitarbeiter die erforderlichen Fachkenntnisse nachweisen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftigkeit bieten». Die französische Version dieser Bestimmung lautete wie folgt: «Le négociant et ses collaborateurs du commerce de titres disposent des connaissances professionnelles nécessaires et présentent toute garantie d'une activité irréprochable».

Das Bundesamt für Justiz hielt in seiner im Rahmen der Vorarbeiten eingereichten Stellungnahme vom 3. Juli 1990, unter anderem mit Blick auf den oben erwähnten Artikel 17 Entwurf 1990, in Bezug auf die Verwaltungssanktionen Folgendes fest: «Falls die Bewilligungsvorausset-

zungen nicht mehr erfüllt sind oder massgebende rechtliche Vorschriften grob verletzt werden, kann die Aufsichtsbehörde die Bewilligung zum Führen einer Börse (Art. 8 Abs. 6 des Entwurfs) bzw. die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit als Effektenhändler (Art. 17 Abs. 4 des Entwurfs) ganz oder teilweise entziehen. Es wäre im höchsten Masse wünschenswert, in diesen Fällen auch noch mildere Verwaltungssanktionen vorzusehen. Zu denken wäre insbesondere an die Suspendierung oder Entlassung von Mitarbeitern. Allenfalls wären auch strafrechtliche Sanktionen (Busse) zu erwägen».

Die durch die Expertengruppe zur Ausarbeitung eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel in der Folge durchgeführten Arbeiten mündeten in den Vorentwurf der Expertengruppe vom Monat März 1991 (Vorentwurf 1991), dessen Art. 16 Abs. 5 zweiter Satz Folgendes bestimmte: «Sie [die Aufsichtsbehörde] kann Personen, welche als verantwortliche Mitarbeiter eines Effektenhändlers den Effektenhandel betreiben und die Pflichten dieses Gesetzes oder die betriebsinternen Vorschriften grob verletzen, die Tätigkeit im Effektenhandel dauernd oder vorübergehend verbieten». Die französische Version dieser Bestimmung hatte folgenden Inhalt: «L'autorité de surveillance peut interdire, pour une durée déterminée ou indéterminée, l'exercice de leurs activités aux collaborateurs responsables du commerce des valeurs mobilières qui ont gravement violé la loi ou les règlements internes du négociant». Demgegenüber bestimmte Art. 10 Abs. 4 Bst. c Vorentwurf 1991 hinsichtlich der Gewährsträger Folgendes: «der Effektenhändler und seine verantwortlichen Mitarbeiter die erforderlichen Fachkenntnisse nachweisen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftigkeit bieten»; auf Französisch «le négociant et ses collaborateurs du commerce de titres disposent des connaissances professionnelles nécessaires et présentent toute garantie d'une activité irréprochable».

Aus der Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 12. September 1991 geht alsdann hervor, dass sie in Zusammenhang mit Art. 10 Abs. 4 Bst. c Vorentwurf 1991 die Wahl des Begriffes «verantwortliche Mitarbeiter» als verwirrend und der Rechtssicherheit abträglich empfand. Die Schweizerische Bankiervereinigung schlug daher vor, in Art. 10 Abs. 4 Bst. c Vorentwurf 1991 den Begriff «die für den Effektenhandel zuständigen Organe» bzw. «les organes responsables» zu verwenden. Dieser Vorschlag wurde in der Folge nicht übernommen, was dazu führte, dass der heutige Artikel 10 Abs. 2 Bst. d BEHG den Begriff der «verantwortlichen Mitarbeiter» und der heutige Artikel 35 Abs. 3 Bst. b BEHG jenen der «verantwortlichen Mitarbeiter eines Effektenhändlers, die den Effektenhandel betreiben» beinhaltet. In der französischen Version von Artikel 35 Abs. 3 Bst. b BEHG verschwand der zum besseren Verständnis nützliche Zusatz «die den Effektenhandel betreiben» – und dies, obwohl er sowohl im Vorentwurf 1990 («responsable du commerce des valeurs») als auch im Vorentwurf 1991 («responsables du commerce des valeurs mobilières») ausdrücklich vorgesehen war.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Gesetzgeber in Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG nicht die herkömmlichen Gewährsträger, sondern die Händler bzw. die im Effektenhandel tätigen Personen in die Pflicht nehmen wollte, und zu diesem Zweck eine spezifische repressive Massnahme schuf – nämlich die Möglichkeit, diesen Personen die Tätigkeit im Effektenhandel dauernd oder vorübergehend zu verbieten.

3.3. Der Ansatz der systematischen Auslegung führt zum gleichen Ergebnis.

Sowohl in Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG (Effektenhändler) als auch in Art. 3 Abs. 2 Bst. b BEHG (Börsen) wird der Begriff der «verantwortlichen Mitarbeiter» verwendet. Was die Effektenhändler anbetrifft so werden die verantwortlichen Mitarbeiter in Art. 23 Abs. 3 BEHV, in Bezug auf die Börsen in Art. 9 BEHV abschliessend aufgezählt. Diese beiden Aufzählungen sind, von einer einzigen Ausnahme abgesehen, deckungsgleich. Es steht somit fest, dass sowohl Art. 3 Abs. 2 Bst. b BEHG (in Bezug auf die Börsen) als auch Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG (in Bezug auf die Effektenhändler) die Organe bzw. Gewährsträger definiert – und dies ganz im Gegensatz zu Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG, welcher, wie bereits gesagt, die Händler bzw. die im Effektenhandel tätigen Personen zum Gegenstand hat. Bezeichnenderweise halten denn auch sowohl Art. 9 als auch Art. 23 Abs. 3 BEHV ausdrücklich fest, dass sie die verantwortlichen Mitarbeiter i.S.v. Art. 3 Abs. 2 Bst. b bzw. Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG definieren – ein Verweis auf Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG findet sich hingegen weder in Art. 9 noch in Art. 23 Abs. 3 BEHV. Hinzu kommt, dass ein derartiger Verweis auch in den Klammerzusätzen zu den Titeln der Art. 9 und 23 Abs. 3 BEHV vollständig fehlt.

Im Übrigen wäre Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG schlechterdings seiner Existenzberechtigung beraubt, wenn er denselben Personenkreis erfassen würde wie Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG. Letztere Bestimmung ist nämlich bereits eine genügende gesetzliche Grundlage, um im Rahmen der Institutsaufsicht gegen die Gewährsträger eines Effektenhändlers die jeweils erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Auch diese Überlegung führt zur klaren Erkenntnis, dass Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG einen anderen Personenkreis als die herkömmlichen Gewährsträger i.S.v. Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG erfasst.

Zusammenfassend sei daher festgehalten, dass auch eine systematische Auslegung des Börsengesetzes zum Ergebnis führt, dass Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG nicht die in Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG erwähnten und in Art. 23 Abs. 3 BEHV aufgezählten Gewährsträger, sondern die Händler bzw. die im Effektenhandel tätigen Personen erfasst.

3.4. Dieses Auslegungsergebnis wird schliesslich ebenfalls durch eine teleologische Auslegung untermauert.

Vorab sei festgehalten, dass im Rahmen des Börsengesetzes unbestrittenermassen neben die Institutsaufsicht eine Marktaufsicht tritt (vgl. Peter Nobel: Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Auflage, Bern 2004, § 7 Rz. 80). Unter den Gesetzesbestimmungen, welche die Marktaufsicht zum Gegenstand haben, ist namentlich Art. 6 BEHG zu erwähnen, welcher sich mit der Überwachung des Handels auseinandersetzt. Aus dieser zentralen Bestimmung geht hervor, dass einerseits die Börse die Kursbildung, den Abschluss und die Abwicklung der getätigten Transaktionen überwacht und bei Verdacht auf Gesetzesverletzungen oder sonstige Missstände die Aufsichtsbehörde benachrichtigt, und andererseits die Aufsichtsbehörde – i. e. die EBK (vgl. Art. 34 BEHG) – die notwendigen Untersuchungen anordnet. Erhält die EBK im Rahmen einer solchen Marktaufsichtsuntersuchung Kenntnis von strafbaren Handlungen, so erstattet sie gestützt auf Art. 35 Abs. 6 BEHG Strafanzeige bei den zuständigen Strafverfolgungsbehörden. Darüber hinaus hat die EBK aber ganz allgemein die zum Vollzug des Börsengesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen zu treffen (Art. 35 Abs. 1 BEHG) und bei Kenntnis von Gesetzesverletzungen oder von sonstigen Missständen für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und für die Beseitigung der Missstände zu sorgen (vgl. Art. 35 Abs. 3 erster Satz BEHG).

Nun liegt es aber auf der Hand, dass dieser in Art. 35 Abs. 1 und 3 BEHG verankerte Auftrag des Gesetzgebers im Bereich der Marktaufsicht nur dann sinnvoll wahrgenommen werden kann, wenn die Aufsichtsbehörde nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung eines Effektenhändlers, sondern auch die im Effektenhandel effektiv tätigen Personen – i. e. namentlich die Händler – für allfällige im Effektenhandel begangene Verfehlungen sanktionieren kann. Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG materialisiert daher einzig die aufgrund obiger Erwägungen logisch zwingenden gesetzgeberischen Konsequenzen.

3.5. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass eine grammatikalische, eine historische, eine systematische wie auch eine teleologische Auslegung des Börsengesetzes zum Ergebnis führen, dass Art. 35 Abs. 3 Bst. b und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG weder denselben Personenkreis erfassen noch dieselben Massnahmen bzw. Sanktionsmöglichkeiten beinhalten. Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG sieht ein eigentliches Berufsverbot für im Effektenhandel tätige Personen vor, welches klar von den Massnahmen zu unterscheiden ist, welche gegenüber den Gewährsträgern gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG ergriffen werden können.

(...)

Die von Händler A und Teamleiter B vorgebrachten prozessualen Argumente bezüglich angeblich fehlender Aufsichts- und Massnahmenkompetenz der EBK sind, wie vorstehend in den Erwägungen 3.1 bis 3.4 hergeleitet, folglich unzutreffend.

(...)

Decisione della CFB del 28 gennaio 2004 nella causa UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA, United Investment Bank Ltd, Vanuatu, e Intersmi Gestao e Investimentos Lda, Portogallo

Decisione del Tribunale federale del 15 luglio 2004, (ATF 130 II 351, regesti redatti dalla CFB)

Competenze dell'osservatore (ora dell'incaricato delle inchieste) nominato dalla CFB per l'esame di una fattispecie; esercizio senza autorizzazione di un'attività bancaria a favore di una banca estera

- 1 Non è necessario per la CFB rendere una decisione provvisoria dopo il rilascio di una decisione superprovvisionale se la parte interessata non lo richiede espressamente, in particolare quando questa è consigliata da un avvocato (consid. 3.2 decisione Tribunale federale).
- 2 Le domande fatte dall'osservatore – così come per il nuovo incaricato delle inchieste secondo l'art. 23^{quater} LB – ai collaboratori di una società interessata da una misura superprovvisionale non sono sottoposte all'esigenza della PA. Solo la procedura nel suo insieme deve rispondere alle garanzie costituzionali e legali di procedura. Il rapporto dell'osservatore non ha un carattere contragnante per la CFB (consid. 20 decisione CFB; consid. 3.3 decisione Tribunale federale).
- 3 Elementi che permettono di stabilire l'esercizio di un'attività bancaria a favore di un'istituto estero: nome della ditta; luogo dello svolgimento delle riunioni del consiglio di amministrazione.

ne; domicilio organi; qualità di shell bank dell'istituto estero; utilizzo sistema informatico prettamente bancario; esecuzione di attività di back office; luogo in cui sono stati redatti gli ordini verso le banche detentrici delle relazioni intestate alla banca estera; dipendenza economica tra le società e la banca estera; (consid. 27 decisione CFB). Questi elementi sono validi anche per la determinazione dell'esistenza di un'attività di commerciante di valori mobiliari a favore di un istituto estero (consid. 37 decisione CFB).

- 4 Quando le attività di società svizzere per delle banche estere coprono gran parte delle attività di back-office per queste ultime, le attività delle società svizzere devono essere considerate come delle attività bancarie sottoposte ad autorizzazione (consid. 5.3 decisione Tribunale federale)
- 5 L'iscrizione di due succursali di fatto non è ammissibile quando queste società sono sottoposte alla sorveglianza del loro stato d'origine, una parte importante delle attività di queste società è direttamente esercitata all'estero e queste società non sono attive direttamente sul mercato svizzero, ad eccezione delle due società svizzere per le quali la liquidazione è stata confermata (consid. 6 decisione Tribunale federale).

Zuständigkeit des durch die Eidg. Bankenkommission eingesetzten Beobachters (künftig Untersuchungsbeauftragter) zur Sachverhaltsermittlung; Ausübung einer Banktätigkeit ohne Bewilligung zugunsten einer ausländischen Bank

- 1 Es ist nicht notwendig, dass die EBK nach einer superprovisorischen eine vorsorgliche Verfügung erlässt, wenn die betroffene Partei dies nicht ausdrücklich verlangt; dies insbesondere, wenn sie durch einen Anwalt vertreten ist (Erw. 3.2 des BGE).
- 2 Die vom Beobachter – ebenso wie durch den neuen Untersuchungsbeauftragten gemäss Art. 23^{quater} BankG – bei Mitarbeitern der durch eine superprovisorische Massnahme betroffenen Gesellschaft durchgeführten Abklärungen unterstehen nicht den Anforderungen des VwVG. Nur das Verfahren als Ganzes muss den verfassungs- und gesetzesmässigen Verfahrensgarantien genügen. Der Bericht des Beobachters hat keinen zwingenden Charakter für die EBK (Erw. 20 der Verfügung der EBK; Erw. 3.3. des BGE).
- 3 Elemente, welche auf die Ausübung einer Banktätigkeit für ein ausländisches Institut schliessen lassen, sind: Firmenname; Ort der Sitzungen des Verwaltungsrates; Wohnsitz der Organe; Charakter einer Shell-Bank des ausländischen Instituts; Verwendung eines Informatiksystems, das nur für Banken gedacht ist; Ausführung von Backoffice-Tätigkeiten; Ort, von welchem aus Aufträge für laufende Kontobeziehungen der ausländischen Bank bei anderen Banken aufgegeben werden; wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen den Gesellschaften und der ausländischen Bank (Erw. 27 der Verfügung der EBK). Diese Elemente sind auch

anwendbar für die Feststellung einer Aktivität als Effektenhändler zugunsten eines ausländischen Instituts (Erw. 37 der Verfügung der EBK).

- 4 Soweit die Geschäftstätigkeiten von Schweizer Gesellschaften für ausländische Banken grosse Backoffice-Tätigkeiten umfassen, müssen diese Tätigkeiten der Schweizer Gesellschaften als unterstellungspflichtige Banktätigkeiten angesehen werden (Erw. 5.3 des BGE).
- 5 Die Eintragung von zwei faktischen Zweigniederlassungen ist nicht zulässig, sofern diese Gesellschaften im Heimatstaat einer prudentiellen Aufsicht unterstellt sind, ein wichtiger Teil der Geschäftstätigkeiten direkt aus dem Ausland vorgenommen wird, und soweit diese Tätigkeiten nicht direkt auf dem Schweizer Markt ausgeübt werden, unabhängig davon, dass für zwei Tochtergesellschaften dieser Gesellschaften, die ohne entsprechende Bewilligung eine Banktätigkeit in der Schweiz ausgeübt haben, die Liquidation bestätigt worden ist (Erw. 6 des BGE).

Compétences de l'observateur (actuellement du chargé d'enquête) nommé par la CFB pour l'établissement d'un état de fait; exercice sans autorisation d'une activité bancaire en faveur d'une banque étrangère.

- 1 Il n'est pas nécessaire que la CFB rende une décision provisoire après une décision superprovisoire, si la partie concernée ne le requiert pas expressément, en particulier lorsque celle-ci est conseillée par un avocat (consid. 3.2 décision Tribunal fédéral).

- 2 Les questions posées par l'observateur – ainsi que le nouveau chargé d'enquête selon l'art. 23^{quater} LB – aux collaborateurs de la société concernée par une mesure superprovisoire ne sont pas soumises aux exigences de la PA. Seule la procédure dans son ensemble doit répondre aux garanties constitutionnelles et légales de procédure. Le rapport de l'observateur n'a pas de caractère contraignant pour la CFB (consid. 20 décision CFB; consid. 3.3 ATF).
- 3 Éléments qui permettent de déterminer l'exercice d'une activité bancaire en faveur d'un établissement étranger: raison sociale; endroit où ont lieu les réunions du conseil d'administration; domicile des organes; qualité de shell bank de l'établissement étranger; utilisation d'un système informatique purement bancaire; exécution des activités de back-office; lieu où ont été rédigés les ordres à l'attention des banques auprès desquelles se trouvent les relations ouvertes au nom de la banque étrangère; dépendance économique entre les sociétés et la banque étrangère (consid. 27 décision CFB). Ces éléments sont aussi valables pour la détermination de l'existence d'une activité de négociant en valeurs mobilières en faveur d'un établissement étranger (consid. 37 décision CFB).
- 4 Lorsque les activités de sociétés suisses pour des banques étrangères couvrent de larges activités de back-office pour ces dernières, les activités de ces sociétés suisses doivent être considérées comme des activités bancaires soumises à autorisation (consid. 5.3 ATF).

- 5 L'inscription de deux succursales de fait n'est pas admissible lorsque ces sociétés sont soumises à la surveillance prudentielle de leur État d'origine, qu'une part importante des activités de ces deux sociétés est directement exercée depuis l'étranger, et que ces dernières ne sont pas actives directement sur le marché suisse, excepté par le biais des deux sociétés suisses pour lesquelles la mise en liquidation a été confirmée (consid. 6 décision Tribunal fédéral).

Fattispecie della decisione della CFB del 28 gennaio 2004 (riassunto)

UIB Servizi SA è una società anonima creata il 31 marzo 1998 avente quale scopo la prestazione di servizi di gestione, d'amministrazione e di supervisione nell'ambito delle società infragruppo, consulenza finanziaria nonché ogni altra attività connessa con lo scopo sociale. Il capitale sociale è di CHF 100 000. UIB Gestioni Patrimoniali SA è una società anonima creata l'11 settembre 2002 avente quale scopo la consulenza finalizzata alla gestione patrimoniale di portafogli mobiliari detenuti da investitori istituzionali e/o privati, la consulenza finanziaria nella sua accezione più ampia in materia di mercati finanziari, nonché l'attività di intermediazione di valori mobiliari. La società può assumere partecipazioni in società utili al raggiungimento dello scopo sociale. Il capitale sociale è di CHF 100 000.

In data 3 giugno 2003, la Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) lussemburghese ha informato la Commissione federale delle banche (CFB) in merito alla società United Investment Bank Ltd, Vanuatu (in seguito UIB Ltd), costituita conformemente al diritto

della Repubblica di Vanuatu, la cui ragione sociale consiste nell'esercizio dell'attività bancaria. Secondo la CSSF, la UIB Ltd sarebbe gestita a partire dalla Svizzera, ed in particolare dai locali della UIB Servizi SA. La CSSF ha allegato un verbale della UIB Ltd tenutosi a Port Villa Vanuatu, dal quale risulta che la società Intersmi Gestao & Investimentos Limitada (Intersmi Lda) detiene le azioni n. 1 a 147000 della UIB Ltd, mentre A le azioni n. 147001 a 150000. La CSSF ha inoltre allegato i verbali, in lingua inglese, di tre sedute del Consiglio di amministrazione (Board of Directors) della UIB Ltd, che hanno avuto luogo in data 1996 e 1997 a Lugano.

A seguito di queste informazioni, in data 9 luglio 2003 la CFB ha trasmesso alla UIB Servizi SA un questionario per l'esame dell'attività della società, chiedendo nel contempo l'invio alla CFB degli statuti della società, di un estratto del registro di commercio, di un mandato di gestione, dei conti annuali e di un incarto completo di un cliente. In particolare la CFB ha chiesto a UIB Servizi SA di informarla sull'esistenza di un legame con la UIB Ltd ed in modo particolare dell'utilizzazione dei locali della UIB Servizi SA per l'esercizio di funzioni della UIB Ltd.

Con scritto del 31 luglio 2003, UIB Servizi SA ha inoltrato il questionario richiesto. La società ha descritto le sue relazioni con UIB Ltd nel seguente modo:

«Si precisa d'altro canto che tra UIB Servizi SA, Lugano, e United Investment Bank Ltd, Vanuatu, è in essere un rapporto contrattuale. La natura delle attività svolte da UIB Servizi SA in favore di United Investment Bank Ltd è definita nell'ambito di tale rapporto come da lettera d'incarico annessa. (...) I locali della UIB Servizi SA non sono

utilizzati né sono stati utilizzati per esercitare funzioni della United Investment Bank Ltd.»

Per il tramite della lettera d'incarico menzionata, datata 19 agosto 1998 e redatta in lingua italiana, la UIB Ltd ha dato mandato alla UIB Servizi SA, Lugano, di fornire i seguenti servizi:

«amministrazione, archivio dati, elaborazione dati, tenere, a partire dall'esercizio 1998, per nostro conto la contabilità (estratti conto, scritture contabili, etc.) del nostro Istituto, ricevere parte della nostra posta e/o documentazione, consulenza in genere e qualsiasi altro servizio previsto dalla Vostra attività che dovessimo richiedere.»

La lettera d'incarico del 19 agosto 1998 recita inoltre:

«V'informiamo che al fine di rendere più celere la Vostra operatività daremo istruzioni alle nostre banche corrispondenti e a quant'altri fosse necessario, di inviare tutta la nostra corrispondenza presso i Vostri uffici di Lugano e trasmetteremo via fax tutta la documentazione per le corrette e tempestive registrazioni contabili. La remunerazione dei vostri servizi sarà stabilita di volta in volta secondo la mole di lavoro che vi sarà assegnata. Per il primo esercizio vi riconosceremo l'importo di CHF 129 000.»

Nelle risposte al questionario, UIB Servizi SA, Lugano, dichiara di svolgere servizi amministrativi in favore delle società estere del gruppo. Precisamente segue la contabilità per le società UIB Ltd e Intersmi Lda, Portogallo, effettua la contabilità sia interna che esterna dei conti detenuti dalle società e ne verifica la rispondenza con quanto registrato dalle banche con cui le due società operano. UIB Servizi SA dichiara

inoltre di non operare su mandati di gestione né di gestire disponibilità o altro, ma di eseguire solo le registrazioni effettuate dalle menzionate società, di allestire i relativi resoconti per le medesime e di tenere un archivio delle varie registrazioni.

Per il tramite del questionario, UIB Servizi SA, Lugano, ha inoltre informato la CFB che la società è detenuta dalle società SMI, San Marino Investimenti, San Marino (in seguito SMI SA, San Marino), in ragione del 40% e dalla Intersmi Lda, Portogallo, in ragione del 60%.

Benché la sede statutaria della società risulti essere in Riva Albertolli 1, a Lugano, UIB Servizi SA ha indicato, nel questionario della CFB, che il luogo della direzione si trova in via Calgari 3, Lugano. Nello stesso stabile si trova anche la sede della UIB Gestioni Patrimoniali SA.

In data 19 agosto 2003 la CFB ha inviato alla UIB Gestioni Patrimoniali SA il questionario per determinare l'assoggettamento della società alla sorveglianza della CFB. Con lettera del 10 settembre 2003, UIB Gestioni Patrimoniali SA ha risposto al questionario della CFB. Tra le informazioni ivi fornite, UIB Gestioni Patrimoniali SA dichiara di appartenere, nella misura del 47%, a SMI San Marino Investimenti SA, nella misura del 31% a Intersmi Lda, Portogallo, e nella misura del 19% a A. UIB Gestioni Patrimoniali SA dichiara inoltre di non esercitare alcuna attività di gestione patrimoniale ma che la società conta, entro il corrente anno, di iniziare la suddetta attività una volta impartita dal cliente la relativa autorizzazione alle banche depositarie.

In data 21 agosto 2003 la CFB ha inoltrato una domanda di assistenza amministrativa alla CSSF, mediante la quale sono stati richiesti gli estratti dei conti della UIB Ltd presso la banca B SA, Luxembourg, e il

Credito C (Luxembourg) SA. Con scritto del 29 agosto 2003 la CSSF forniva una prima serie di documenti. Tra questi si trovano dei messaggi fax del periodo gennaio–settembre 2002, inviati dalla UIB Servizi SA alla banca D (Luxembourg) SA, presso la quale la UIB Ltd detiene pure una relazione. I messaggi fax sono stati scritti con carta intestata della UIB Ltd e firmata da E nella sua qualità di direttore della banca di Vanuatu. Dalla documentazione bancaria concernente un altro conto di UIB Ltd, quale indirizzo della banca è riportato quello della UIB Servizi SA, Lugano.

Con decisione superprovvisoria del 26 settembre 2003, la CFB ha decretato l'esistenza di un forte dubbio che la UIB Ltd venga gestita dalla Svizzera per il tramite delle società UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA e che presso questa società esista una succursale di fatto della UIB Ltd, Vanuatu. Con questa decisione la CFB ha nominato l'ufficio di revisione KPMG quale osservatore delle società coinvolte. L'osservatore ha ricevuto il compito di redigere un rapporto concernente le attività svolte da UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA e UIB Ltd, succursale di Lugano.

In data 30 settembre 2003 la CFB ha richiesto assistenza amministrativa alla Commission bancaire francese al fine di ottenere gli estratti del conto intestato a UIB Ltd, Vanuatu, presso la banca F a Montecarlo. In data 2 ottobre 2003 la CFB ha inoltrato alla Banca Centrale della Repubblica di San Marino, Divisione vigilanza, una richiesta di informazione sulla SMI SA, San Marino. Con lettera del 16 ottobre 2003, la Banca Centrale della Repubblica di San Marino ha informato la CFB che SMI SA, San Marino, è una società finanziaria regolarmente autorizzata e che può svolgere molte delle attività consentite agli istituti di

credito, ad eccezione della raccolta di risparmio tra il pubblico e la gestione dei mezzi di pagamento.

In data 10 novembre 2003 l'osservatore ha inoltrato alla CFB il rapporto finale eseguito sulla base della decisione superprovvisionale del 26 settembre 2003. In questo rapporto l'osservatore ha descritto le attività svolte dalle società UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA, Intersmi Lda, Portogallo, UIB Ltd, Vanuatu, e SMI SA, San Marino, le quali fanno capo al gruppo A, riconducibile alla persona di A.

Considerandi della decisione della CFB del 28 gennaio 2004
(estratti)

A. Sulla forma

(18) Nelle loro osservazioni, UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA e UIB Ltd, Vanuatu, chiedono l'esclusione del rapporto di KPMG dalle prove agli atti. A mente delle società in causa, il rapporto è stato redatto in violazione degli art. 12 e segg. della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA, RS 172.021) e pertanto non può essere utilizzato come mezzo di prova.

I. Utilizzo del rapporto dell'osservatore

(19) Le società dichiarano lese le norme previste per l'interrogatorio dei testi previste agli art. 16-19 PA. A mente delle società infatti, KPMG ha interrogato gli organi, i consulenti e i dipendenti delle società senza

rispettare minimamente tali disposizioni procedurali. Queste contestazioni non posso tuttavia essere accolte per i seguenti motivi:

a) In primo luogo occorre osservare come i verbali allegati al rapporto dell'osservatore non possono essere qualificati come interrogatori ai sensi della procedura amministrativa. KPMG è stata nominata osservatore con decisione superprovvisoria del 26 settembre 2003 con il compito di stabilire quali erano le attività realmente svolte da UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA. Per effettuare tali controlli KPMG non può limitarsi ad osservare le funzioni esercitate dagli impiegati della società, ma deve provvedere a discutere il modo di operare delle società coinvolte con le persone responsabili. Queste discussioni devono avvenire immediatamente con l'inizio delle attività dell'osservatore e proseguono man mano che l'osservatore viene a conoscenza di nuovi elementi sul funzionamento delle società sottoposte alla sua sorveglianza o viene in possesso di documenti di cui non comprende il significato. Anche se KPMG ha formalizzato le discussioni avute con i responsabili di UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA in appositi protocolli, questi non consistono in audizioni di testimoni ai sensi dell'art. 14 PA, bensì in informazioni che le parti sono tenute a fornire, così come previsto dall'art. 13 PA. In nessun protocollo è infatti mai stata nominata la parola «interrogatorio». I protocolli possono venire utilizzati unicamente come sostegno ai fatti riscontrati presso la società. Il Tribunale federale ha confermato l'esistenza di un interesse pubblico affinché la CFB possa disporre nel modo più rapido possibile di informazioni che siano sufficientemente affidabili (DTF non pubblicata dell'11 dicembre 2002, 2A.119/2002, consid. 2.2, DTF 126 II 111, consid. 3b). La CFB, per il tramite del suo osservatore, è in misura di disporre delle informazioni necessarie ai suoi compiti unicamente grazie all'obbligo di cooperazione delle parti, previsto appunto all'art. 13

PA, che non richiede alcuna forma speciale per la sua esecuzione. Sarà poi la CFB che deciderà, secondo il suo prudente criterio, se le informazioni scritte così raccolte costituiscono prova sufficiente o se abbisognano della conferma mediante deposizione giudiziale (art. 19 PA in relazione con art. 49 della legge federale del 4 dicembre 1947 di procedura civile federale, RS 273). Nella fattispecie la CFB, esaminando l'insieme delle informazioni in suo possesso, non ha ritenuto necessario provvedere alla conferma nelle forme della deposizione giudiziale delle dichiarazioni fatte dagli organi e dai dipendenti di UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA. Infatti tutti i documenti a disposizione della CFB non soltanto confermano le conclusioni a cui è giunto l'osservatore nel suo rapporto, ma provano anche, come si dirà in seguito, l'infondatezza delle dichiarazioni delle persone coinvolte.

(...)

II. Determinazione dei fatti da parte dell'osservatore

(20) In secondo luogo le società dichiarano che il mandato ricevuto da KPMG esula dai compiti normalmente delegati dalla CFB. A mente delle società l'osservatore non può determinarsi sull'esistenza di una sede fisica di UIB Ltd, Vanuatu, né descrivere eventuali fattispecie di rilevanza penali, in quanto tali facoltà spettano unicamente alla CFB.

(21) La CFB, una volta determinata l'esistenza di una fattispecie che necessita di controlli particolari, può nominare un osservatore, il quale è legittimato ad esaminare la fattispecie attraverso un controllo nei luoghi dove questa è svolta. (DTF del 22 maggio 2002 nella causa A e B contro CFB, consid. 3.2). L'osservatore pertanto ha preso posizione

sulle attività riscontrate a Lugano presso la UIB Servizi SA e la UIB Gestioni Patrimoniali SA. Nella fattispecie la CFB ha chiesto all'osservatore di esprimersi sull'esistenza di una sede fisica di UIB Ltd a Vanuatu e di indicare ogni fatto di rilevanza penale. La qualificazione finale dei fatti rinvenuti dall'osservatore rimane tuttavia riservata alla CFB (vedi punto 21). Per questi motivi le argomentazioni delle società devono essere respinte.

III. Apprezzamento delle prove da parte dell'osservatore

(22) Le società contestano la valutazione probatoria effettuata da KPMG nel suo rapporto. Questa contestazione è fuori luogo. Risulta pacifico che unicamente la CFB può apprezzare, per il tramite di una decisione formale provvista dei necessari rimedi giuridici, il valore probatorio dei fatti riscontrati dall'osservatore. Le osservazioni di KPMG non consistono in una decisione formale sull'esistenza di un'attività bancaria, decisione che soltanto la CFB può rilasciare, ma unicamente in uno degli elementi di prova a disposizione dell'autorità per il rilascio della sua decisione. La CFB ha preso la seguente decisione applicando tutti i principi relativi alla valutazione delle prove enunciati dalle società nelle loro osservazioni.

B. Sul fondo

I. Attività bancaria

i. Esistenza di una banca estera

(23) La legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio (LBCR, RS 952.0) si applica alle banche, ai banchieri privati (ditte individuali, società in nome collettivo e società in accomandita) e alle casse di risparmio (art. 1 LBCR). Ai sensi dell'art. 2a dell'ordinanza del 17 maggio 1972 sulle banche e le casse di risparmio (OBCR, RS 952.02), sono considerate banche, nel senso dell'articolo 1 cpv. 1 LBCR, le imprese operanti soprattutto nel settore finanziario, in particolare quelle che raccolgono a titolo professionale depositi del pubblico o si prestano pubblicamente a tale scopo per finanziare, per proprio conto e in qualsiasi modo, un numero indeterminato di persone o aziende con le quali esse non costituiscono un'unità economica. Agisce a titolo professionale chiunque accetta su un lungo periodo più di 20 depositi del pubblico (art. 3a OBCR). Queste disposizioni si applicano per analogia alle sedi, succursali ed agenzie istituite in Svizzera da banche estere, come pure ai rappresentanti delle banche estere che esercitano le loro attività in Svizzera (art. 2 LBCR). L'art. 1 ordinanza del 21 ottobre 1996 concernente le banche estere in Svizzera (OBE, RS 952.111) considera come banca estera ogni impresa organizzata secondo il diritto estero che beneficia all'estero di un'autorizzazione come banca, o che nella ragione sociale, nella designazione dello scopo sociale o nei documenti commerciali utilizza il termine «banca» o «banchiere», o esercita un'attività bancaria ai sensi dell'art. 2a OBCR.

(24) UIB Ltd, Vanuatu, utilizza nella propria ragione sociale il termine «banca». Inoltre l'osservatore ha potuto constatare che raccoglie a titolo professionale depositi del pubblico. UIB Ltd, Vanuatu, adempie pertanto alle condizioni di cui all'art. 1 cpv. 1 OBE e deve essere considerata una banca estera.

(25) Questa conclusione non è contestata, ritenuto che nella loro presa di posizione, UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA e UIB Ltd riconoscono l'esercizio di un'attività bancaria da parte di UIB Ltd (03-47 A07 887 e 884).

ii. Esistenza di una succursale/rappresentanza di una banca estera

(26) Giusta l'art. 1 cpv. 2 OBE, se la direzione effettiva della banca estera è situata in Svizzera o se la banca tratta i propri affari esclusivamente o in modo preponderante in o dalla Svizzera, essa deve essere organizzata secondo il diritto svizzero e soggiace alle disposizioni sulle banche svizzere. Ai sensi dell'art. 2 cpv. 1 OBE, una banca estera necessita dell'autorizzazione della Commissione delle banche se, in Svizzera, occupa persone che, per essa, a titolo professionale e permanente, in Svizzera o dalla Svizzera concludono affari, tengono conti clienti o la impegnano giuridicamente [succursale] (lit. a) o sono attive per essa in altro modo, segnatamente trasmettendole mandati di clienti o rappresentandola a scopi di pubblicità o per altri scopi [rappresentanza] (lit. b). La legge sulle banche è dunque, a determinate condizioni, applicabile anche alle imprese la cui sede statutaria è all'estero, ma che esercitano la loro attività in o dalla Svizzera, totalmente o parzialmente (Bollettino CFB 17, pag. 11). Parimenti, ai sensi degli art. 4 e 14 OBE,

l'istituzione in Svizzera di una succursale, rispettivamente di una rappresentanza di una banca estera, necessita l'autorizzazione della CFB.

(27) UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA contestano di aver effettuato delle attività bancarie a favore di UIB Ltd, Vanuatu, dalla Svizzera. Gli elementi seguenti tuttavia contraddicono le affermazioni delle società:

a) UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA contengono nelle loro ditte la sigla «UIB» che con ogni probabilità si riferisce a «United Investment Bank Ltd». Le ditte delle società indicano pertanto l'esistenza di uno stretto legame con la banca di Vanuatu.

b) Tutte le riunioni del consiglio di amministrazione conosciute si sono svolte a Lugano. Il consiglio di amministrazione esercita la sorveglianza e il controllo della società. Esso siede pertanto nel luogo in cui la società esercita le sue funzioni. Il consiglio di amministrazione di una banca svolge per definizione un'attività bancaria. Già solo questo fatto porta a riconoscere l'esistenza di un'attività bancaria non autorizzata in Svizzera.

c) Tutti gli organi di UIB Ltd, Vanuatu, sono domiciliati o in Svizzera o in Italia.

d) L'osservatore ha ritenuto di poter affermare che la UIB Ltd, Vanuatu, debba essere considerata come una Shell Bank, ovvero una banca incorporata in una giurisdizione presso la quale essa non ha alcuna presenza fisica e che non è affiliata ad un gruppo finanziario regolato (vedi anche la raccomandazione 18 FATF/GAFI). Questa affermazione è stata confermata dalla documentazione agli atti, dalla quale si evince

come l'indirizzo indicato da UIB Ltd a Vanuatu (Moore Stephens House, Kumul Highway, Port Villa) è anche quello della IF Ltd, a cui UIB Ltd ha versato l'importo di USD 4200. Essendo sprovvista di locali dai quali esercitare la propria attività nella sua sede di incorporazione, le attività di UIB Ltd, Vanuatu, devono essere esercitate in un luogo diverso da quello del suo luogo di incorporazione. Nelle loro osservazioni, UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA e UIB Ltd non contestano, anzi indirettamente confermano, la qualità di Shell Bank di UIB Ltd. Tuttavia esse hanno voluto precisare come le attività di queste società vengono svolte a San Marino. Nella fattispecie rilevante risulta determinare se delle attività bancarie a favore di UIB Ltd, Vanuatu, siano state effettuate anche in Svizzera, e precisamente a Lugano presso i locali della UIB Servizi SA o della UIB Gestioni Patrimoniali SA.

e) L'osservatore ha potuto constatare che delle attività sono state svolte nella sede della UIB Servizi SA. Presso questa società si trova infatti un sistema informatico del tipo «Olympic». Questo sistema è normalmente utilizzato dalle banche autorizzate per la registrazione della loro contabilità. Le attività descritte dall'osservatore svolte tramite questo sistema (registrazione della contabilità, apertura e tenuta dei conti clienti, riconciliazione banche e titoli) sono delle attività prettamente bancarie. Nelle loro osservazioni le società coinvolte dichiarano che la versione disponibile presso UIB Servizi SA è in forma semplificata rispetto al sistema bancario vero e proprio. Queste argomentazioni non sono atte a contestare il fatto che questo sistema viene utilizzato per la gestione dei dati e delle transazioni dei clienti e che queste attività sono prettamente bancarie.

f) UIB Servizi SA esegue altre operazioni tipiche del back office di una banca, il tutto come risulta dal contratto concluso tra UIB Servizi SA e

UIB Ltd, Vanuatu (contratto redatto in lingua italiana, che non è la lingua ufficiale della Repubblica di Vanuatu). L'attività di back office è un elemento fondamentale dell'attività bancaria e come tale può essere oggetto di un'estraneazione limitata (vedi circolare CFB 99/2 outsourcing). La questione relativa all'applicazione di questa circolare a UIB Servizi SA può rimanere irrisolta. Determinante risulta infatti l'immagine globale della banca e della sua organizzazione. La delegazione di attività di una banca «off shore», come nel caso in esame, deve essere sottoposta a condizioni più restrittive rispetto ad un istituto bancario che occupa realmente degli impiegati nella sua sede estera. Non si può pertanto concludere, a priori, che la delegazione di compiti di back office da parte di una banca estera a una società svizzera non sia considerata come un'attività bancaria in Svizzera: è infatti in funzione delle circostanze del singolo caso che la questione deve essere risolta (decisione non pubblicata della CFB del 30 gennaio 2002 nel caso P SA, consid. 2a/dd). Nelle loro osservazioni UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA e UIB Ltd contestano le dichiarazioni della CFB, secondo cui il Tribunale federale ha già avuto modo di riconoscere la legittimità di una misura provvisoria contro una società che esegue attività di back office per una banca straniera (DTF non pubblicata del 5 dicembre 2001, 2A.320/2001, nella causa X Ltd contro Commissione federale delle banche). Le società coinvolte dichiarando che le attività bancarie svolte in questo caso non si limitavano alle sole operazioni di back office, ma erano ben più ampie. Occorre osservare che anche in questo caso, come si dirà in seguito, UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA non si sono limitate ad effettuare delle attività di back office, ma hanno esercitato anche altre attività bancarie. La CFB ritiene in ogni caso che anche solo il tipo di attività svolte da UIB Servizi SA, così come descritto nel contratto sottoscritto con UIB Ltd, Vanuatu, consistono in attività bancarie ai sensi della LBCR.

g) Gli averi della UIB Ltd sono, rispettivamente erano, depositati presso tre banche lussemburghesi nonché una banca monegasca. L'osservatore ha potuto constatare che gli ordini operativi a nome della UIB Ltd, Vanuatu, sono stati effettuati da collaboratori della UIB Servizi SA e della UIB Gestioni Patrimoniali SA. In particolare l'osservatore ha rilevato che da Lugano venivano anche dati degli ordini alle banche. Nelle loro osservazioni UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA e UIB Ltd hanno più volte negato di aver effettuato attività di carattere bancario a Lugano, affermando che la gestione dei conti è sempre stata effettuata a San Marino presso la SMI SA, società che detiene una regolare autorizzazione. Per suggellare questa dichiarazione, le società hanno allegato alle loro osservazioni delle dichiarazioni degli organi e dei dipendenti di UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA che smentiscono le dichiarazioni precedentemente fatte all'osservatore, secondo le quali gli ordini bancari venivano firmati e inviati direttamente da Lugano. Quanto affermato dalle società nelle loro osservazioni è tuttavia ampiamente smentito dalla documentazione ottenuta dalla CSSF e della Commission bancaire, dalla quale si evince come tutti gli ordini per le operazioni svolte sui conti lussemburghesi e monegaschi intestati alla UIB Ltd sono stati firmati da E e sono tutti stati inviati dal fax della UIB Servizi SA. Inoltre, contrariamente a quanto più volte dichiarato dalle società, sono stati i dipendenti di UIB Servizi SA ad inoltrare questi fax. Altro non potrebbe essere, in quanto SMI SA, San Marino, non è autorizzata ad effettuare la gestione dei mezzi di pagamento. Ai sensi dell'art. 2 della legge bancaria del 12 febbraio 1986 della Repubblica di San Marino, «per mezzi di pagamento si intendono tutti gli strumenti che, quale che sia il procedimento tecnico utilizzato, permettano ad un soggetto il trasferimento dei fondi». Gli ordini bancari ottenuti dalla CSSF e dalla Commission bancaire permettono un trasferimento di questo tipo. Inoltre occorre osservare come tutti gli

estratti dei conti intestati a UIB Ltd, Vanuatu, presso le banche lussemburghesi e la banca monegasca erano inoltrati alla UIB Servizi SA a Lugano. Occorre pertanto concludere che la SMI SA, San Marino, che non è autorizzata ad effettuare la gestione dei mezzi di pagamento, ha aperto per la UIB Ltd, Vanuatu, una succursale a Lugano che potesse effettuare degli ordini bancari.

h) Le prestazioni fatturate da UIB Servizi SA sono sistematicamente vincolate ai costi sostenuti dalla società, aumentati del 10%. Questo fatto indica lo stretto legame esistente tra le due società in quanto i ricavi di UIB Servizi SA non sono stati determinati da fattori di mercato bensì sono stati decisi a tavolino dagli organi di UIB Ltd, Vanuatu. L'osservatore ha infatti potuto constatare la completa dipendenza di UIB Servizi SA dalle prestazioni monetarie effettuate dalla UIB Ltd, Vanuatu. Si osserva inoltre che l'unico cliente della società è UIB Ltd, Vanuatu.

i) Presso la UIB Gestioni Patrimoniali SA è stata invece svolta la gestione patrimoniale degli averi di UIB Ltd, Vanuatu, così come risulta dal contratto di consulenza finanziaria sottoscritto dalle parti. Tramite questo contratto UIB Gestioni Patrimoniali SA ha percepito l'importo mensile di CHF 12500 per le proprie prestazioni. Nelle loro osservazioni le società hanno contestato che i dipendenti di UIB Gestioni Patrimoniali SA abbiano passato degli ordini per i conti di UIB Ltd, Vanuatu, presso le banche estere. Anche in questo caso tuttavia, dagli atti a disposizione della CFB appare in modo incontestabile che diversi ordini per transazioni dati alle banche lussemburghesi e monegasche sono stati redatti da una dipendente di UIB Gestioni Patrimoniali SA, e firmati da E. Occorre inoltre osservare come la stessa UIB Gestioni Patrimoniali SA aveva dichiarato, nel questionario inoltrato alla CFB in

data 10 settembre 2003, di voler iniziare l'attività di gestione patrimoniale una volta impartita dal cliente la relativa autorizzazione alle banche depositarie. È pertanto in mala fede che UIB Gestioni Patrimoniali SA, nelle sue osservazioni, afferma che la gestione veniva effettuata da San Marino, allorquando essa stessa ha dichiarato la sua volontà di effettuare la gestione degli averi dei suoi clienti (ovvero UIB Ltd, Vanuatu, e Intersmi Lda, Portogallo) da Lugano.

(28) Per questi motivi deve essere riconosciuta l'esistenza di una succursale di fatto di UIB Ltd, Vanuatu, a Lugano, presso i locali della UIB Servizi SA e della UIB Gestioni Patrimoniali SA. L'istruttoria ha infatti permesso di determinare come presso queste due società sia impiegato personale che esercita a tempo pieno un'attività a favore di UIB Ltd, Vanuatu (*Wyss/Zulauf, Fiktiver Sitz oder faktische Zweigniederlassung?* in *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Schriftenreihe des Europa Instituts Zürich, Band 37, pag. 124*).

(29) Nella fattispecie ci si potrebbe chiedere se la sede effettiva della banca non si trovi fuori dalla Repubblica di Vanuatu, ove la banca è stata costituita. Infatti, ai sensi della giurisprudenza del Tribunale federale, seppure la legge regolatrice di una persona giuridica è quella dello Stato in cui la persona giuridica ha la propria sede statutaria e in cui essa è incorporata, rimane riservata la legge dello Stato in cui la persona giuridica è effettivamente amministrata (DTF 108 II 400 e seguenti). Non è rilevante la forma giuridica con la quale la società è attiva, bensì l'attività commerciale reale esercitata. Non ci si può sottrarre all'obbligo di autorizzazione separando arbitrariamente l'attività bancaria in due società giuridicamente distinte (vedi anche Bollettino CFB 29, pag. 28, Bollettino CFB 40, pag. 94 e DTF 126 II 77 e seguenti). La questione può tuttavia rimanere aperta, visto che UIB Ltd, Vanuatu, ha

aperto a Lugano una succursale senza esservi autorizzate e pertanto soggiacciono comunque alla sorveglianza della CFB. Ne discende che la legge sulle banche è, in concreto, applicabile e la banca, la sua succursale, nonché le società che esercitano l'attività bancaria soggiacciono alla sorveglianza della CFB (DTF 126 II 77).

Nel caso in esame né UIB Ltd, Vanuatu, succursale di Lugano, né UIB Gestioni Patrimoniali SA, né UIB Servizi SA beneficiano di un'autorizzazione della CFB. Ne discende che la banca e le società hanno sviluppato un'attività bancaria in e dalla Svizzera senza autorizzazione.

iii. La situazione di Intersmi Lda, Portogallo

(30) La CFB è venuta a conoscenza delle attività esercitate da Intersmi Lda, Portogallo, unicamente nel corso della presente procedura. Nel corso del suo mandato l'osservatore ha infatti potuto accertare che al 30 settembre 2003 Intersmi Lda, Portogallo, aveva aperto delle relazioni con circa 250 clienti. Avendo accettato depositi per più di 20 clienti, la società ha raccolto a titolo professionale depositi del pubblico ed esercita, ai sensi dell'art. 2a OBCR, un'attività bancaria. Essendo costituita all'estero, la società deve essere considerata come una banca estera. L'osservatore non ha potuto stabilire con certezza l'esistenza di una sede fisica della società in Portogallo. A mente dell'osservatore tuttavia, anche Intersmi Lda, Portogallo, deve essere considerata una società off-shore ritenuto che:

- l'apertura delle relazioni nel sistema informatico avviene a Lugano;
- tutti i documenti originali relativi all'apertura di una relazione si trovano a Lugano;
- la registrazione delle operazioni contabili avviene a Lugano;
- per problemi relativi a Intersmi Lda, Portogallo, il personale di Lugano si rivolge direttamente alla SMI SA, San Marino.

Oltre a questi indizi si osserva come Intersmi Lda, Portogallo, non sia una società debitamente autorizzata da parte del Banco de Portugal ad esercitare un'attività bancaria. Tutte queste considerazioni rendono plausibile ritenere che Intersmi Lda, Portogallo, sia una società offshore. Anche in questo caso dunque, le attività della società devono essere esercitate in un luogo diverso da quello del loro luogo di incorporazione. Nella fattispecie l'osservatore ha potuto osservare che l'apertura delle relazioni d'affari avviene a Lugano, che la documentazione dei clienti è trattenuta a Lugano e che l'unica funzione di Intersmi Lda, Portogallo, è quella di ottimizzare il carico fiscale degli investitori. Dall'esame di questa documentazione non si può che constatare l'esistenza di un'attività bancaria in Svizzera a favore di Intersmi Lda, Portogallo.

Sussidiariamente si osserva che l'osservatore ha rinvenuto un mandato di gestione concluso tra Intersmi Lda, Portogallo, e UIB Gestioni Patrimoniali SA, ai sensi del quale gli averi di Intersmi Lda, Portogallo, vengono gestiti da UIB Gestioni Patrimoniali SA. Intersmi Lda, Portogallo, ha anche sottoscritto con UIB Gestioni Patrimoniali SA un contratto di

consulenza finanziaria, percependo l'importo di CHF 12 000 mensili per le proprie prestazioni. Questi documenti confermano l'esercizio di attività bancarie a favore della Intersmi Lda da parte di UIB Gestioni Patrimoniali SA, in quanto tutta la gestione delle relazioni intrattenute da Intersmi Lda, Portogallo, risulta effettuato a Lugano.

(31) Nelle loro osservazioni le società coinvolte dichiarano falsa l'affermazione dell'osservatore, secondo il quale le ricerche di mercato e la consulenza per i clienti di Intersmi Lda, Portogallo, avvengono a Lugano. Nelle sue osservazioni A dichiara che i documenti originali concernenti l'apertura dei conti si trovano a Lugano a fini contabili, contesta che Intersmi Lda, Portogallo, possa essere considerata una società offshore e afferma che presso Intersmi Lda, Portogallo, lavora un amministratore locale e qualche altra persona che si occupa della gestione amministrativa e contabile. Fermo restando che le dichiarazioni di A si sono già rilevate false per quel che concerne l'esecuzione degli ordini alle banche estere, appare altamente improbabile che dei documenti di apertura conti, in originale, vengano inoltrati dal Portogallo a Lugano per effettuare la contabilità, ritenuto che questi documenti non riportano alcun dato contabile. Questo modo di agire lederebbe inoltre le legislazioni bancarie in materia, che obbligano le banche a disporre sempre dei documenti originali dei proprio clienti. Inoltre tutta la documentazione rinvenuta è redatta in lingua italiana. Questo è un ulteriore elemento dal quale si desume che tutte le attività di apertura delle relazioni sono state effettuate a Lugano e non in Portogallo. La CFB non ritiene pertanto plausibili le dichiarazioni date da A in merito al ritrovamento dei documenti di Intersmi Lda, Portogallo, a Lugano. La presenza di questi documenti dimostra invece che a Lugano sono state svolte delle attività bancarie a favore di Intersmi Lda, Portogallo.

(32) Per questi motivi deve essere riconosciuta l'esistenza di una succursale di fatto di Intersmi Lda, Portogallo, a Lugano presso i locali di UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA. Non essendo al beneficio di un'autorizzazione della CFB, occorre stabilire che la banca e le società svizzere esercitano un'attività bancaria in e dalla Svizzera senza autorizzazione.

II. Attività di commerciante di valori mobiliari

i. Esistenza di un commerciante di valori mobiliari estero

(33) Ai sensi dell'art. 2 let. d della legge federale del 24 marzo 1995 sulle borse e il commercio di valori mobiliari (legge sulle borse, LBVM; RS 954.1), per commercianti di valori mobiliari si intendono: le persone fisiche o giuridiche o le società di persone che, agendo per proprio conto in vista di una rivendita a breve scadenza, oppure per conto di terzi, acquistano e alienano a titolo professionale valori mobiliari sul mercato secondario, li offrono al pubblico sul mercato primario o creano essi stessi derivati e li offrono al pubblico. Anche in questo caso sono considerati agire professionalmente i commercianti che negoziano su un lungo periodo più di 20 depositi del pubblico (applicazione analoga dell'art. 3a OBCR). Il commerciante per conto dei clienti agisce in suo nome nei rapporti con i terzi (banche, brokers, borse, ecc.) ma è il cliente che sopporta il rischio economico delle operazioni in valori mobiliari che il commerciante conclude. È un commerciante per conto dei clienti colui che sulla base di un mandato che gli è stato conferito utilizza il suo proprio conto o deposito per acquistare o vendere dei valori mobiliari per conto dei suoi clienti (Circolare CFB 98/2, cifra 50 e cifra 52). Ai sensi dell'art. 38 cpv. 1 dell'ordinanza del 2 dicembre 1996

sulle borse e il commercio di valori mobiliari (ordinanza sulle borse, OBVM, RS 954.11) sono commercianti esteri tutte le imprese organizzate secondo il diritto estero che: possiedono all'estero un'autorizzazione di commerciante; oppure utilizzano nella ragione sociale, nella designazione dello scopo sociale o nei documenti commerciali la locuzione «commerciante di valori mobiliari» o una locuzione di significato analogo; oppure esercitano il commercio di valori mobiliari ai sensi dell'articolo 2 lettera d LBVM.

(34) L'osservatore ha indicato che i depositi dei clienti di UIB Ltd, Vanuatu, sono stati versati su conti intestati a UIB Ltd, Vanuatu, presso diverse banche estere. Questi averi sono in seguito stati utilizzati per il commercio di valori mobiliari. UIB Ltd, Vanuatu, agisce pertanto in qualità di commercianti di valori mobiliari per il conto di clienti, in quanto negoziano valori mobiliari in loro nome e per il conto dei clienti. Infatti per le controparti di UIB Ltd, Vanuatu, è la società stessa ad acquistare e vendere valori mobiliari, mentre in realtà il rischio per queste operazioni è sopportato dai clienti della società. Determinante per la qualifica di commerciante di valori mobiliari è infatti il fatto che nei rapporti verso terzi le tre società agiscono a proprio nome ma con gli averi che le erano stati affidati dai clienti, i quali naturalmente sopportano il rischio economico di queste operazioni finanziarie (DTF 2A.565/2002 del 2 aprile 2003 nella causa X SA contro CFB, vedi anche Bollettino CFB 45, pag. 140).

(35) Per questi motivi occorre stabilire che UIB Ltd, Vanuatu, è un commerciante di valori mobiliari ai sensi della legislazione elvetica.

ii. Esistenza di una succursale e/o di una rappresentanza
di un commerciante di valori mobiliari estero

(36) Ai sensi dell'art. 39 OBVM, soggiace alla necessità di ottenere un'autorizzazione della CFB il commerciante estero che occupa in Svizzera persone le quali, a titolo professionale e permanente, in Svizzera e dalla Svizzera negoziano per lui valori patrimoniali, tengono conti della clientela o lo impegnano giuridicamente (succursale), oppure sono attive per lui diversamente, in particolare gli trasmettono ordini della clientela e lo rappresentano a scopo pubblicitario o ad altri scopi (rappresentanza).

(37) Nel considerando 27 sono stati indicati gli argomenti che lasciano presumere l'esistenza di un'attività in Svizzera da parte di UIB Ltd, Vanuatu (ditta delle società coinvolte, luogo delle sedute del consiglio di amministrazione, domicilio degli organi della società, inesistenza di una sede fisica a Vanuatu, esistenza di un sistema bancario in Svizzera, contratto di back office, esecuzione degli ordini di pagamento). Queste argomentazioni possono essere riprese anche per quel che concerne l'attività di commerciante di valori mobiliari. L'osservatore ha infatti sostenuto che gli ordini di acquisto e di vendita di titoli di clienti di UIB Ltd, Vanuatu, sono in genere impartiti dai consulenti alla clientela di San Marino alle banche estere, ma che a volte è una dipendente di UIB Gestioni Patrimoniali SA, a passare gli ordini. La CFB ha dimostrato che SMI SA, San Marino, dava gli ordini di acquisto per quei clienti che avevano direttamente aperto una relazione presso di essa, mentre per i clienti che hanno aperto una relazione presso UIB Ltd, Vanuatu (tra cui anche tutti i clienti di Intersmi Lda, Portogallo, per quel che concerne il commercio di titoli esteri), la gestione patrimoniale veniva effettuata da UIB Gestioni Patrimoniali SA. I documenti allegati al rapporto

dell'osservatore dimostrano la partecipazione di UIB Gestioni Patrimoniali SA nella negoziazione di valori mobiliari per conto di UIB Ltd, Vanuatu. Ritenuta l'assenza di un controllo consolidato e di direttive in merito alle responsabilità delle società, nonché lo stretto legame sia finanziario che logistico tra UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA, non sorprende il fatto che diverse operazioni di commercio di valori mobiliari siano state prese anche da dipendenti di UIB Servizi SA, nonostante l'esistenza di contratti in tal senso firmati unicamente da UIB Gestioni Patrimoniali SA. Dall'esame di questa documentazione si evince che UIB Gestioni Patrimoniali SA e UIB Servizi SA hanno commerciato valori mobiliari (in particolare CALL). Si deve pertanto concludere riconoscendo l'esistenza di una succursale svizzera per le attività di commerciante di valori mobiliari svolte da UIB Ltd, Vanuatu.

(...)

(40) A titolo abbondanziale si osserva come le attività svolte da UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA a Lugano a favore di UIB Ltd, Vanuatu, devono essere in ogni caso considerate come delle attività di rappresentanza ai sensi dell'art. 39 cpv. 1 lit. a cifra 2 OBVM. Infatti UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA sono parte integrante dell'organizzazione comprendente United Investment Bank Ltd, Vanuatu, e Intersmi Lda, Portogallo (il cosiddetto gruppo A) e il personale di queste società agisce in qualità di intermediario, trasmettendo e ricevendo gli ordini di esecuzione delle operazioni su valori mobiliari eseguiti a favore di UIB Ltd, Vanuatu. Infine UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA riportano nella loro ditta il nome di UIB Ltd, Vanuatu, anche se solo usando le abbreviazioni «UIB». Per questi motivi, in applicazione dell'art. 30 OBVM, UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA devono essere in ogni caso almeno considerate

succursali di UIB Ltd, Vanuatu, per quel che concerne il commercio di valori mobiliari.

III. Misure della CFB

(41) Alla CFB compete la vigilanza sulle banche, sui fondi di investimento, sulle borse, sulla pubblicazione delle partecipazioni importanti e sulle offerte pubbliche di acquisto (art. 23 cpv. 1 seconda frase LBCR, art. 34 LBVM, art. 56 LFI). La CFB deve ugualmente determinare se un istituto esercita un'attività sottoposta ad autorizzazione (art. 1 e 3 LBCR). In questo caso, essa prende le decisioni necessarie all'applicazione della legge e vigila sull'osservanza delle prescrizioni legali (art. 23^{bis} cpv. 1 LBCR). Se la CFB accerta violazioni della legge o viene a conoscenza di altre irregolarità, ingiunge i provvedimenti necessari al ripristino dell'ordine legale e alla soppressione delle irregolarità (art. 23^{ter} cpv. 1 LBCR, art. 35 LBVM, art. 58 LFI). Ritenuto che la CFB ha una competenza generale allo scopo di assicurare il rispetto delle prescrizioni legali, essa non deve limitarsi alla sorveglianza delle banche e degli altri istituti assoggettati. Nel limite dei suoi doveri, essa è ugualmente competente per utilizzare i mezzi a sua disposizione al fine di assicurare la sorveglianza degli istituti (o delle persone fisiche) che non sono (ancora) assoggettati alla legge (ATF 121 II 147 cons. 3a). Nel limite dei principi generali dell'attività amministrativa (divieto dell'arbitrio, uguaglianza di trattamento, proporzionalità, buona fede), la CFB deve in primo luogo tenere conto dello scopo principale stabilito dalla legislazione bancaria, ovvero la protezione dei creditori (ATF 116 Ib 193 cons. 2d).

i. Concessione di un'autorizzazione a posteriori

(42) Allorquando è accertato che una società esercita un'attività bancaria o di commerciante di valori mobiliari senza essere al beneficio di un'autorizzazione della CFB, occorre esaminare se non è possibile accordarle un'autorizzazione a posteriori o se l'attività può essere modificata in modo da non ricadere nel campo d'applicazione della legge (cfr. DTF del 2 aprile 2003 2A.565/2002 nella causa X contro CFB, consid. 5.3.2, Bollettino CFB 29, pag. 17 e seguenti). L'autorizzazione ad esercitare l'attività bancaria, di commerciante di valori mobiliari o di direzione del fondo è concessa allorquando è prevista un'organizzazione proporzionata all'importanza degli affari, il capitale minimo è stato liberato e le persone incaricate dell'amministrazione, della direzione così come gli azionisti garantiscono un'attività irreprensibile (art. 3 LBCR, art. 10 LBVM, art. 9 e ss LFI).

(43) Nella fattispecie l'osservatore ha descritto in modo esaustivo le carenze organizzative riscontrate sia presso UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA, sia presso l'intero gruppo A. In particolare l'osservatore ha messo in risalto la completa mancanza di direttive interne, l'assenza di un organo di controllo e una struttura del gruppo poco chiara e con rilevanti rischi di collusione con interessi personali. Il capitale sociale minimo liberato è insufficiente e non raggiunge i 10 milioni richiesti dall'art. 4 OBCR. Infine, l'esercizio di un'attività bancaria e di commerciante di valori mobiliari senza la necessaria autorizzazione non permette di riconoscere la garanzia di un'attività irreprensibile alle persone che hanno partecipato alle attività di UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA. Già solo per questi motivi, il rilascio di un'autorizzazione a posteriori non appare proponibile. Vi sono tuttavia altre ragioni che impediscono la concessione di un'autorizzazione sa-

natoria. La CFB ha già avuto modo di rilevare come il comportamento degli intermediari finanziari nel corso della procedura di determinazione dell'assoggettamento debba essere preso in considerazione al momento della decisione sulle conseguenze dell'assoggettamento. In particolare la CFB ha avuto modo di stabilire che il comportamento scarsamente affidabile degli organi delle società sotto controllo permette di escludere il rilascio di un'autorizzazione a posteriori (Bollettino CFB 45, pag. 140, DTF 2A.565/2002 non pubblicata del 2 aprile 2003, consid. 5.2.2).

(...)

(44) Occorre inoltre rilevare che la facoltà di rimediare alla mancata autorizzazione può essere accolta unicamente allorquando sia dimostrato che la società adempia già o possa adempiere in un lasso di tempo ristretto alle condizioni previste dalla legge. In caso contrario il rischio sopportato dagli investitori e dalla piazza finanziaria svizzera sarebbe troppo elevato (in tal senso Bollettino CFB 35, pag. 21, consid. 7). Nella fattispecie, ritenute le gravi carenze organizzative riscontrate presso UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA, occorre escludere la possibilità di una rapida risoluzione delle carenze riscontrate. Ne discende che alle due società non può essere accordata alcuna autorizzazione sanatoria per l'attività svolta.

(45) Anche una modifica delle attività delle due società in altre attività non assoggettate non consiste in una soluzione proponibile. Da una parte infatti la stessa struttura di UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA rende impossibile la trasformazione delle loro attività in tempi brevi. Le società sono infatti parte integrante dell'organizzazione comprendente UIB Ltd, Vanuatu, Intersmi Lda, Portogallo, e SMI SA,

San Marino (ovvero il gruppo A). La modifica in attività non assoggettate presuppone una radicale ristrutturazione delle società del gruppo e dei suoi clienti. Ritenuta la complessità e la durata di una tale procedura, nonché la dimostrata inaffidabilità degli organi delle due società, la CFB non è in misura di autorizzare una modifica delle loro attività in modo da escludere UIB Servizi SA e UIB Gestioni Patrimoniali SA dall'assoggettamento alla legge sulle banche e alla legge sulle borse.

ii. Liquidazione delle società

(46) Tenuto conto delle considerazioni di cui sopra, si evince che la liquidazione coattiva di UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA, UIB Ltd, succursale di Lugano, e Intersmi Lda, succursale di Lugano, in applicazione analogica dell'art. 23^{quinquies} LBCR e 36 LBVM (tra tutte vedi le decisioni della CFB in re Fidenas AG, Bollettino CFB 29, consid. 3, pag. 17 ed in re SFH Trading & Brokerage Ltd, Bermuda, Bollettino CFB 37, consid. 3, pag. 27 ss; nonché DTF 126 II 71), è la sola misura appropriata alla presente fattispecie che la scrivente autorità possa prendere. Infatti, né il rilascio di un'autorizzazione sanatoria, né il cambiamento dell'attività, sono alternative praticabili.

(...)

iii. Iscrizione a registro di commercio della succursale estera

(49) Ai sensi dell'art. 160 cpv. 1 della Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (LDIP; RS 291), una società con sede all'estero può avere una succursale in Svizzera. Questa è regolata

dal diritto svizzero. L'art. 935 cpv. 2 del Codice delle obbligazioni (CO, RS 220) prevede l'obbligo per le succursali svizzere di ditte, la cui sede principale si trova all'estero, a farsi iscrivere a registro di commercio, fintanto che esercitano un'attività commerciale in locali propri e dispongono di personale che agisce in loro nome e per loro conto (Honnell/Vogt/Water, Hrsg., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR II, Basel/Frankfurt 1993, N 8 zu Art. 935; Wyss/Zulauf, Fiktiver Sitz oder faktische Zweigniederlassung? in Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Schriftenreihe des Europa Instituts Zürich, Band 37, pag. 135). L'obbligo di iscrizione non può essere aggirato tramite la creazione di una società di servizi con sede in Svizzera (DTF 108 II 124 e ss.).

Decisione del Tribunale federale del 15 luglio 2004

1.2.

1.2.1. Die vorliegende Auseinandersetzung fällt als zivilrechtliche Streitigkeit in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK (SR 0.101; in BGE 126 II 71 ff. nicht veröffentlichte E. 3); danach ist über solche Ansprüche in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist durch ein unabhängiges und unparteiisches, auf dem Gesetz beruhendes Gericht zu entscheiden. Das vorliegende Verfahren, in dessen Rahmen die Sachverhaltsfeststellung und die Rechtsanwendung der Bankenkommission frei geprüft werden (Art. 104 lit. a und b, Art. 105 und Art. 114 Abs. 1 letzter Halbsatz OG; BGE 116 Ib 73 E. 1b S. 78; 115 Ib 55 E. 2 S. 57 f.), genügt diesen Anforderungen, auch wenn eine Kontrolle der Angemessenheit des Entscheids ausgeschlossen ist (in BGE 126 II 71 ff. nicht veröffentlichte E. 3; BGE 120 Ia 19 E. 4c S. 30; 115 Ia 189 E. 4b S. 191).

1.2.2. Die Beschwerdeführerinnen haben am 6. April 2004 auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet und sich am 11. Mai 2004 nach Einsichtnahme in sämtliche Verfahrensakten abschliessend geäussert. Von einer Anhörung der Bankenkommission im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels kann abgesehen werden (vgl. Art. 110 Abs. 4 OG), nachdem sie hinreichend Gelegenheit hatte, ihren Standpunkt darzutun, und von einer zusätzlichen Stellungnahme keine neuen Elemente zu erwarten sind (vgl. auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte i.S. Ziegler gegen Schweiz vom 21. Februar 2002, Rz. 36–38, veröffentlicht in VPB 66/2002 Nr. 113). Gestützt auf die vorliegenden Unterlagen erscheint der Fall spruchreif. Auf die von den Beschwerdeführerinnen beantragten Zeugeneinvernahmen bzw. auf das Einholen eines Gutachtens kann verzichtet werden, da die Bankenkommission als Fachinstanz – wie zu zeigen sein wird (vgl. E. 3.3) – den einschlägigen Sachverhalt weder in Verletzung konventions- (Art. 6 EMRK) bzw. verfassungsrechtlicher (Art. 29 BV) noch gesetzlicher Garantien ermittelt hat.

(...)

3.

3.1. Die Beschwerdeführerinnen machen in verfahrensrechtlicher Hinsicht geltend, die Bankenkommission habe in Verletzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die superprovisorische Einsetzung der Beobachterin nicht durch eine anfechtbare vorsorgliche Massnahme ersetzt. Die KPMG Fides Peat habe ihrerseits die Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes (SR 172.021) bei der Einvernahme ihrer Angestellten und Verantwortlichen missachtet (nachträgliche Erstellung der Protokolle ohne Unterschrift der Betroffenen, fehlende Möglichkeit zu Ergänzungsfragen, fehlende korrekte Vorladung usw.) und auf die Be-

troffenen in unzulässiger Weise Druck ausgeübt. Verschiedene Mitarbeiter der Beobachterin seien zudem des Italienischen kaum mächtig gewesen, was zu verzerrten, unvollständigen bzw. falschen Einschätzungen und Wiedergaben geführt habe. Die Bankenkommission dürfe die Feststellung des Sachverhalts nicht – wie sie dies hier getan habe – unter Umgehung der Verfahrensvorschriften an eine ungenügend qualifizierte Beobachterin delegieren und diese mit der Beantwortung der von ihr selber zu prüfenden Rechtsfragen betrauen. Trotz der entsprechenden Kritik habe die EBK ohne eigene Abklärungen ausschliesslich auf die Einschätzungen der Beobachterin abgestellt und die verschiedenen Beweisanträge in unhaltbarer antizipierter Beweiswürdigung verworfen.

3.2.

3.2.1. Der Präsident der Bankenkommission ist unter gewissen Voraussetzungen befugt, ohne Anhörung der Parteien superprovisorisch einen Beobachter einzusetzen und die für dessen Abklärungen erforderlichen Massnahmen anzuordnen. Die Verfügung ist nach Gewährung des rechtlichen Gehörs gegebenenfalls als vorsorgliche Massnahme zu bestätigen, welche als Zwischenentscheid (vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. d und lit. g VwVG), der einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge hat, beim Bundesgericht angefochten werden kann (vgl. BGE 126 II 111 ff.; Urteil 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 1; Urteil 2A.565/2002 vom 2. April 2003, E. 4.2; Urteil 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001, E. 1). Die Betroffenen müssen sich ihrerseits aber in zumutbarer Weise um den Erlass eines solchen Entscheids bemühen. Wer die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Beobachters während des Unterstellungsverfahrens nicht in Frage stellen will, hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass kein unnötiger Aufwand betrieben wird, zumal die Frage nach dem Bestehen der Bewilligungspflicht als solche in

diesem Verfahrensstadium gerade (noch) nicht Verfügungsgegenstand bildet (vgl. die Urteile 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 1b/bb, und 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001, E. 4b). Es darf vom Betroffenen deshalb erwartet werden, dass er seinen Willen klar zum Ausdruck bringt und seinen Mitwirkungspflichten umfassend nachkommt.

3.2.2. Dies war hier nicht der Fall: Die superprovisorische Verfügung der Bankenkommission vom 26. September 2003 war als solche beim Bundesgericht nicht direkt anfechtbar und musste deshalb nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden (Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 2.2.2). Den Beschwerdeführerinnen war Gelegenheit gegeben worden, bis zum 30. Oktober 2003 zu den angeordneten Massnahmen Stellung zu nehmen. Innert dieser Frist liessen sie sich indessen nicht vernehmen; am 10. Oktober 2003 unterbreiteten sie der EBK – ohne Ausführungen zur Sache – lediglich den Vorschlag, unter Aufsicht der Beobachterin ihre Aktivitäten in der Schweiz einzustellen und diese nach San Marino zu verlegen. Die Bankenkommission teilte ihnen am 14. Oktober 2003 mit, dass sie hierauf erst nach Vorliegen des Beobachterberichts eingehen werde. Dieser wurde den Beschwerdeführerinnen am 11. November 2003 mit dem Hinweis zur Stellungnahme unterbreitet, dass es der EBK unnötig erscheine, noch eine separat anfechtbare vorsorgliche Verfügung zu erlassen; die Beschwerdeführerinnen verlangten in der Folge erst mit der Vernehmlassung in der Sache selber am 4. Dezember 2003, die superprovisorischen Anordnungen zu korrigieren, da sie entgegen der Auffassung der Beobachterin in der Schweiz gar keiner bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgingen. Zu diesem Zeitpunkt waren die entsprechenden Abklärungen jedoch bereits abgeschlossen und stand der (für die Beschwerdeführerinnen schliesslich negative) Entscheid der Bankenkommission in der Sache selber unmittelbar bevor, weshalb kein schutzwürdiges Interesse mehr

daran bestand, dass über ihre Einwände gegen die Einsetzung der Beobachterin und die damit verbundenen weiteren vorsorglichen Massnahmen noch separat entschieden wurde. Es wäre an den anwaltlich beratenen Beschwerdeführerinnen gewesen, zu den superprovisorisch verfüigten Massnahmen rechtzeitig Stellung zu nehmen, wollten sie einen anfechtbaren Zwischenentscheid erwirken. Nachdem sie dies nicht getan haben, durfte die EBK davon ausgehen, dass hierauf implizit verzichtet worden war, zumal die umstrittenen Anordnungen noch mit der vorliegenden Beschwerde gegen den Endentscheid selber in Frage gestellt werden können (vgl. 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 2.2.2, und 2A.565/2002 vom 2. April 2003, E. 4.2).

3.3. Entgegen der Kritik der Beschwerdeführerinnen kann auch nicht gesagt werden, der relevante Sachverhalt sei in rechtswidriger Weise oder in Missachtung ihrer Verfahrensrechte festgestellt worden.

3.3.1. Besteht aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Verdacht, es könnte eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt werden, ist die Bankenkommision befugt, einen Beobachter einzusetzen, falls der Sachverhalt nur über eine Kontrolle an Ort und Stelle abschliessend erstellt werden kann (vgl. auch die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, in: BBl 2002 S. 8060 ff., dort S. 8074). Der Beobachter geniesst für seine laufende Berichterstattung ein uneingeschränktes Recht zur Einsichtnahme in die Geschäftstätigkeit, die Bücher und die Akten (BGE 126 II 111 E. 4c S. 118); er darf indessen nicht selber direkt in die Aktivitäten der beobachteten Gesellschaft eingreifen (vgl. Art. 23^{quater} Abs. 2 Satz 2 BankG). Die betroffenen Firmen sind zur Mitwirkung im Unterstellungsverfahren verpflichtet (vgl. Art. 1 der Verordnung über die Banken und Sparkassen, BankV [SR 952.02]; in BGE 126 II 71 ff.

nicht veröffentlichte E. 4; Carlo Lombardini, *Droit bancaire suisse*, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 84, Rz. 20). Die für die Verfahrensdauer notwendigen Anordnungen hat die Bankenkommission (gegebenenfalls auf Antrag des Beobachters hin) selber zu treffen; sie kann ihre verfahrensrechtlichen Kompetenzen insofern nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in den Ermessensbereich des Beobachters als «Vollzugsgehilfen» delegieren (BGE 126 II 111 E. 5b S. 120; Urteil 2A.119/2002 vom 11. Dezember 2002, E. 3.1.1; vgl. nun aber Art. 23^{quater} Abs. 2 BankG in der ab 1. Juli 2004 gültigen Fassung vom 3. Oktober 2003 [AS 2004 S. 2767], wonach neu die EBK festlegt, in welchem Umfang der Untersuchungsbeauftragte an Stelle der Organe der Bank handeln darf).

3.3.2. Dies schliesst nun jedoch nicht aus, dass der Beobachter bzw. künftig der Untersuchungsbeauftragte zur Abklärung der Tätigkeit im Rahmen seines umfassenden Einsichtsrechts in die Geschäftstätigkeit mit den Angestellten oder den Organen der beobachteten Firmen über deren Aktivitäten spricht und seine Eindrücke bzw. die erhaltenen Auskünfte schriftlich festhält. Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren findet im Verfahren vor der Bankenkommission Anwendung (BGE 126 II 111 E. 6b/aa; 129 II 183 E. 4.2; Zobl/Kramer, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, Zürich 2004, Rz. 730); es gilt indessen nicht für die informell ausgestalteten, die Geschäftstätigkeit begleitenden Abklärungen des Beobachters, der nicht gestützt auf Bundesrecht verfügt (vgl. Art. 1 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 129 II 183 E. 4.2; 117 Ib 481 E. 4b/aa). Seine Berichte haben ähnlich den Stellungnahmen der Übernahmekommission (BGE 129 II 183 E. 4) oder den Empfehlungen der früheren Kartellkommission (BGE 117 Ib 481 ff.) keinen zwingenden Charakter; hoheitlich entscheidende und dem Verwaltungsverfahrensgesetz unterworfenen Behörde ist die

Bankenkommission. Dabei hat – wie das Bundesgericht bereits in ähnlichen Ausgangslagen festgestellt hat (vgl. BGE 129 II 183 E. 4.2 S. 192; 117 Ib 481 E. 5b S. 490) – das Verfahren als Ganzes den gesetzlichen und verfassungsmässigen Garantien zu genügen, wobei den Besonderheiten der zweistufigen, dualistisch ausgestalteten Aufsicht, welche im Rahmen der ordentlichen oder ausserordentlichen Revisionen bzw. zur Abklärung aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalte und zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Massnahmen den Beizug unabhängiger und fachkundiger Personen vorsieht (BGE 126 II 111 E. 5b/aa S. 120 mit Hinweisen; Alois Rimle, *Recht des schweizerischen Finanzmarktes*, Zürich 2004, 1 N 56; Peter Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, Bern 2004, § 7 Rz. 106), angemessen Rechnung zu tragen ist (vgl. BGE 129 II 183 E. 4.2 S. 192; 117 Ib 481 E. 5b S. 490).

(...)

5.

5.1. Unternehmen, die im Ausland ihren statutarischen oder gesellschaftsvertraglichen Sitz haben, unterstehen dem Bankengesetz, wenn ihre Willensbildung organisiert und regelmässig in der Schweiz erfolgt oder für sie hier eine organisierte regelmässige Tätigkeit ausgeübt wird (Kleiner/Schwob, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 1 BankG; Nobel, a.a.O., S. 686, § 9 Rz. 224; Zobl/Kramer, a.a.O., Rz. 612). Eine ausländische Bank bedarf dementsprechend einer Bewilligung der Bankenkommission, wenn sie Personen beschäftigt, (1) die für sie dauernd und gewerbsmässig in der Schweiz oder von der Schweiz aus Geschäfte abschliessen, Kundenkonten führen oder sie rechtlich verpflichten (Zweigniederlassung; Art. 2 Abs. 1 BankG, Art. 2 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz [Auslandbankenverordnung, ABV; SR 952.111]) oder (2)

die in anderer Weise für sie tätig sind, namentlich indem sie Kundenaufträge an sie weiterleiten oder sie zu Werbe- oder anderen Zwecken vertreten (Vertretung; Art. 2 Abs. 1 lit. b ABV). Dem Gesetz unterliegen auch faktische Zweigniederlassungen, d.h. Geschäftsstellen von Firmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, hier jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben (vgl. Rimle, a.a.O., 1 N 108 u. 111). Zweck dieser Regelung ist es, eine Umgehung der aufsichtsrechtlichen Ordnung über die Schweiz durch eine geschäftlich nicht gerechtfertigte Inkorporierung an einem ungenügend überwachten Ort zu verhindern (sog. «shell branches»; Roth/Schwob, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 2 BankG). Wird die ausländische Bank tatsächlich in der Schweiz geleitet oder wickelt sie ihre Geschäfte ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus ab, so muss sie sich nach schweizerischem Recht organisieren und untersteht sie den Bestimmungen über die inländischen Banken (Art. 1 Abs. 2 ABV).

5.2.

5.2.1. Die UIB Ltd geht im Rahmen der A.-Gruppe unbestrittenermassen (vgl. die Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 4. Dezember 2003, S. 6 Ziff. 6) im Ausland einer Banken- und (in der Schweiz an sich bewilligungspflichtigen) Effektenhändler-tätigkeit nach, indem sie Gelder über die in San Marino beheimatete S.M.I. bzw. die Intersmi Lda von vorab italienischen Kunden entgegennimmt und Dritten gegenüber in eigenem Namen auftritt, wobei die wirtschaftlichen Risiken der von ihr getätigten oder in Auftrag gegebenen Effek- tengeschäfte durch ihre Kunden getragen und die entsprechenden Werte durch sie in Sammelkonten gehalten werden («Kundenhändler»;

Art. 2 lit. d BEHG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 5 BEHV [SR 954.11] und Rundschreiben der EBK [EBK-RS] 98/2: Erläuterungen zum Begriff Effektenhändler, Rz. 50; Urteile 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 2b, und 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.2.1).

5.2.2. Die Beschwerdeführerinnen machen jedoch geltend, diesbezüglich nicht in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig zu sein. Die Aktivitäten zugunsten der UIB Ltd erfolgten über die S.M.I. von San Marino aus, wo diese über die hierfür erforderlichen Bewilligungen verfüge; in Vanuatu genüge die UIB Ltd den dortigen Bewilligungsvoraussetzungen. In der Schweiz würden lediglich gestützt auf entsprechende Mandate durch die UIB Servizi SA und die UIB Gestioni Patrimoniali SA Backoffice- bzw. reine Beratungsfunktionen wahrgenommen. Diese seien nicht bewilligungspflichtig. Die Anweisungen an die auswärtigen Banken ergingen von San Marino aus und würden in Lugano bloss kontrolliert und verbucht. Im Übrigen würden hier allgemeine Marktanalysen erstellt, die Entscheide über die Anlagestrategien trafen indessen die Kundenberater in San Marino in Absprache mit ihren Klienten; das operative Geschäft erfolge voll und ganz ausserhalb der Schweiz, wo nur Verwaltungsdienstleistungen in Anspruch genommen würden.

5.3.

5.3.1. Das Backoffice einer Bank umfasst ganz unterschiedliche Aufgaben; es wird damit allgemein der kundenferne Bereich bezeichnet, in dem alle Transaktionen aus den aktiven, passiven und indifferenten Geschäften zusammenlaufen. Es fallen sämtliche Tätigkeiten unter den Begriff, die «hinter den Kulissen» der Bank ablaufen; so werden im Backoffice etwa die Kunden-, Konten-, Depot- und Wertschriftenbestände verwaltet und allenfalls verwahrt. Zu den Hauptaufgaben des

Backoffice gehört zudem die Verbuchung der Geschäftsvorfälle sowie die Datendokumentation (Reporting; vgl. Florian Linner, in: Boemle/Gsell/Jetzer/Nyffeler/Thalmann, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 102). Es handelt sich beim Backoffice somit um eine für das Bankgeschäft grundlegende Funktion, deren Auslagerung deshalb nur beschränkt möglich ist (vgl. das Rundschreiben der EBK [EBK-RS] 99/2: Auslagerung von Geschäftsbereichen [Outsourcing] und den entsprechenden Anhang dazu, in: Thévenoz/Zulauf, BF 2003, Zürich 2003, 31A–25 und 31A–25a).

5.3.2. Der Zusammenarbeitsvertrag zwischen der UIB Ltd und der UIB Servizi SA ist relativ offen formuliert:

«Facendo seguito agli incontri ed agli accordi con Voi intercorsi, con la presente vi affidiamo l'incarico di fornirci servizi di: – amministrazione, – archivio dati, – elaborazione dati, – tenere, a partire dall'esercizio 98, per nostro conto la contabilità [estratti conto, scritture contabili, etc.] del nostro Istituto, – ricevere parte della nostra posta e/o documentazione, – consulenza in genere e qualsiasi altro servizio dalla Vostra attività che dovessimo richiedere.»

Es ist deshalb mit Blick auf den Gesetzeszweck (Verhinderung der Umgehung der aufsichtsrechtlichen Kontrolle, Schutz der Anleger und des schweizerischen Finanzplatzes) zu prüfen, ob die im Verwaltungsbereich der UIB Ltd in Lugano ausgeübte Aktivität insgesamt eine bewilligungsrelevante Bedeutung erreicht oder nicht. Dabei steht der EBK praxisgemäss gestützt auf ihre besonderen Fachkenntnisse ein gewisser Beurteilungsspielraum zu («technisches Ermessen»; BGE 126 II 111 E. 3b; 121 II 147 E. 3a).

5.3.3. Soweit sich das Bundesgericht mit der Problematik bereits beschäftigen musste, hat es bei einer ähnlich verschachtelten Firmenstruktur wie hier implizit eine bewilligungspflichtige Tätigkeit in einem Fall bejaht, in dem die schweizerische Gesellschaft Backoffice-Dienste für eine ausländische Bank angeboten hatte und in diesem Rahmen die internen Richtlinien betreffend Geldwäscherei, Konteneröffnung und Kreditgewährung sowie hinsichtlich der Liquiditätspolitik der Bank durch deren Mitarbeiter unterschrieben worden waren. Zudem betreute die schweizerische Gesellschaft die Internet-Site der Bank, auf der eine Kontoeröffnung «on line» möglich war; darüber hinaus prägte sie deren Werbepolitik und wies sie in ihren eigenen Unterlagen auf die Bankdienstleistungen hin (Urteil 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001).

5.3.4. Wenn die Bankenkommission angenommen hat, es bestehe aufgrund des weit formulierten Backoffice-Mandates und der konkret wahrgenommenen Tätigkeiten vorliegend seitens der UIB Servizi SA und der UIB Gestioni Patrimoniali SA eine in der Schweiz bewilligungspflichtige Aktivität für die A.-Gruppe bzw. deren in Vanuatu beheimatete UIB Ltd und die portugiesische Intersmi Lda, ist dies nicht zu beanstanden.

5.3.4.1. Sämtliche Verwaltungsratssitzungen der UIB Ltd fanden bisher in Lugano statt, was darauf hinweist, dass dem Geschäftssitz in Vanuatu keine eigenständige Bedeutung zukam. Zumindest bis zum 31. Dezember 2003 hatte die Hauptniederlassung in Vanuatu keinen realen Hintergrund. Aus dem Umfang der der Treuhandfirma «International Finance Trust Company Limited (IFTC)» vergüteten Kosten für ein- und ausgehende Telefaxe ergibt sich, dass das operative Geschäft der UIB Ltd nicht von dort aus betrieben worden sein kann. In seiner Stel-

lungnahme vom 19. November 2003 zum Bericht der Beobachterin gestand A. zu, dass die UIB Ltd zumindest ursprünglich eine «Shell»-Bank war. Kann beweismässig gestützt auf den Bericht der Beobachterin und die Erklärungen der Beschwerdeführerinnen auch als erstellt gelten, dass die eigentlichen Aktivitäten und insbesondere die Front-office-Funktionen in San Marino ausgeübt wurden, so gingen die in die Schweiz ausgelagerten Aktivitäten doch über reine, bewilligungsfrei mögliche Verwaltungsaufgaben hinaus (vgl. diesbezüglich den Anhang zum RS 99/2: Outsourcing, Ziff. 3). Entscheidend für die örtliche Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ist nicht, wo das Schwergewicht der Tätigkeit entfaltet wird, sondern dass in der Schweiz überhaupt eine aufsichtsrelevante Aktivität besteht (Kleiner/Schwob, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 1 BankG), was nicht aufgrund des rechtlichen Konstrukts, sondern der tatsächlich entfalteten Geschäftstätigkeit zu prüfen ist (Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.2.2).

5.3.4.2. In Lugano wurden die einzelnen Konten der UIB Ltd geführt und von hier aus die Kontenauszüge nach San Marino verschickt; sämtliche Kundendossiers der Intersmi Lda wurden am Geschäftsort der UIB Servizi SA bzw. der UIB Gestioni Patrimoniali SA aufgefunden, was die Bedeutung des Standorts Lugano für die Aktivitäten der Gruppe unterstreicht, auch wenn sich die Unterlagen nur dort befunden haben sollen, um die Buchführung auf ein neues System zu übertragen. Von Lugano aus wurden gemäss schriftlichen Erklärungen der Mitarbeiter der UIB Servizi SA vom 29. September 2003 die Konten der UIB bei der «Société Européenne des Banques, Luxemburg (SEB)» und bei der «Banque Monégasque de Gestion (BMG)» laufend überwacht und bewirtschaftet. Anhaltspunkte dafür, dass bei diesen Erklärungen durch die Beobachterin auf die Mitarbeiter Druck ausgeübt worden wäre, bestehen nicht; während die Verantwortlichen der Gesellschaft

die Aussagen, die sie der Beobachterin gegenüber gemacht haben sollen, im weiteren Verfahren relativierten, wurden diesbezüglich von den Betroffenen keine substantiierten Vorbehalte angebracht.

5.3.4.3. In den Akten finden sich zahlreiche auf Papier der UIB Ltd von C. bzw. E. von Lugano aus an die Verbindungsbanken gefaxte Anweisungen, wobei diese die Unterschrift von B. tragen, welcher sich als «General Manager» der UIB Ltd im Rahmen einer 120-Tage-Bewilligung regelmässig in Lugano aufhielt. Ansprechpartner der Banken hinsichtlich der technischen Abwicklung war jeweils das Personal in Lugano und nicht jenes in San Marino, wie sich etwa aus der Notiz der «Banque Monégasque de Gestion» auf einer Zahlungsanweisung vom 17. Dezember 2001 ergibt, wonach C. mitgeteilt worden sei, dass die in Auftrag gegebene Anweisung von EUR 1 690 740.44 in drei Tranchen erfolgen werde. Hieran ändern die erstmals im bundesgerichtlichen Verfahren beigebrachten Erklärungen der Verantwortlichen der S.M.I. nichts, bei den sichergestellten Papieren handle es sich um interne Unterlagen und die Anordnungen seien allgemein jeweils von San Marino nach Lugano gefaxt worden, wo die Kontrollen vorgenommen und von wo die Anweisungen hernach an die Banken weitergeleitet worden seien. Gegen eine entsprechende lückenlose Praxis spricht, dass die in Amtshilfe erhaltenen Anweisungen der ausländischen Banken mit den in Lugano sichergestellten identisch sind und B., der sich immerhin rund zwei Wochen pro Monat in Lugano aufhielt, selber erklärt hat, Aufträge jeweils an seinem Aufenthaltsort und nicht spezifisch und ausschliesslich in San Marino unterschrieben zu haben. A. schloss dies seinerseits zumindest in einzelnen Fällen nicht aus. Schliesslich hatte die UIB Ltd am 26. Juli 2002 unter dem Titel «unsere operativen Anordnungen» der «Banque Monégasque de Gestion» (mit Telefon- und Faxnummer von Lugano) mitgeteilt, dass die verschiedenen möglichen

Transaktionen durch C., E. oder F. angeordnet und durch von einem Berechtigten unterschriebene, via Fax übermittelte Anweisungen bestätigt würden:

«Con riferimento alla nostra lettera del [...] Vi preghiamo di voler prendere nota che le operazioni che andremo a porre in essere con il Vostro Istituto (depositi a termine, obbligazioni, operazioni su cambi, ecc.) saranno disposte dalle seguenti persone: – Signora C. – Signor E. – Signor[a] F. e saranno seguite, via telefax, da ordini sottoscritti da uno dei responsabili che Vi hanno depositato le firme. Pertanto vogliate ritenere revocati i precedenti nominativi.»

Gestützt auf diese Erklärungen ist davon auszugehen, dass für das Bank- bzw. Börsengeschäft der Beschwerdeführerinnen im Ausland wesentliche Funktionen durch Personal in Lugano wahrgenommen wurden, selbst wenn dabei im Rahmen der Beratungstätigkeiten jeweils auch das Frontoffice in San Marino miteinbezogen gewesen sein sollte.

5.3.4.4. Soweit die Beschwerdeführerinnen einwenden, das in Lugano beschäftigte Personal habe selber gar nicht über die Zeichnungsberechtigung für die entsprechenden Konten im Ausland verfügt, übersehen sie, dass nach ihren eigenen Angaben weitgehend auch mit von B. blanko unterschriebenen Formularen gearbeitet worden ist, womit eine eigenständige Unterschriftsbefugnis der Mitarbeiter nicht erforderlich war; im Übrigen befand sich B. – wie bereits dargelegt – regelmässig selber in Lugano. C. ist am 2. Juni 1999 zur «Deputy Managerin» der UIB Ltd ernannt worden. Mit Blick auf ihren beruflichen Werdegang handelt es sich bei ihr um mehr als eine blosse Verwaltungsangestellte («addetta alla gestione patrimoniale con specifica procura»),

oblag ihr doch bereits früher die Betreuung von nicht unbedeutenden Portefeuilles. Gemäss einer Notiz der «Crédit Lyonnais Luxembourg» soll C. als Verantwortliche für alle Investitionen der SMI 1997 darauf verzichtet haben, die vorgesehenen 250 Mio. USD zu dieser Bank zu transferieren, da sie mit den ihr vorgeschlagenen Konditionen nicht einverstanden gewesen sei; hierauf sei sie später zurückgekommen und habe eine Reaktivierung des Kontos mit Titeln und flüssigen Mitteln in Aussicht gestellt. Ihre zentrale Rolle im Backoffice wird schliesslich etwa auch durch die Notiz «decide C. l'acquisto di obbligazioni in EUR» auf einer mit «Gestioni» überschriebenen Fiche für den Kunden 102 604 unterstrichen.

5.3.5. Selbst wenn vollumfänglich von den Sachverhaltsdarstellungen der Beschwerdeführerinnen auszugehen wäre, wonach die operativen Anweisungen ausschliesslich von San Marino ausgegangen seien, änderte dies nichts an der Bewilligungspflicht der in der Schweiz ausgeübten, weitreichenden Backoffice-Aktivitäten: So oder anders beschäftigten die UIB Ltd bzw. die Intersmi Lda in Lugano über die UIB Servizi und die UIB Gestioni Patrimoniali SA für ihre Aktivitäten dauernd und gewerbsmässig Personal, welches Konten führte und sie in anderer Weise bei ihren banken- und börsenrechtlich relevanten Aktivitäten unterstützte bzw. vertrat (vgl. den Anhang zu RS 99/2: Outsourcing; Ziff. 3: Datenaufbewahrung, Betrieb und Unterhalt von Datenbanken, Betrieb von Informationstechnologie-Systemen; Ziff. 5: Finanzreporting; Ziff. 6: Druck und Versand von Bankdokumenten). Eine derartige Backoffice-Tätigkeit in der Schweiz für eine ausländische Bank, welche an ihrem Inkorporationsort über keine nachgewiesene Aktivität und hinreichend konsolidierte Aufsicht im Sinne des schweizerischen Rechts verfügt, darf die Bankenkommission zum Schutz des Rufs des hiesigen Bankenplatzes untersagen, auch wenn nicht un-

mittelbar schweizerische Anlegerinteressen betroffen sind. Nach der Empfehlung Nr. 18 der «Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)» sollen keine «Shell»-Banken zugelassen und mit solchen keine Geschäftsbeziehungen gepflegt werden (vgl. in: Thévenoz/Zulauf, BF Geldwäscherei, Zürich 2004, 75-1). Die Bankenkommission hat diesen Grundsatz im schweizerischen Hoheitsbereich durchzusetzen und dafür zu sorgen, dass der hiesige Bankenplatz auch nicht indirekt über eine Aufspaltung der Aktivitäten in ein hier angesiedeltes angebliches Backoffice und in ein in einem anderen Staat betriebenes Frontoffice zu solchen Aktivitäten missbraucht wird; dies gilt auch dann, wenn – wie hier – geltend gemacht wird, die Bank gehöre im Sinne der FATF-Empfehlungen zu einer reglementierten Finanzgruppe, deren konsolidierte Aufsicht aufgrund ihrer Organisationsstruktur schweizerischen Massstäben aber nicht zu genügen vermag (vgl. Nobel, a. a. O., § 9 Rz. 222 u. 226). Die Feststellung, dass in den Geschäftsräumen der UIB Servizi und der UIB Gestioni Patrimoniali SA eine nach schweizerischem Recht bewilligungspflichtige Tätigkeit für die UIB Ltd bzw. die Intersmi Lda ausgeübt worden sei, deren nachträgliche Bewilligung mangels der erforderlichen Voraussetzungen (fehlendes Mindestkapital, ungenügende Organisation, fehlende konsolidierte Aufsicht usw.) und im Hinblick auf die engen Verknüpfungen der schweizerischen Gesellschaften mit den Aktivitäten der A.-Gruppe nicht in Frage komme, weshalb die UIB Servizi SA und die UIB Gestioni Patrimoniali SA zu liquidieren seien, ist deshalb nicht bundesrechtswidrig.

6.

6.1. Fraglich erscheint, welche Rechtsfolgen hieran in Bezug auf die ausländischen Gesellschaften zu knüpfen sind. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich bei der Bestimmung des Status einer Gesellschaft grundsätzlich für die Inkorporationstheorie entschieden; die Sitztheorie gilt nur subsidiär (vgl. Art. 154 IRSG [SR 291]; Wyss/Zulauf, *Fiktiver Sitz oder faktische Zweigniederlassung?*, in: Karl Spühler [Hrsg.], *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht*, Zürich 2001, S. 117 ff., dort S. 135 ff.; Balleyguier, a. a. O., S. 242). Unter diesen Umständen verbliebe für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten gegen einen ausländischen, in der Schweiz illegal tätigen Finanzintermediär an sich nur wenig Raum. Die Rechtsprechung hat diesen im Interesse eines effizienten Anleger- und Marktschutzes indessen aufsichtsrechtlich ausgedehnt. So hat es das Bundesgericht in Bestätigung der Praxis der Bankenkommission grundsätzlich für zulässig erklärt, ausländische Gesellschaften, die in der Schweiz in Missachtung finanzmarktrechtlicher Vorschriften keine Zweigniederlassung begründet, faktisch aber eine solche betrieben haben, im Handelsregister einzutragen und ihre illegale Geschäftstätigkeit im Rahmen des (vollstreckungsrechtlichen) Bezugs zur Schweiz zu liquidieren (BGE 126 II 71 E. 5b/cc u. dd sowie 8; 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.2.3 u. 5.3.1). Hierin liegt keine Verletzung der ausländischen Souveränität, ist die Schweiz doch befugt, die Folgen einer Geschäftstätigkeit, die auf ihrem Territorium ausgeübt wird, von diesem ausgeht oder sich auf dieses auswirkt, zu regeln, auch wenn die entsprechende Aktivität einer ausländischen Gesellschaft zuzuschreiben ist (vgl. BGE 125 II 450 E. 2c und d; 108 Ib 513 E. 2b; Urteil 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001, E. 5b; 127 III 219 E. 3; Thomas Merkli/Thomas Hugli Yar, *Internationales Verwaltungsrecht: Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen*, in: *Liechtensteinische Juristen-Zeitung [LJZ]* 2003, S. 82 ff., insbesondere S. 87 u. 90). Die ange-

ordnete Massnahme hat im Einzelfall indessen angemessen zu sein; sie soll nicht weiter gehen als das, was zum Schutz des schweizerischen Finanzplatzes und der lautereren Geschäftstätigkeit auf diesem oder von diesem aus tatsächlich erforderlich erscheint. Es kann nicht darum gehen, ohne spezifische schutzwürdige schweizerische Interessen (vgl. Merkli/Hugi Yar, a. a. O., S. 84 f., Ziff. 2.3 u. 3.) durch die Annahme einer faktischen Zweigniederlassung in Aushöhlung der Inkorporationstheorie (vgl. BGE 117 II 494 ff.) hiesige Standards oder finanzmarktrechtliche Regelungen im Ausland durchzusetzen; es liegt in erster Linie an den ausländischen Behörden, für die Einhaltung ihres Rechts und ihrer Verpflichtungen zu sorgen.

6.2. Vor diesem Hintergrund geht die zwangsweise Eintragung von Zweigniederlassungen Lugano der UIB Ltd bzw. der Intersmi Lda im Handelsregister und deren anschliessende Liquidation unter Rückgriff auf die im Ausland liegenden Konten der UIB Ltd vorliegend zu weit.

6.2.1. Aus der Übersicht im Bericht des Beobachters ergibt sich, dass die UIB Ltd über rund 140 Kundenbeziehungen verfügt, die Intersmi über ca. 250, wobei 69 mit einem Konto bei der UIB Ltd. Die S.M.I. unterhält ihrerseits rund 2630 Kundenbeziehungen, wobei 135 mit einem Konto bei der UIB Ltd (vgl. den Bericht der KPMG vom 31. Oktober 2003, S. 15). Das Kundenvermögen bei der UIB Ltd soll insgesamt rund EUR 142.4 Mio. betragen. Seit dem 1. Januar 2004 ist die UIB Ltd, Vanuatu, nach einer Anpassung der dortigen Gesetzgebung, welche zum Verschwinden von 25 Banken geführt hat (vgl. www.rbv.gov.vu/VanuatuBanks.htm), im Besitz einer neuen Bewilligung seitens der Reserve Bank of Vanuatu gemäss dem «International Banking Act No. 4 of 2002»; sie untersteht heute damit einer verstärkten bankenrechtlichen Aufsicht (vgl. www.rbv.gov.vu/BSD.htm). Am 5. September 2003

bestätigte die Regierung von Vanuatu dem Präsidenten der «Financial Action Task Force of Money Laundering», dass ihre neue Gesetzgebung den internationalen Aufsichtsrichtlinien über die Banken gemäss dem Basler Ausschuss für Bankenaufsicht Rechnung trage (vgl. www.rbv.gov.vu/FATF.htm). Die S.M.I. ist ihrerseits in San Marino im Besitz einer Bewilligung als Finanzgesellschaft nach dem dortigen Recht; dieses lässt verschiedene Aktivitäten zu, die in der Schweiz banken- oder börsenrechtlich nicht in der gleichen Form möglich wären. Sie unterliegt hierfür der Kontrolle durch die «Banca Centrale della Repubblica di San Marino», welche in einem Schreiben vom 18. Februar 2004 festgehalten hat:

«In base alla normativa di cui alla Legge n. 24 del 1986 ed all'oggetto sociale tipico di tali società, S.M.I. s.a. può svolgere le seguenti attività: – collocamento e compravendita di azioni e quote di società, di titoli di Stato, di quote di fondi comuni di investimento, di obbligazioni ed altri titoli emessi da Enti privati e pubblici, sammarinesi ed esteri; assumere partecipazioni ed interessenze; accendere riporti attivi e passivi; gestire, amministrare, custodire per conto di terzi valori e beni mobiliari ed immobiliari mediante l'assunzione di mandati o incarichi, anche di natura fiduciaria e di mediazione; promuovere insediamenti industriali nel territorio sammarinese, anche mediante assistenza e consulenza necessaria per la loro nascita e sviluppo; effettuare finanziamenti a breve e medio termine nei confronti di persone fisiche, imprese, società ed enti la cui attività sia svolta nell'ambito immobiliare, industriale, commerciale o finanziario; gestire, incassare e smobilizzare crediti di terzi, sia pro-soluto che pro-solvendo; acquistare, vendere e permutare beni immobili e mobili; effettuare operazioni di locazione finanziaria (leasing); prestare avalli, fideiussioni ed altre garanzie anche reali a favore di terzi. Le società finanziarie e fiduciarie sammari-

nesi, e quindi anche S.M.I. s.a., non possono raccogliere direttamente il risparmio tra il pubblico e gestire propri strumenti di pagamento, a differenza delle banche. Il divieto di raccogliere direttamente risparmio tra il pubblico deve intendersi nel senso che le società finanziarie/fiduciarie non possono iscrivere nel proprio passivo patrimoniale del bilancio i depositi a vista o a tempo conferiti dai propri fiducianti, a differenza di quanto avviene per le banche. Le società finanziarie/fiduciarie possono pertanto ricevere somme liquide e valori mobiliari in via fiduciaria con le quali, di seguito, devono accendere conti correnti o depositi presso le banche abilitate, in nome proprio ma per conto del cliente e, attraverso questi, operare in base alle istruzioni ricevute dal cliente. Ne consegue che le società finanziarie/fiduciarie non possono rilasciare ai propri clienti carnet di assegni o altri strumenti di pagamento. Si attesta infine che S.M.I. s.a. è una società finanziaria e fiduciaria assogettata alle normative e disposizioni antiriciclaggio vigenti nella Repubblica di San Marino.»

Die Auslegung des entsprechenden Rechts ist weder Sache der Bankenkommission noch des Bundesgerichts, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

6.2.2. Die UIB Ltd wird, wie sich aus dem Schlussbericht der Beobachterin ergibt, abgesehen von den in Lugano wahrgenommenen, bewilligungspflichtigen Backoffice-Aktivitäten im Wesentlichen von San Marino aus betrieben, wobei verschiedene Geschäfte aus steuerrechtlichen Gründen über die Intersmi Lda mit Sitz in Madeira abgewickelt werden. Die Beobachterin führt hierzu aus:

«Dai colloqui avuti con i responsabili delle diverse società e dalla visione dei nominativi dei clienti possiamo constatare che la maggior

parte dei clienti, se non tutti, sono di nazionalità italiana. L'introduzione dei clienti avviene in genere a San Marino o a Roma, in uno degli uffici del Gruppo A. dove si trovano i consulenti alla clientela. I clienti hanno la possibilità di aprire una relazione, rispettivamente un conto, presso una o più società (SMI, INTERSMI, UIB Ltd.). Le ragioni dell'apertura di una relazione presso una società piuttosto che presso un'altra sono in prevalenza di nature fiscali.»

[...]

«Secondo le affermazioni della Sig.ra C. e dai documenti inventoriati, il cliente firma un contratto di gestione fiduciaria con una delle tre società, a dipendenza dei propri bisogni. I consulenti alla clientela di San Marino o Roma comunicano telefonicamente alla Sig.ra C. (UIB GP) quali sono i desideri d'investimento dei clienti. La Sig.ra C. elabora quindi delle proposte d'investimento sulla base delle istruzioni ricevute e le sottopone ai consulenti. Questi informano i clienti, ai quali spetta decidere.»

[...]

«Gli ordini di acquisto e di vendita di titoli di clienti UIB Ltd vengono in genere impartiti dai consulenti alla clientela di San Marino alle banche corrispondenti estere (SEB, BMG, MS). Tuttavia, durante un colloquio con la Sig.ra C., ci è stato confermato che a volte è lei stessa a contattare le banche e a passare gli ordini. Ciò è motivato dal fatto che lei sola ha le conoscenze tecniche dei mercati e dei titoli trattati.»

6.2.3. Die mit der UIB Ltd und Intersmi Lda verbundenen schweizerischen Gesellschaften sind auf dem hiesigen Markt nie aktiv geworden;

sie haben weder Kunden geworben noch von hier aus irgendwelche Anpreisungen für die Tätigkeit der UIB Ltd gemacht. Hinsichtlich der UIB Ltd konnte die Beobachterin in Lugano denn auch – anders als für die Intersmi Lda – keine Kundendossiers auffinden. Sie hält diesbezüglich fest: «Grazie al sistema informatico della UIB Servizi, nel quale viene registrata la contabilità della UIB Ltd (Olympic), e alla lista dei clienti consegnataci, possiamo affermare che la società [UIB Ltd] annovera approssimativamente 140 clienti (persone fisiche e giuridiche) al suo attivo (vedi Allegato 5). Le generalità di tali clienti in nostro possesso si limitano al nome e cognome del titolare del conto, ma non abbiamo accesso ai dossier personali. Non siamo neppure sicuri del luogo della loro ubicazione. Nel sistema informatico i nomi dei clienti sono codificati tramite cifra (cosiddetti conti cifrati), vale a dire che i nomi non sono visibili e, dalle informazioni ricevute, solo conosciuti dai consulenti di San Marino.»

6.2.4. Nachdem die hinter der UIB Ltd stehenden Gesellschaften der aufsichtsrechtlichen Kontrolle in ihren Heimatstaaten unterliegen, die Hauptaktivitäten der UIB Ltd und der Intersmi Lda von San Marino aus über die S.M.I. wahrgenommen wurden und in der Schweiz zwar für diese in den Lokalen der UIB Servizi SA/UIB Gestioni Patrimoniali SA eine bewilligungspflichtige Aktivität stattfand, die den hiesigen Finanzplatz jedoch nur am Rande berührte, geht die Anordnung der Eintragung von Zweigniederlassungen der UIB Ltd Bank und der Intersmi Lda zum Zwecke der Liquidation wegen der damit verbundenen Auswirkungen auf deren Geschäftstätigkeiten im Ausland zu weit; die vollumfängliche und sofortige Einstellung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeiten unter Liquidation der entsprechenden Gesellschaften und allfälliger Information der zuständigen ausländischen Behörden über die Situation genügt zum Schutz der schweizerischen

Aufsichtsinteressen. Die darüber hinausgehenden Anordnungen der Bankenkommision sind nicht erforderlich und unverhältnismässig, da eine mildere Massnahme ausreicht, um den ordnungsgemässen Zustand in der Schweiz wiederherzustellen und den zum Schutz des hiesigen Finanzplatzes im internationalen Verhältnis zulässigerweise wahrgenommenen Interessen gerecht zu werden.

6.2.5. Bei der Liquidation einer (allenfalls fiktiven) Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in der Schweiz geht es vor allem darum, die Gläubiger von Forderungen aus deren Geschäftsbetrieb zu befriedigen oder sicherzustellen (vgl. Verfügung der EBK vom 14. Juli 1994 i. S. Fidenas AG, E. 4, in: EBK 29/1995 S. 17 ff.; Balleyguier, a. a. O., 242). Zu diesem Zweck betrifft die Liquidation alle Vermögenswerte, die mit der Schweiz in einem exekutionsrechtlichen Zusammenhang stehen. Ein solcher ist nach der Praxis der EBK für jene Aktiven anzunehmen, die durch die für die Gesellschaft in der Schweiz handelnden Personen begründet worden sind; ist keine Tätigkeit der Gesellschaft durch Personen im Ausland nachweisbar, umfasst die Liquidation alle Aktiven im Namen oder für Rechnung der Gesellschaft (vgl. EBK-Bulletin 37/1999 S. 32 ff. E. 5b; 29/1995 S. 29 f.); die Vermögenswerte müssen in einem «engen Zusammenhang mit der von der Schweiz aus erfolgten Geschäftstätigkeit stehen» bzw. sie dürfen nicht nachweisbar durch Personen begründet worden sein, welche in keiner Weise mit der Tätigkeit der Zweigniederlassung verbunden waren (Wyss/Zulauf, a. a. O., S. 138 u. 143 f.). Vorliegend besteht ein solcher Bezug nur beschränkt und kann nicht gesagt werden, dass in der Schweiz oder von der Schweiz aus durch das Personal der UIB Servizi/Gestioni Patrimoniali SA direkt banken- oder börsenrechtliche Aktiven erworben worden wären; die einzigen Einnahmequellen bildeten die von der UIB Ltd bzw. der Intersmi Lda für die einzelnen Dienstleistungen erbrachten

Entschädigungen. Im Übrigen handelt es sich bei den Mitteln der UIB Ltd im Wesentlichen um solche der A.-Gruppe oder ausländischer Kunden von dieser, welche über die S.M.I. betreut werden. Die EBK hat bei der Wahl des geeigneten Mittels den Hauptzwecken der banken- und finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung – dem Schutz der Anleger einerseits und der Lauterkeit des schweizerischen Finanzmarktes und der von diesem aus entfalteteten Aktivitäten andererseits – Rechnung zu tragen (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b S. 115; 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 3.2). Weder das eine noch das andere erscheint vorliegend gefährdet, wenn nur die UIB Servizi bzw. die UIB Gestioni Patrimoniali SA liquidiert und allfällige weitere Folgen für die – sowohl hinsichtlich der Kunden als auch der im Spiel stehenden Mittel und der entfalteteten Aktivitäten (Kundenwerbung, Geldaufnahme, Geldauszahlungen, Infrastruktur usw.) – schwergewichtig involvierten ausländischen Gesellschaften gestützt auf die Inkorporationstheorie den betreffenden Aufsichtsbehörden überlassen werden. Bei den bisher beurteilten Fällen, in denen die Eintragung und anschliessende Liquidation der faktischen Zweigniederlassungen zugelassen wurde, ging es um Gesellschaften, die auch (oder gar praktisch nur) auf dem schweizerischen Markt relevant aktiv waren (vgl. 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002; 2A.565/2002 vom 2. April 2003; 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001 in Verbindung mit 2A.119/2002 vom 11. Dezember 2002); zudem befand sich ein wesentlicher Teil der Kundeninformationen und der Konten jeweils auch tatsächlich in der Schweiz. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Decisione del Tribunale federale del 19 maggio 2004 nell'affare Provimi (2A.3/2004 e 2A.4/2004)¹

Assistenza amministrativa in materia borsistica (art. 38 cpv. 2 LBVM); qualità per ricorrere contro una decisione della CFB dell'avente diritto economico e del gestore esterno che non detiene un regolare mandato di gestione patrimoniale

- 1 L'avente diritto economico non ha la qualità per ricorrere (consid. 2.2.2).
- 2 Sospetto iniziale: l'assistenza amministrativa è rifiutata solo se le informazioni richieste non hanno alcun legame con delle eventuali irregolarità sui mercati borsistici e sono manifestamente inadeguate a favorire l'inchiesta estera (consid. 5.2.1).
- 3 Il fatto di sapere se nel caso in esame è stata realmente commessa un'infrazione non è oggetto della procedura di assistenza amministrativa (consid. 5.2.3).
- 4 L'art. 38 LBVM non prevede un regime particolare per i casi bagatella, perché l'uso di informazioni riservate può comunque essere esteso a innumerevoli transazioni di poco conto e non particolarmente significative, se considerate individualmente (consid. 5.2.4).

¹ Sachverhaltszusammenfassung und Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

- 5 Un gerente esterno che non dispone di un mandato scritto chiaro e inequivocabile non può essere assimilato a un gerente che beneficia della qualità di parte (consid. 5.3.3).

Internationale Amtshilfe (Art. 38 Abs. 2 BEHG); Beschwerdebefugnis des wirtschaftlich Berechtigten und eines externen Vermögensverwalters ohne Verwaltungsauftrag

- 1 Der wirtschaftlich Berechtigte hat keine Beschwerdebefugnis (Erw. 2.2.2).
- 2 Anfangsverdacht: Die Amtshilfe wird nur verweigert, wenn die Informationen keinerlei Bezug zu eventuellen Verstößen auf den Börsenmärkten haben und klarerweise untauglich sind, um dem ausländischen Verfahren zu dienen (Erw. 5.2.1).
- 3 Die Frage, ob im konkreten Fall tatsächlich eine Verletzung stattgefunden hat, ist nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens (Erw. 5.2.3).
- 4 Art. 38 BEHG sieht kein spezielles Verfahren für kleine Beträge vor, solange die Insiderinformationen für zahlreiche kleine Transaktionen gebraucht werden können, die für sich allein nicht besonders auffällig sind (Erw. 5.2.4).
- 5 Ein externer Vermögensverwalter ohne «schriftlichen, klaren und unzweideutigen» Verwaltungsauftrag kann nicht verglichen werden mit einem Vermögensverwalter mit Parteistellung (Erw. 5.3.3).

Entraide administrative boursière (art. 38 cpv. 2 LBVM); qualité pour recourir contre une décision de la CFB de la part de l'ayant droit économique et d'un tiers gérant qui ne détient pas un mandat de gestion

- 1 L'ayant droit économique n'a pas la qualité pour recourir (consid. 2.2.2).
- 2 Soupçon initial: l'entraide administrative n'est refusée que si les informations demandées sont sans aucun rapport avec d'éventuelles irrégularités sur les marchés boursiers et sont manifestement pas de nature à favoriser l'enquête étrangère (consid. 5.2.1).
- 3 La question de savoir si dans le cas concret une infraction a été véritablement commise ne fait pas l'objet de la procédure d'entraide (consid. 5.2.3).
- 4 L'art. 38 LBVM ne prévoit pas un régime particulier pour les cas bagatelles, car les informations privilégiées peuvent être utilisées pour effectuer de nombreuses petites opérations disséminées qui ne sont pas significatives individuellement (consid. 5.2.4).
- 5 Un tiers gérant sans mandat «écrit, clair et sans équivoque» ne peut être assimilé à un gestionnaire bénéficiant de la qualité de partie (consid. 5.3.3).

Fatti (riassunto)

Nel corso del mese di novembre 2001, il gruppo Montedison ha annunciato l'intenzione di mettere in vendita la sua partecipazione del 54% nella società francese Provimi, attiva a livello mondiale nel settore della nutrizione animale. Il 10 dicembre 2001 il Presidente del Consiglio di amministrazione di Provimi ha stimato il valore dell'azione tra EUR 23 e EUR 33. Concretamente lo stesso è oscillato tra EUR 24 (16 maggio 2002) e EUR 19,82 (9 agosto 2002). Il 12 agosto 2002, sospesa la quotazione del titolo, è stata annunciata la vendita della partecipazione del gruppo Edison (ex-Montedison) alla società Provimlux Investissements SA a EUR 14,5 per azione. Il giorno successivo, alla riapertura del mercato, il titolo è sceso a EUR 14,97, pari al 26,7% in meno rispetto all'ultimo corso del 9 agosto precedente. La quotazione si è poi stabilizzata attorno a EUR 14,5. Il 29 novembre 2002 la cessione è stata ufficializzata al prezzo di EUR 13,25. Complessivamente nel corso del 2002 il titolo Provimi ha perso il 38,4% (da EUR 22,5 a EUR 13,25). In relazione a tali fatti, la Commission des opérations de bourse (ora Autorité des marchés financiers; di seguito: AMF) ha aperto un'inchiesta, al fine di verificare che le transazioni siano state effettuate nel rispetto della regolamentazione borsistica francese, segnatamente riguardo all'uso di informazioni privilegiate.

Il 5 maggio 2003 l'AMF ha inoltrato alla Commissione federale delle banche una richiesta di assistenza amministrativa onde ottenere informazioni sulla vendita, il 31 luglio 2002, di 5000 titoli Provimi tramite la banca G. di Lugano. Il 22 maggio 2003 l'istituto bancario ha evaso le richieste, indicando che la vendita è stata operata per conto della A Foundation. Avente diritto economico del conto è B. Sulla scorta della

documentazione prodotta, la banca G ha permesso di dedurre che l'ordine di vendita è stato dato da B.

Con decisione del 18 novembre 2003 la Commissione federale delle banche ha risolto di accordare assistenza amministrativa all'AMF. Il 17 dicembre 2003 la banca G. ha comunicato alla Commissione federale delle banche che la vendita del 31 luglio 2002 è in realtà stata ordinata da C., titolare di una procura di amministrazione, formalizzata, per un disguido interno, solamente il 18 giugno 2003. Fondandosi su tale circostanza, il 22 dicembre 2003 la A. Foundation e B., da un lato, e C., d'altro lato, hanno presentato alla Commissione federale della banche istanza di riesame della decisione del 18 novembre precedente.

Il 2 gennaio 2004 la A. Foundation, B. e, separatamente, C. hanno interposto ricorso di diritto amministrativo dinanzi al Tribunale federale, chiedendo preliminarmente la sospensione del procedimento fino alla pronuncia sulle istanze di revisione. I ricorrenti lamentano, in sostanza, la violazione del diritto di essere sentito, del principio di proporzionalità e dell'art. 38 della legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 24 marzo 1995 (LBVM; RS 954.1). Con scritto del 29 gennaio 2004 la Commissione federale delle banche ha respinto le istanze di riesame, ritenendole fondate su fatti già noti agli istanti prima dell'adozione della decisione contestata e comunque non suscettibili di modificarne l'esito.

Dai considerandi

2.1. La decisione con cui la Commissione federale delle banche, in applicazione dell'art. 38 LBVM, accorda assistenza amministrativa ad

un'autorità estera, disponendo in tal modo la trasmissione a quest'ultima di informazioni e documenti, è impugnabile direttamente dinanzi al Tribunale federale con ricorso di diritto amministrativo, ai sensi degli art. 97 segg. OG (art. 39 LBVM; DTF 127 II 323 consid. 1).

2.2.1. In quanto titolare del conto bancario al quale si riferiscono le informazioni che la Commissione federale delle banche intende trasmettere all'AMF, la A. Foundation è senz'altro legittimata a ricorrere, ai sensi dell'art. 103 lett. a OG (DTF 125 II 65 consid. 1). Tempestiva (art. 106 cpv. 1 OG) e formalmente ineccepibile (art. 108 OG), l'impugnativa – per quanto la concerne – è pertanto ammissibile.

2.2.2. Qualità di parte nel procedimento della Commissione federale delle banche e legittimazione a ricorrere dinanzi al Tribunale federale non sono invece di principio riconosciute all'avente diritto economico del conto oggetto della richiesta di assistenza amministrativa, anche se la trasmissione delle informazioni richieste comporta la rivelazione della sua identità (DTF 127 II 323 consid. 3b/cc; 125 II 65 consid. 1; 129 II 484 consid. 1.2 non pubblicato). Al medesimo sono opponibili le conseguenze derivanti dalla costruzione giuridica che ha liberamente scelto, ossia l'assegnazione del ruolo di cliente della banca ad un'entità autonoma; egli non può esigere che si faccia astrazione da questa dualità giuridica, fondandosi invece sull'unità economica. I suoi diritti sono adeguatamente salvaguardati grazie all'influenza economica e giuridica che esercita sulla controparte contrattuale diretta della banca, la quale, tra l'altro, può essa stessa opporsi alla divulgazione delle generalità dell'avente diritto economico (DTF 127 II 323 consid. 3a/cc e 3b/cc; 125 II 65 consid. 1; sentenza 2A.352/2000 del 9 marzo 2001, consid. 3a, con numerosi riferimenti). Nel caso specifico, avente diritto economico del conto intestato alla A. Foundation è B.: nella misura in

cui è proposto da quest'ultimo, il ricorso risulta pertanto inammissibile. A questo riguardo, è influente il fatto che egli sia parimenti stato indicato come responsabile dell'ordine di vendita (cfr., per un caso analogo, DTF 129 II 484, in part. consid. 1.2 non pubblicato).

2.2.3. Per quanto concerne C., indipendentemente dagli aspetti di merito della vertenza, ci si potrebbe chiedere se egli sia legittimato a far valere che la Commissione federale delle banche avrebbe dovuto riconoscergli qualità di parte. In quest'ottica sono in particolare stati ritenuti ammissibili, nell'ambito specifico, i ricorsi interposti da persone di cui la suddetta Commissione intendeva comunicare le generalità senza alcuna formalità (DTF 127 II 323 consid. 1; sentenza 2A.352/2000 del 9 marzo 2001, consid. 1). La fattispecie si differenzia invero da tali situazioni, ma la questione può ad ogni modo rimanere indecisa, dal momento che, dal profilo sostanziale, il citato insorgente solleva le stesse censure della A. Foundation e che, come osservato, a questo titolo la Corte deve comunque entrare nel merito.

3. Adito con ricorso di diritto amministrativo, il Tribunale federale esamina d'ufficio l'applicazione del diritto federale, ivi compreso l'eccesso e l'abuso del potere d'apprezzamento (art. 104 lett. a OG). In particolare, esso verifica se sono adempiute le condizioni per concedere assistenza amministrativa all'autorità richiedente e in quale misura debba essere prestata cooperazione sul piano internazionale, senza in ciò risultare vincolato dai considerandi della decisione impugnata, né dai motivi invocati dalle parti (art. 114 cpv. 1 OG). L'insorgente può inoltre far valere l'accertamento inesatto o incompleto di fatti giuridicamente rilevanti, dal momento che l'istanza inferiore non è un'autorità giudiziaria (art. 104 lett. b e 105 OG).

4. Giusta l'art. 38 cpv. 2 LBVM la Commissione federale delle banche può trasmettere alle autorità straniere che esercitano direttamente la sorveglianza sulle borse e sui commercianti di valori mobiliari informazioni e documenti pertinenti, non accessibili al pubblico. Ciò presuppone comunque che queste autorità estere utilizzino quanto ricevuto unicamente per i fini di vigilanza a cui sono preposte (lett. a; principio di specialità), e che le stesse siano vincolate al «segreto d'ufficio o al segreto professionale» (lett. b; principio di confidenzialità). I dati ottenuti per via rogatoriale possono poi essere ritrasmessi ad altre «autorità competenti e a organismi con funzioni di vigilanza dettate dall'interesse pubblico soltanto previo consenso dell'autorità di vigilanza svizzera o in virtù di un'autorizzazione generale fondata su un trattato internazionale» (lett. c primo periodo; principio della «lunga mano»). La ritrasmissione dei medesimi ad un'autorità penale è esclusa, a meno che non siano date le condizioni per fornire assistenza giudiziaria in materia penale; al riguardo, la Commissione federale delle banche decide d'intesa con l'Ufficio federale di polizia (lett. c secondo e terzo periodo). Quanto al genere di dati comunicabili e alle relative modalità, l'art. 38 cpv. 3 LBVM prevede l'applicabilità della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (PA; RS 172.021) se le informazioni che l'autorità di vigilanza deve trasmettere concernono singoli clienti di commercianti. La norma vieta inoltre la trasmissione di informazioni concernenti persone manifestamente non implicate.

5.1. Nel caso specifico, la richiesta di cooperazione è stata formulata dall'AMF (denominata in precedenza Commission des opérations de bourse), autorità francese di sorveglianza sui mercati dei valori mobiliari ai sensi dell'art. 38 cpv. 2 LBVM, alla quale – come questo Tribunale ha già avuto modo di statuire – può essere accordata assistenza

amministrativa (DTF 129 II 484 consid. 2.2; 127 II 323 consid. 7b/aa, 142 consid. 4b; 126 II 86 consid. 3).

5.2.1. Investita di una domanda di assistenza amministrativa, l'autorità rogata deve unicamente esaminare se sussistono sufficienti indizi di potenziali distorsioni del mercato atti a giustificare la domanda stessa. La cooperazione internazionale va rifiutata solo se le informazioni richieste non sono in alcun modo in rapporto con eventuali irregolarità sul mercato borsistico e appaiono manifestamente inadeguate a favorire gli accertamenti dell'autorità straniera, di modo che la domanda di assistenza si appalesa come pretesto per una ricerca indeterminata di mezzi di prova (cosiddetta «fishing expedition»; DTF 129 II 484 consid. 4.1; 128 II 407 consid. 5.2.1; 127 II 142 consid. 5a). Secondo la giurisprudenza, già una semplice correlazione temporale tra determinate transazioni e una sospetta evoluzione del mercato, o l'annuncio pubblico di informazioni rilevanti per l'oscillazione dei corsi, è sufficiente per legittimare una richiesta di assistenza amministrativa. Non sono necessari né un particolare andamento dei corsi, né uno specifico volume di transazioni (DTF 128 II 407 consid. 5.2.2; 126 II 409 consid. 5b/aa; sentenza 2A.55/2003 del 17 marzo 2003, consid. 4.2.1; sentenza 2A.534/2001 del 15 marzo 2002, consid. 4.2.1).

5.2.2. In concreto, la domanda di assistenza si riferisce alla vendita di 5000 azioni Provimi al corso di EUR 20,40. Detta transazione è avvenuta il 31 luglio 2002, vale a dire una decina di giorni prima che, tra il 9 e il 13 agosto, il titolo subisse una perdita del 26,7%, da EUR 19,82 a EUR 14,97. Tale marcata flessione è riconducibile all'annuncio, il 12 agosto 2002, della vendita della quota maggioritaria, detenuta dal gruppo Edison, a EUR 14,5 per azione. In base alla giurisprudenza citata, i pochi giorni intercorsi tra la vendita delle azioni e il sensibile

calo del corso delle medesime costituiscono un indizio sufficiente di un possibile abuso di informazioni insider, nell'ottica dei ristretti accertamenti che competono alle autorità svizzere rogate. I presupposti per accordare assistenza all'AMF risultano pertanto adempiuti.

5.2.3. Il quesito di sapere se in un caso concreto sono effettivamente state sfruttate in maniera indebita informazioni confidenziali, configurando gli estremi di un delitto d'iniziati, non costituisce l'oggetto del procedimento di assistenza (DTF 128 II 407 consid. 5.2.3; 127 II 323 consid. 7b/aa; 126 II 126 consid. 6a/bb). La Commissione federale delle banche non dispone degli elementi necessari per esprimersi al riguardo; solo l'autorità di vigilanza straniera, sulla base dei diversi indizi raccolti e, eventualmente, delle prove assunte in altri Stati, è in condizione di valutare globalmente le singole transazioni e giudicarne la rilevanza dal profilo della sorveglianza dei mercati (DTF 128 II 407 consid. 5.2.3; 127 II 142 consid. 5a; 126 II 86 consid. 5b). Di conseguenza, non è in questa sede che occorre valutare l'attendibilità delle ragioni avanzate dai ricorrenti a giustificazione del momento della vendita, determinato, a loro dire, semplicemente dall'imminenza delle vacanze d'agosto.

5.2.4. È parimenti irrilevante che la vendita delle azioni non si sia risolta in un guadagno, ma in una perdita, rispetto al prezzo a cui le stesse erano state acquistate verso la fine dell'anno precedente. In effetti, la regolamentazione legale concernente l'attività borsistica si prefigge di garantire trasparenza e parità di trattamento nei confronti degli investitori (art. 1 LBVM), principi che possono venir disattesi non solo se l'uso improprio di informazioni riservate permette di conseguire un guadagno, ma anche se consente di contenere una perdita. È pure a torto che i ricorrenti si richiamano alla quantità relativamente mode-

sta di titoli venduti, per rapporto al complesso delle azioni Provimi, ravvisando, nella trasmissione di informazione in tali circostanze, la violazione del principio di proporzionalità. A parte il fatto che, in termini assoluti, la minor perdita è comunque stata di circa EUR 25 000, l'art. 38 LBVM non prevede eccezioni nel senso inteso dagli insorgenti. La prospettata revisione di detta normativa non concerne peraltro tale aspetto, ma intende piuttosto attenuare il principio di confidenzialità e rendere la procedura più rapida (cfr. *avanprogetto della modifica legislativa e relativo rapporto esplicativo*, consultabili al sito Internet del Dipartimento federale delle finanze). Un regime particolare per casi «bagatella» – come li definiscono i ricorrenti – non appare comunque attuabile, già perché l'uso di informazioni riservate può comunque essere esteso a innumerevoli transazioni di poco conto e non particolarmente significative, se considerate individualmente. Per questo motivo, anche un'unica operazione con guadagno relativamente modesto o semplici controlli a campione possono perciò legittimare l'interesse delle autorità di vigilanza e fondare una richiesta di assistenza amministrativa (DTF 125 II 65 consid. 6b/bb; sentenza 2A.595/1998 del 10 marzo 1999, in: *Bollettino CFB 38/1999 pag. 36 segg., consid. 2b*).

5.3. Oltre alla sussistenza delle condizioni per accordare assistenza come tali, i ricorrenti contestano la trasmissione delle generalità delle persone che dispongono di procura individuale sul conto della A. Foundation e dell'avente diritto economico, chiedendo che venga semmai comunicato unicamente il nome del gestore patrimoniale.

5.3.1. La trasmissione di dati che concernono i clienti diretti della banca può risultare inammissibile soltanto in presenza di un chiaro e inequivocabile mandato (scritto) di gestione patrimoniale; non deve inoltre emergere in altro modo che il cliente, sul cui conto sono state

effettuate le transazioni sospette, abbia in qualche maniera partecipato a tali operazioni (DTF 128 II 407 consid. 5.2.3; 127 II 323 consid. 6b/aa; 2A.55/2003 del 17 marzo 2003, consid. 4.2.2; 2A.353/2000 del 5 aprile 2001, consid. 3c/aa).

5.3.2. Nel caso di specie, dalle risultanze processuali emerge che al momento in cui è avvenuta la controversa vendita a C. non era ancora stato conferito per iscritto l'incarico di amministrare il conto della A. Foundation. I documenti bancari agli atti attestano infatti che la procura in tal senso è stata sottoscritta quasi un anno dopo, il 18 giugno 2003. Il 22 maggio precedente, nella sua prima risposta alla Commissione federale delle banche, la banca G. ha del resto espressamente evidenziato come il cliente non avesse né sottoscritto un mandato di gestione alla banca, né conferito procura amministrativa a terze persone. Successivamente l'istituto di credito ha tuttavia precisato che C., pur avendo ricevuto formale procura solo in un secondo tempo, in realtà gestiva già il conto e in tale veste ha dato l'ordine di vendita delle azioni Provimi. I ricorrenti invero si prodigano per tentare di chiarire gli equivoci sorti tra l'amministratrice della fondazione, l'avente diritto economico, il gestore patrimoniale esterno e il funzionario bancario di riferimento. Può comunque apparire singolare che la banca, rilevata l'imprecisione delle informazioni fornite all'autorità federale, abbia atteso sei mesi prima di rettificarle, provvedendovi soltanto dopo la pronuncia della decisione impugnata. Mal si comprende pure perché la stessa titolare del conto nelle sue osservazioni, posteriori alla data di sottoscrizione della procura, non abbia in alcun modo precisato tale circostanza. In ogni caso la giurisprudenza pone l'esigenza di un mandato di amministrazione scritto chiaro e inequivocabile proprio per evitare difficoltà e malintesi come quelli addotti dai ricorrenti e definire in maniera precisa le relazioni tra le persone implicate. Se, come nella

fattispecie, all'epoca determinante il mandato non assume le caratteristiche evidenziate, è lecito supporre che il titolare del conto, rispettivamente l'avente diritto economico, abbiano amministrato loro stessi i beni o siano quantomeno stati coinvolti nella gestione. Nel caso concreto ulteriori elementi suffragano questa presunzione: da un lato, il fatto che il gestore patrimoniale abbia curato l'amministrazione del conto a margine della propria attività professionale, soprattutto in virtù di un legame d'amicizia con l'avente diritto economico; d'altro lato, l'avallo scritto che quest'ultimo, perlomeno fino alla sottoscrizione della procura, ha dato, anche se a posteriori, alle singole operazioni effettuate sul conto della A. Foundation. Per questi motivi, la sua partecipazione non può pertanto essere esclusa in termini assoluti.

Di conseguenza, in assenza di un rapporto di amministrazione patrimoniale totalmente indipendente, la titolare del conto, le sue rappresentanti e l'avente diritto economico non rappresentano persone manifestamente non implicate, ai sensi dell'art. 38 cpv. 3 LBVM. I dati che li riguardano devono perciò essere trasmessi all'autorità estera. Diversamente da quanto sostengono i ricorrenti, queste informazioni non esulano in maniera inammissibile dalle richieste dell'AMF, la quale ha domandato raggugli, tra l'altro, anche sull'identità precisa e le coordinate dei clienti finali. La Commissione federale delle banche dispone peraltro di una certa latitudine nel fornire, sulla base degli accertamenti esperiti, indicazioni non espressamente richieste, ma ritenute rilevanti per la sorveglianza dei mercati (DTF 126 II 409 consid. 6c/aa; 125 II 65 consid. 7). Anche su questo aspetto, le conclusioni dell'autorità inferiore non sono quindi lesive del diritto federale.

5.3.3. Le considerazioni sin qui espresse determinano pure – indipendentemente dalla legittimazione ricorsuale in questa sede (cfr. con-

sid. 2.2.3) – la posizione processuale di C., al quale non è stata riconosciuta, nel merito, qualità di parte. Giusta l'art. 6 PA, tale qualifica spetta alle persone i cui diritti o obblighi potrebbero essere toccati dalla decisione o a cui spetta un rimedio di diritto contro la medesima. In concreto, quando la Commissione federale delle banche ha statuito, l'identità e il ruolo di C. nell'ambito delle controverse transazioni erano del tutto sconosciuti; la decisione non faceva pertanto riferimento alla sua persona, né lo concerneva in altro modo. Pur tenendo conto delle successive rivelazioni, egli non può invero vantare un interesse degno di protezione (cfr. art. 25 cpv. 2 PA) ad ottenere una decisione che ammetta la trasmissione delle sue generalità, anziché le coordinate del titolare del conto. È infatti solo il gestore patrimoniale indipendente ad avere un interesse personale legittimo allo svolgimento di una procedura formale e dunque ad assumere il ruolo di parte; la sua posizione non può essere tutelata altrimenti, dal momento che, in tali circostanze, il suo cliente figura in genere quale persona manifestamente non implicata, ai sensi dell'art. 38 cpv. 3 ultimo periodo LBVM (DTF 127 II 323 consid. 3b/bb, concernente il titolare di un «mandat de gestion discrétionnaire»). Come già osservato, perlomeno al momento della vendita dei titoli, il ricorrente C. non agiva in veste di gestore patrimoniale indipendente, non avendo totale autonomia economica e completa responsabilità per gli investimenti. Di conseguenza non gli può venir riconosciuta qualità di parte dinanzi alla Commissione federale delle banche, essendo egli toccato semmai solo in maniera indiretta dal provvedimento contestato (DTF 127 II 323 consid. 3b/bb). Nelle osservazioni al gravame la medesima autorità ha indicato che le informazioni rilasciate all'AMF potrebbero venir completate attribuendo il controverso ordine di vendita a B. «e/o» C. Anche se la decisione della Commissione federale delle banche dovesse venir precisata in questo senso, C. non disporrebbe comunque della potestà ricorsuale. Questa

indicazione non gli permetterebbe infatti di venir riconosciuto come gestore indipendente; la sua posizione rimarrebbe limitata a quella di un terzo titolare di una procura (di fatto) sul conto, che, al pari dell'avente diritto economico, non è legittimato a interporre ricorso di diritto amministrativo (DTF 127 II 323 consid. 3b/bb; sentenza 2A.213/1998 del 29 ottobre 1998, in: Bollettino CFB 37/1999 pag. 21 segg., consid. 2 [non pubblicato]; in materia penale: sentenza 1A.250/1998 del 25 giugno 1999, in: Rep. 1999 n. 21 pag. 122 seg., consid. 1d). Dal canto suo, la A. Foundation non può, già di per sé, invocare il diritto di essere sentito di un terzo, censurando proprio il suo mancato coinvolgimento formale nella procedura; la deduzione s'impone a maggior ragione se costui non assume qualità di parte.

Entscheid der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 26. August 2003 i. S. HCMC / «Sex Form S.A.» (2A.154/2003)¹

Internationale Amtshilfe (Art. 38 BEHG); Veröffentlichung der Sanktion nach abgeschlossenem Verfahren; stichprobeweise Auswahl von Transaktionen

- 1 Auch im internationalen Verkehr darf ein Verhalten nach Treu und Glauben vermutet werden (Erw. 3.1 in fine).
- 2 Die Mitgliedschaft in der «International Organization of Securities Commissions (IOSCO)» sowie die Unterzeichnung des multilateralen Memorandum of Understanding der IOSCO sind Indiz für die Vertrauenswürdigkeit des betreffenden Staates. Die Tatsache, dass es theoretisch immer zu Indiskretionen und damit verbundenen Amtsgeheimnisverletzungen kommen kann, lässt die Amtshilfe nicht als unzulässig erscheinen, solange entsprechende Pflichtverletzungen nicht sanktionslos als Regel hingenommen werden (Erw. 3.2.2).
- 3 Die Tatsache, dass nach Abschluss eines nach rechtsstaatlichen Grundsätzen durchgeführten Verfahrens bei einer erstellten Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften die angeordnete Sanktion veröffentlicht wird, berührt den Schutzzweck des Vertraulichkeitsprinzips nicht und vermag deshalb die Amtshilfe nicht auszuschliessen, zumal die Bindung an den Spezialitätsvorbehalt

¹ Sachverhaltszusammenfassung und Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

und das Verbot, die übermittelten Informationen zu anderen als aufsichtsrechtlichen – insbesondere zu nicht rechtshilfefähigen steuerrechtlichen – Zwecken zu benutzen, bestehen bleibt (Erw. 3.2.3).

- 4 Eine stichprobeweise Auswahl von interessierenden Transaktionen steht der Amtshilfe nicht entgegen, falls ein hinreichender aufsichtsrechtlicher Anlass für entsprechende Abklärungen besteht bzw. glaubhaft gemacht ist (Erw. 4.2.1).
- 5 Es genügt für eine Übermittlung, dass Informationen den weiteren aufsichtsrechtlichen Abklärungen im Ausland dienlich sein können. Art. 38 BEHG verlangt keine Parallelität der Sanktionen bzw. der diesen zugrundeliegenden börsenrechtlichen Regulierungen. Die Amtshilfe als Rechtshilfe in Verwaltungssachen ist nicht – im Sinne einer Äquivalenz zum Grundsatz der doppelten Strafbarkeit – an die Voraussetzungen einer analogen aufsichtsrechtlichen Erfassung der Tatbestände gebunden (Erw. 4.2.2).

Entraide administrative internationale (art. 38 LBVM); une publication de la sanction à l'issue de la procédure n'a pas d'influence sur le caractère protecteur du principe de confidentialité; un choix d'échantillons de transactions est autorisé

- 1 Un comportement conforme à la bonne foi peut également être présumé dans les relations internationales (cons. 3.1 in fine).
- 2 Le fait d'être membre de l'«Organisation Internationale des Commissions de Valeurs» (OICV) et d'avoir signé le memoran-

dum of understanding multilatéral de l'OICV constitue un indice permettant de conclure que l'État concerné est digne de confiance. Le fait qu'il soit théoriquement toujours possible que des indiscretions soit commises pouvant entraîner une violation du secret de fonction ne rend pas l'entraide inadmissible tant que les violations correspondantes ne sont pas tolérées de manière régulière sans être sanctionnées (cons. 3.2.2).

- 3 Le fait que soit publiée la sanction prononcée à l'issue d'une procédure conduite dans le respect des principes de l'état de droit, une fois la violation de prescriptions en matière boursière établie, n'a pas d'influence sur le caractère protecteur du principe de confidentialité et ne permet par conséquent pas d'exclure l'entraide administrative. Cela d'autant moins que la réserve de la spécialité et l'interdiction d'utiliser l'information transmise à des fins autres que de surveillance – en particulier dans le domaine fiscal soustrait au champ de l'entraide judiciaire – subsistent (cons. 3.2.3).
- 4 L'entraide administrative n'exclut pas de prendre en considération un échantillon de transactions présentant un intérêt, dans la mesure où existe, respectivement est rendu vraisemblable, un motif de nature prudentiel suffisant pour de tels éclaircissements (cons. 4.2.1).
- 5 Pour qu'il y ait transmission, il suffit que des informations puissent être utiles pour la poursuite des investigations de nature prudentielle à l'étranger. L'art. 38 LBVM ne requiert pas de parallélisme des sanctions ou des réglementations boursières qui sous-tendent celles-ci. L'entraide administrative en tant que

coopération en matière administrative ne dépend pas – dans le sens d’une équivalence au principe de la double incrimination – d’une qualification prudentielle analogue de l’état de fait (cons. 4.2.2).

Assistenza amministrativa internazionale (art. 38 LBVM); la pubblicazione della sanzione alla fine di una procedura non influenza il carattere protettore del principio della confidenzialità; la scelta di campioni di transazioni è autorizzata

- 1 Un comportamento conforme alla buona fede può ugualmente essere presunto nelle relazioni internazionali (cons. 3.1 in fine).
- 2 Il fatto di essere un membro dell’«International Organization of Securities Commissions» (IOSCO/OICV) e di avere sottoscritto il memorandum of understanding multilaterale dell’IOSCO costituisce un indizio che permette di concludere che lo Stato interessato è degno di confidenza. Il fatto che in teoria sia sempre possibile commettere delle indiscrezioni lesive del segreto d’ufficio non rende l’assistenza amministrativa inammissibile, fintanto che queste lesioni non vengano regolarmente tollerate senza essere sanzionate (cons. 3.2.2).
- 3 Il fatto che la sanzione pronunciata alla fine di una procedura condotta nel rispetto dei principi di uno Stato di diritto una volta stabilita la violazione delle regole in materia borsistica sia pubblicata non ha influenza sul carattere protettore del principio della confidenzialità e non permette di conseguenza di escludere l’assistenza amministrativa. Questo a maggior ragione ritenuto

che sussiste la riserva della specialità e dell'interdizione dell'utilizzo dell'informazione trasmessa per degli scopi diversi dalla sorveglianza, in particolare negli ambiti fiscali sottratti dal campo dell'assistenza giudiziaria (cons. 3.2.3).

- 4 L'assistenza amministrativa non esclude di prendere in considerazione un campione delle transazioni che presentano un interesse, nella misura in cui esiste, rispettivamente è reso verosimile, un motivo di natura prudenziale sufficiente per tali chiarimenti (cons. 4.2.1).
- 5 Per una trasmissione è sufficiente che delle informazioni possano servire all'estero per chiarire la fattispecie dal punto di vista della sorveglianza. L'art. 38 LBVM non richiede un parallelismo delle sanzioni o dei regolamenti borsistici su cui esse si basano. L'assistenza amministrativa quale assistenza giudiziaria in ambito amministrativo non è legata – nel senso di un'equivalenza con il principio della doppia punibilità – alle condizioni di una determinazione analoga della fattispecie (cons. 4.2.2).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

A. Die «Hellenic Capital Market Commission (HCMC)» ermittelt im Zusammenhang mit allfälligen Kursmanipulationen betreffend die Aktie der «Sex Form S.A.». Am 11. Februar 2002 ersuchte sie die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) hinsichtlich mehrerer über die Schweiz abgewickelter Transaktionen in diesem Titel um Amtshilfe (Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, BEHG; SR 954.1).

B. Die Bankenkommission verfügte am 20. Februar 2003, dass dem Gesuch entsprochen werde und der «Hellenic Capital Market Commission» Informationen über Transaktionen für die «X. Ltd.», welche ihr Domizil in Y. habe, mitgeteilt würden. Wirtschaftlich berechtigt am Konto der «X. Ltd.» sei A.. Durch diese bzw. B. seien zusätzliche Transaktionen abgewickelt worden, über die die EBK die HCMC ebenfalls informiere. Die Aufträge seien dabei von den Kundinnen selber ausgegangen. Die Bankenkommission wies die «Hellenic Capital Market Commission» darauf hin, dass diese Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet werden dürften (Ziff. 2 des Dispositivs) und jegliche Weiterleitung an andere Behörden – inklusive Strafbehörden und das Ministerium «of National Economy» – ihre erneute vorgängige Zustimmung voraussetze (Ziff. 3 des Dispositivs).

C. Die «X. Ltd.» sowie A. und B. haben hiergegen am 7. April 2003 Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, die Verfügung der Bankenkommission aufzuheben und die Gewährung der Amtshilfe zu verweigern. Sie machen geltend, die griechischen Behörden würden sich nicht an das Amtsgeheimnis halten. Bei ihrem ungenügend begründeten Ersuchen handle es sich um eine «fishing expedition»; im Übrigen finde die angerufene Norm des griechischen Rechts auf den geschilderten Sachverhalt keine Anwendung. Die Eidgenössische Bankenkommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen.

Aus den Erwägungen

3.1. Bei der «Hellenic Capital Market Commission» handelt es sich um eine börsenrechtliche Aufsichtsbehörde, welcher die Bankenkommiss-

sion im Rahmen von Art. 38 BEHG Amtshilfe leisten kann (Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2). Hieran ändert nichts, dass sie nach ihrem nationalen Recht allenfalls verpflichtet ist, die übermittelten Informationen an die Straf(verfolgungs)behörden weiterzuleiten (vgl. BGE 126 II 409 E. 4b/aa S. 412 f.; Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.3). Die «Hellenic Capital Market Commission» hat im Zusammenhang mit dem vorliegenden Ersuchen am 11. Februar 2002 zugesichert, die ihr zur Verfügung gestellten Angaben ausschliesslich zur direkten Überwachung des Effektenhandels und zu dem in ihrem Gesuch genannten Zweck zu verwenden, an das Amts- und Berufsgeheimnis gebunden zu sein und die erhaltenen Informationen weder öffentlich zugänglich zu machen, noch ohne Zustimmung der Bankenkommision an andere Behörden – inklusive Aufsichts- oder Straf(verfolgungs)behörden – weiterzuleiten. Sie hat sich damit verpflichtet, die Angaben nur für ihre aufsichtsrechtlichen Vorabklärungen zu benutzen und – in Abweichung vom entsprechenden EU-Recht (vgl. BGE 125 II 65 E. 9b/bb S. 76 f.) – vor einer Weitergabe an eine andere Instanz immer um die Zustimmung der EBK nachzusuchen. Die Bankenkommision hat ihrerseits einen entsprechenden Vorbehalt in die angefochtene Verfügung aufgenommen (Ziff. 3 des Dispositivs). Es besteht keine Veranlassung, an der Ernsthaftigkeit der Erklärung der HCMC bzw. ihrer damit verbundenen Zusicherung von «best efforts» (Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.3) zu zweifeln und die ausschliessliche und vertrauliche Verwendung der aufsichtsrechtlich erlangten Informationen zu dem im Ersuchen genannten Zweck in Frage zu stellen (vgl. BGE 128 II 407 E. 3.2 S. 411 f.). Auch im internationalen Verkehr darf ein Verhalten nach Treu und Glauben vermutet werden (BGE 128 II 407 E. 4.3.1 S. 414; Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.2).

3.2.1. Zu Unrecht machen die Beschwerdeführerinnen geltend, diese Vermutung sei hinsichtlich der «Hellenic Capital Market Commission» widerlegt, da gestützt auf einen nach dem Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003 in der griechischen Wirtschaftspresse erschienenen Artikel konkrete Anzeichen dafür bestünden, dass sie die von ihr zugesicherte Spezialität und Vertraulichkeit nicht einzuhalten beabsichtige. Zwar kann dem entsprechenden Bericht vom 19. März 2003 entnommen werden, dass die Marktaufsichtsbehörde «gedenke [...] den Namen des Geschäftsmannes anderen Behörden wie zum Beispiel dem Finanzministerium [...] für weitere Untersuchungen weiterzuleiten»; es bestehen aber keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass dies in Missachtung der im entsprechenden Verfahren abgegebenen Zusicherungen geplant wäre. Der Berichterstattung selber sind keine konkreten Angaben vertraulicher Natur zum entsprechenden Verfahren zu entnehmen. Es erscheint im Übrigen fraglich, ob die zitierte Erklärung überhaupt von der «Hellenic Capital Market Commission» stammt. Die Bankenkommission hat die im damaligen Verfahren einverlangten Angaben am 17. März 2003 nach Athen gesandt, so dass die griechische Aufsichtsbehörde tags darauf kaum bereits über den Ausgang des Verfahrens informiert gewesen sein konnte. Zudem ist nicht ersichtlich, welches Interesse sie daran hätte, durch eine entsprechende Erklärung die Einstellung der eben erst angelaufenen Amtshilfe mit der Bankenkommission zu riskieren. Diese ist ihr – in Umsetzung des bundesgerichtlichen Urteils vom 18. Februar 2003 – im Übermittlungsschreiben der EBK unzweideutig für den Fall in Aussicht gestellt worden, dass sie die nach schweizerischem Recht bestehenden und von ihr akzeptierten Bedingungen für die amtshilfweise Überlassung von Informationen nicht beachten sollte. Unter diesen Umständen ist trotz des entsprechenden Artikels zu vermuten, dass sich die «Hellenic Capital Market Commission» an die von ihr gegebenen Zusicherungen halten und im

zwischenstaatlichen Verkehr mit der gebotenen Zurückhaltung operieren wird (BGE 128 II 407 E. 3.2 u. 4.3.3).

3.2.2. An der Sache vorbei geht auch der Einwand, dass der «Hellenic Capital Market Commission» nicht getraut werden könne, da es sich dabei um die Behörde eines Landes handle, «welches gemäss dem anerkannten Korruptionsindex von <Transparency International> den Rang 44 einnimmt» und damit als korrupter einzustufen sei als «Weissrussland, Litauen, Mauritius oder Südkorea». Die «Hellenic Capital Market Commission» ist Mitglied der «International Organization of Securities Commissions (IOSCO)» und hat deren multilaterales Memorandum of Understanding mit den entsprechenden Kontrollen durch ein «Verification Team» unterzeichnet. Die Tatsache, dass es theoretisch immer zu Indiskretionen und damit verbundenen Amtsgeheimnisverletzungen kommen kann, lässt die Amtshilfe nicht als unzulässig erscheinen, solange entsprechende Pflichtverletzungen nicht sanktionslos als Regel hingenommen werden, wofür vorliegend keine Anhaltspunkte bestehen. Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG spricht davon, dass die ersuchende Behörde an das Amtsgeheimnis gebunden sein muss, nicht davon, dass dieses so ausgestaltet zu sein hat, dass es überhaupt nicht verletzt werden kann (Urteil 2A.486/2001 vom 15. März 2002, E. 3.3).

3.2.3. Die Vertraulichkeit des Verfahrens ist schliesslich auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die «Hellenic Capital Market Commission» gegebenenfalls eine von ihr verhängte Administrativsanktion publiziert. Art. 38 BEHG will die Amtshilfe ermöglichen. Der darin vorgesehene Kundenschutz soll sicherstellen, dass dem – nach vertiefter Prüfung – zu Unrecht in ein aufsichtsrechtliches Verfahren einbezogenen Anleger aus diesem kein (weiterer) Nachteil erwächst. Die Tat-

sache, dass nach Abschluss eines nach rechtsstaatlichen Grundsätzen durchgeführten Verfahrens bei einer erstellten Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften die angeordnete Sanktion veröffentlicht wird, berührt diesen Schutzzweck nicht und vermag deshalb die Amtshilfe nicht auszuschliessen, zumal die Bindung an den Spezialitätsvorbehalt und das Verbot, die übermittelten Informationen zu anderen als aufsichtsrechtlichen – insbesondere zu nicht rechtshilfefähigen steuerrechtlichen – Zwecken zu benutzen, bestehen bleibt (vgl. zur Publikation bestimmtes Urteil 2A.136/2003 vom 26. August 2003, E. 3; BGE 128 II 407 E. 4.3.1 u. 4.3.3).

4.1. Wie jedes staatliche Handeln hat auch die Amtshilfe verhältnismässig zu sein (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 S. 417; 125 II 65 E. 6a S. 73). Verboten sind reine Beweisausforschungen («fishing expeditions»). Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte und Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen. Dabei ist zu beachten, dass ihr in der Regel die Überwachung des Marktgeschehens schlechthin obliegt, weshalb an diesem breiten Auftrag zu messen ist, ob ein hinreichender Anlass für die Gewährung der Amtshilfe besteht (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 S. 417; 126 II 409 E. 5a S. 413 f.; 125 II 65 E. 6b S. 73 f.). Die Amtshilfe kennt – anders als die Rechtshilfe (Art. 28 und 76 IRSG; SR 351.1) – keine Formvorschriften, denen das Gesuch zu genügen hätte; dieses muss einzig so abgefasst sein, dass das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die Amtshilfe geprüft werden kann (Urteil 2A.584/1999 vom 30. Juni 2000, E. 3b/bb, veröffentlicht in EBK Bulletin 41/2000 S. 106 ff.). Soweit die Behörden des ersuchenden Staates verpflichtet sind, in diesem Rahmen den massgeblichen Sachverhalt darzulegen, kann von ihnen nicht erwartet werden, dass sie dies lückenlos und völlig widerspruchsfrei tun, sollen doch aufgrund

der einverlangten Informationen und Unterlagen bisher im Dunkeln gebliebene Punkte erst noch geklärt werden (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 S. 417; Urteil 2A.55/2003 vom 17. März 2003, E. 4.1).

4.2.1. Das Ersuchen der griechischen Aufsichtsbehörde ist vorliegend zwar nur summarisch begründet, doch ergibt sich daraus dennoch mit hinreichender Deutlichkeit, in welchem (aufsichtsrechtlichen) Zusammenhang um die erbetenen Auskünfte ersucht wird: Abklärungen der «Hellenic Capital Market Commission» haben ergeben, dass eine Investorengruppe und ein griechischer Finanzintermediär bezüglich dem «Sex Form»- und einem anderen Titel durch abgesprochene Transaktionen manipulativ am Markt aufgetreten sein könnten. Das Amtshilfeersuchen dient dazu, dem Verdacht auf entsprechende Scheingeschäfte nachzugehen. Die Beschwerdeführerinnen haben in dem umstrittenen Titel gehandelt, dessen Wert sich innert zweier Monate mehr als verdoppelt hat, wobei nicht zum Vornherein ausgeschlossen werden kann, dass dies aufgrund von Scheingeschäften geschehen ist. Dies genügt, um die Amtshilfe zu gewähren, und lässt diese nicht als unverhältnismässig erscheinen. Selbst eine stichprobeweise Auswahl von interessierenden Transaktionen steht der Amtshilfe nicht entgegen, falls ein hinreichender aufsichtsrechtlicher Anlass für entsprechende Abklärungen besteht bzw. glaubhaft gemacht ist (vgl. BGE 125 II 65 E. 6b/bb S. 74). Der Gesetzgeber hat die Amtshilfe geschaffen, um den börsenrechtlichen Aufsichtsbehörden zu ermöglichen, zum Schutz der zusehends vernetzten Märkte adäquat und zeitgerecht kooperieren zu können (vgl. BGE 125 II 450 E. 3b S. 457). Auch wenn im Zeitpunkt, in dem die Vorabklärungen aufgenommen werden, aufgrund einer Marktanomalie oder der glaubwürdig begründeten Vermutung einer solchen (BGE 127 II 142 E. 5a) erst abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften

bestehen, bleibt die Amtshilfe zulässig (vgl. BGE 125 II 65 E. 6b/bb S. 74, 450 E. 3b S. 457; Urteil 2A.55/2003 vom 17. März 2003, E. 4.2.1). Es schadet der griechischen Aufsichtsbehörde deshalb nicht, wenn sie in ihrem Ersuchen nicht weiter dargelegt hat, gegen wen sie konkret ermittelt und welche Beweismittel sie bereits beschaffen konnte, zumal die entsprechenden Angaben gegebenenfalls geeignet wären, ihre weiteren Untersuchungen zu gefährden. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerinnen kann nicht gesagt werden, es handle sich deswegen um eine unzulässige «fishing expedition». Einzig für eine Weiterleitung der Angaben an die Straf(verfolgungs)behörden bedürfte es Anhaltspunkte, die eine strafrechtlich relevante Verhaltensweise im Einzelfall mit einer gewissen minimalen Wahrscheinlichkeit nahe legten (BGE 128 II 407 E. 5.3.1 S. 419 f. mit Hinweisen). Da eine solche Weitergabe zurzeit nicht zur Diskussion steht und die Bankenkommission darüber erst noch zu verfügen hätte (BGE 125 II 69 E. 10 S. 77 ff.), erübrigt es sich, hierauf weiter einzugehen. Unter diesen Umständen spielt es auch keine Rolle, ob die Mitteilung der entsprechenden Informationen – wie die Bankenkommission in ihrer Vernehmlassung behauptet – gegen Art. 9 und 10 des Presidential Decree 53/1992 verstossen würde, was die Beschwerdeführerinnen gestützt auf das von ihnen am 14. August 2003 eingereichte Gutachten bestreiten.

4.2.2. Nach der Rechtsprechung ist es Aufgabe der ausländischen Behörde über die Begründetheit ihres Verdachts zu entscheiden; dessen Berechtigung bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens, verfügt die Bankenkommission in der Regel doch nicht über die zu einer umfassenden Beurteilung nötigen Informationen (BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419; 127 II 142 E. 5a S. 145). Dies gilt auch in Bezug auf die möglicherweise verletzten ausländischen Vorschriften. Weder die Bankenkommission noch das Bundesgericht haben sich im Rahmen

des Amtshilfeverfahrens auf juristische Diskussionen zu Streitfragen hinsichtlich der Auslegung des ausländischen Rechts einzulassen (Urteile 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.4, und 2A.234/2000 vom 25. April 2001, E. 2a, veröffentlicht in: EBK-Bulletin 42/2002 S. 61 ff.). Missbräuchliche Ersuchen vorbehalten, ist weder gemäss den amts- noch den rechtshilferechtlichen Regeln der Strafbarkeit im ersuchenden Staat im Detail nachzugehen (BGE 128 II 407 E. 5.3.2 S. 420; BGE 126 II 409 E. 6c/bb S. 422). Dementsprechend ist im vorliegenden Verfahren weder zu prüfen, ob das Amtshilfeersuchen gegen das griechische Datenschutzgesetz (Gesetz Nr. 2742/1997) verstösst, noch, ob die vermuteten Kursmanipulationen tatsächlich unter den von der «Hellenic Capital Market Commission» angerufenen Art. 72 Abs. 2 des Law 1969/1991 fallen, der sich nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen (und des von ihnen eingeholten Gutachtens) bloss auf die Veröffentlichung und Verbreitung von falschen Informationen bezieht. Kursmanipulationen der von der griechischen Aufsichtsbehörde geschilderten Art («prearranged trades») sind unabhängig davon, ob sie strafrechtlich verfolgt werden können, aufsichtsrechtlich von Interesse, zumal wenn sich die entsprechenden Ermittlungen nicht nur gegen Kunden, sondern – wie hier – offenbar auch gegen einen Intermediär richten. Sie rechtfertigen so oder anders die amtshilfeweise Übermittlung von Informationen, die den weiteren aufsichtsrechtlichen Abklärungen im Ausland dienlich sein können (vgl. BGE 125 II 65 E. 5b S. 73 mit Hinweis). Art. 38 BEHG verlangt keine Parallelität der Sanktionen bzw. der diesen zugrundeliegenden börsenrechtlichen Regulierungen. Die Amtshilfe als Rechtshilfe in Verwaltungssachen ist nicht – im Sinne einer Äquivalenz zum Grundsatz der doppelten Strafbarkeit – an die Voraussetzungen einer analogen aufsichtsrechtlichen Erfassung der Tatbestände gebunden (BGE 126 II 409 E. 6c/bb S. 422). Ob hinsichtlich der «trade-based»-Manipulationen im griechischen Recht – wie die

Beschwerdeführerinnen behaupten – eine Lücke besteht (vgl. aber immerhin Art. 34 lit. a des Law 3632 of 17/26 July 1928 «on stock exchanges» sowie nunmehr auch Art. 1 Ziff. 2 lit. a und b der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation [Marktmissbrauch], in Kraft seit dem 12. April 2003), ist nicht im schweizerischen Amtshilfeverfahren, sondern gegebenenfalls im griechischen Aufsichtsverfahren zu prüfen. Die Beschwerdeführerinnen werden den entsprechenden Einwand dort erheben müssen, sollte es zu Sanktionen ihnen gegenüber kommen.

5.1. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde somit unbegründet und deshalb abzuweisen.

Entscheid der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 5. Dezember 2003 i. S. BaFin / «Wella AG» (2A.519/2003)¹

Internationale Amtshilfe (Art. 38 BEHG); Anfangsverdacht

- 1 Es genügt, wenn sich aufgrund der Sachverhaltsschilderung der ersuchenden Behörde, die nicht offensichtlich fehler- oder lückenhaft oder widersprüchlich erscheint, hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Transaktionen wegen der Weitergabe vertraulicher Informationen vorgenommen worden sein könnten (Anfangsverdacht) (Erw. 2.1).
- 2 Gelingt es den an den kritischen Transaktionen beteiligten, ins Aufsichtsverfahren einbezogenen Personen nicht, den Anfangsverdacht klarerweise und entscheidend zu entkräften, ist die Amtshilfe zu gewähren (Erw. 2.1).
- 3 Die Tatsache, dass bereits seit einiger Zeit Gerüchte über eine solche Übernahme kursieren, genügt nicht, einen entsprechenden Anfangsverdacht klarerweise zu entkräften (Erw. 2.2.2).

Entraide administrative internationale (art. 38 LBVM); soupçon initial

- 1 Il suffit que la description des faits par l'État requérant ne paraisse pas manifestement fausse, lacunaire ou contradictoire et qu'il en ressorte des indices suffisants que les transactions au-

¹ Sachverhaltszusammenfassung und Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst.

raient pu être effectuées en raison de la remise des informations confidentielles (suspçon initial) (cons. 2.1).

- 2 L'entraide doit être accordée dans la mesure où les personnes ayant participé à la réalisation des transactions critiques et étant impliquées dans la procédure ne parviennent pas à réfuter de manière claire et décisive le suspçon initial (cons. 2.1).
- 3 Le fait que des bruits courent depuis déjà un certain temps à propos d'un tel rachat ne suffit pas à réfuter de manière claire un suspçon initial correspondant (cons. 2.2.2).

Assistenza amministrativa internazionale (art. 38 LBVM); sospetto iniziale

- 1 È sufficiente che la descrizione dei fatti inoltrata dallo Stato richiedente non sia manifestamente sbagliata, lacunosa o contraddittoria e che contenga degli indizi sufficienti secondo i quali le transazioni possano essere state effettuate grazie alla ricezione di informazioni confidenziali (sospetto iniziale) (cons. 2.1).
- 2 L'assistenza deve essere accordata allorché le persone che hanno partecipato alla realizzazione delle transazioni critiche e che sono implicate nella procedura non sono in grado di invalidare in modo chiaro e decisivo il sospetto iniziale (cons. 2.1).
- 3 Il fatto che dei rumori a proposito di un tale acquisto siano stati in circolazione già da qualche tempo non è sufficiente per invalidare in modo chiaro un sospetto iniziale corrispondente (cons. 2.2.2).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

1.1. Am Morgen des 18. März 2003 gaben die Wella AG und die Procter & Gamble GmbH bekannt, dass es zwischen den Familienaktionären der Wella AG und der Procter & Gamble GmbH zum Abschluss eines Vertrags über den Erwerb von 77,6% der stimmberechtigten Wella-Aktien gekommen sei.

1.2. Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ersuchte am 30. Juni 2003 die Eidgenössische Bankenkommision um die Bekanntgabe der Identität des Auftraggebers der Y. & Co. AG betreffend Käufe und Verkäufe von Wella-Aktien und um die Übermittlung der Unterlagen zu den entsprechenden Transaktionen. Die Y. & Co. AG teilte der Bankenkommision mit, dass es sich bei diesem Kunden um X. handle. Aus den Bankunterlagen ging hervor, dass dieser am 17. März 2003 insgesamt 1000 Wella-Aktien zu einem Preis von EUR 73.74 bzw. 73.75 gekauft und am 18. März 2003 zu einem Preis von EUR 90.59 bzw. 90.60 wieder verkauft hatte.

Nachdem X. am 4. August 2003 zum Amtshilfebegehren Stellung genommen hatte, erging am 22. September 2003 eine Verfügung der Amtshilfekammer der Eidgenössischen Bankenkommision, womit diese sich bereit erklärte, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht Amtshilfe zu gewähren und ihr die Informationen über die Transaktionen vom 17. und 18. März 2003 zu übermitteln (Ziff. 1 des Verfügungsdispositivs). Die deutsche Behörde wurde darauf hingewiesen, dass die Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung des Börsen- und Effektenhandels verwendet werden dürften (Ziff. 2 des Verfügungsdispositivs) und dass die Weiterleitung an Zweitbehörden gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom

24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) der Zustimmung durch die Eidgenössische Bankenkommision bedürfe, wobei die Zustimmung vor einer allfälligen Weiterleitung einzuholen sei (Ziff. 3 des Verfügungsdispositivs).

1.3. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 27. Oktober 2003 beantragt X., die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommision vom 22. September 2003 sei aufzuheben und es sei dieser zu verbieten, auf Grund dieser aufgehobenen Verfügung irgendwelche Amtshilfehandlungen vorzunehmen. Die Vorinstanz beantragt kostenfällige Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

1.4. Mit Verfügung vom 30. Oktober 2003 hat der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung das in der Beschwerdeschrift gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung als gegenstandslos erklärt.

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Wie jedes staatliche Handeln muss auch die Amtshilfe verhältnismässig sein (BGE 125 II 65 E. 6a S. 73). Verboten sind reine Beweisausforschungen («fishing expeditions»), wobei indessen nicht die gleichen strengen Regeln gelten können wie bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Es ist zu beachten, dass der ausländischen Aufsichtsbehörde in der Regel die Überwachung des Marktgeschehens schlechthin obliegt, weshalb an diesem breiten Auftrag zu messen ist, ob ein hinreichender Anlass für die Gewährung der Amtshilfe besteht. Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten

Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen. Die Bankenkommission ihrerseits hat sich nicht darüber auszusprechen, ob die im Ersuchen genannten Tatsachen zutreffen oder nicht; insbesondere hat sie nicht abzuklären, ob tatsächlich Insider-Informationen ausgenutzt wurden oder nicht. Es genügt, wenn sich aufgrund der Sachverhaltsschilderung der ersuchenden Behörde, die nicht offensichtlich fehler- oder lückenhaft oder widersprüchlich erscheint, hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Transaktionen wegen der Weitergabe vertraulicher Informationen vorgenommen worden sein könnten (Anfangsverdacht); dabei ist insbesondere der enge zeitliche Zusammenhang zwischen einem umstrittenen Geschäft und der öffentlichen Bekanntgabe von bis dahin vertraulichen Informationen von Bedeutung. Die weiteren, eigentlichen Abklärungen obliegen der ausländischen Aufsichtsbehörde; erst sie hat die ihr amtshilfweise gelieferten Informationen im Zusammenhang mit eigenen weiteren Abklärungen umfassend zu würdigen. Gelingt es den an den kritischen Transaktionen beteiligten, ins Aufsichtsverfahren einbezogenen Personen nicht, den Anfangsverdacht klarerweise und entscheidend zu entkräften, ist die Amtshilfe zu gewähren (zum Ganzen: BGE 128 II 407 E. 5.2.1 und 5.2.3 S. 417 ff.; 127 II 142 E. 5a S. 145, je mit weiteren Hinweisen).

2.2.

2.2.1. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, es bestünden Anzeichen dafür, dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vorliegend nicht mit «offenem Visier» vorgehe und eine Umgehung der strengeren Regelung der Rechtshilfe in Strafsachen beabsichtige.

Die Bankenkommission hat die Bundesanstalt ausdrücklich darauf hingewiesen (Ziff. 2 des Verfügungsdispositivs), dass die Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet werden dürfen. Das Bundesgericht hatte bereits Gelegenheit festzustellen, dass bei Amtshilfe an die deutsche Aufsichtsbehörde die Einhaltung sowohl des Spezialitätsprinzips wie auch des Prinzips der langen Hand in genügendem Ausmass gewahrt bleiben (Urteile 2A.486/2001 vom 15. März 2002 E. 3.2 und 3.3 sowie 2A.162/2001 vom 10. Juli 2001, je in Verbindung mit BGE 125 II 65 E. 9b/aa S. 76 und BGE 125 II 450 E. 3b und c S. 458). Der Beschwerdeführer vermag nichts vorzubringen, was eine andere Beurteilung nahe lege. Insbesondere genügen hiefür die Behauptungen über ein angebliches einseitiges Vorgehen der deutschen Behörde nur gegen ihn nicht (s. dazu auch nachfolgend E. 2.2.2 am Ende).

2.2.2. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit macht der Beschwerdeführer geltend, die Bankenkommission habe – in Missachtung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör – seine Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen, die geeignet seien, den Anfangsverdacht zu beseitigen bzw. das Vorliegen einer unzulässigen «fishing expedition» zu belegen.

In seiner Stellungnahme an die Bankenkommission vom 4. August 2003 legte der Beschwerdeführer dar, dass er, aufgrund verbreiteter zirkulierender Gerüchte, bereits Ende Februar 2003 bei seiner Düsseldorfer Hausbank Wella-Aktien gekauft habe. Dass er gerade am 17. März 2003 weitere Aktien kaufte, wertete er als Zufall. Schliesslich äusserte er den Verdacht, dass die deutsche Behörde die Veräusserung der Wella AG dazu benutzen wolle, um an die Adresse von Personen zu kommen, die in der Schweiz Konten unterhielten; dies schloss er daraus, dass bei

seiner Hausbank, bei welcher weitere Aktiengeschäfte betreffend der Wella AG durchgeführt worden seien, keine einzige Anfrage wegen Insider-Informationen eingegangen sei. Der Beschwerdeführer verkennt, dass der Aktienkauf einen Tag vor der Übernahme der Wella AG durch B. GmbH ein sehr gewichtiges Indiz für ein Insidergeschäft darstellt. Der Tatsache, dass bereits seit einiger Zeit Gerüchte über eine solche Übernahme kursierten, wird die deutsche Aufsichtsbehörde Rechnung zu tragen haben, sie genügt hingegen nicht, einen entsprechenden Anfangsverdacht klarerweise zu entkräften (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419; 127 II 142 E. 7b/aa S. 334; Urteil 2A.486/2001 vom 15. März 2002 E. 4.2.2). Im Hinblick auf das Bestehen des Anfangsverdachts unbehelflich ist die Behauptung, die deutsche Aufsichtsbehörde gehe einseitig nur gegen den Beschwerdeführer vor. Im Übrigen ist die Behauptung durch nichts belegt, vermochte sich der Beschwerdeführer doch durch bloße Rückfrage bei seiner Hausbank, die ihm gegenüber diesbezüglich wohl ohnehin zur Verschwiegenheit verpflichtet wäre, kein umfassendes Bild zu verschaffen. Dass die Bankenkommission unter diesen Umständen die Amtshilfenvoraussetzungen bejahte, ohne ausführlicher auf die Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen, ist nicht zu beanstanden.

2.3. Die Voraussetzungen zur Gewährung der Amtshilfe sind damit in jeder Hinsicht erfüllt. Ergänzend ist nebst auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung auf die Ausführungen in der Vernehmlassung der Bankenkommission zu verweisen (Art. 36a Abs. 3 OG).

2.4. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als offensichtlich unbegründet und ist im vereinfachten Verfahren (Art. 36a OG) abzuweisen.

**Arrêt de la II^e Cour de droit public du Tribunal fédéral
du 30 juillet 2004 dans la cause X. International (USA) et X. SA
en liquidation (2A.573/2003)**

Mise en liquidation d'une société pour exercice illicite d'une activité de négociant; qualité pour recourir contre la décision de la CFB; possibilité de contrôler la licéité de la décision dans le cadre d'une procédure en responsabilité contre l'État

- 1 A qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En principe, un intérêt digne de protection n'est donné que s'il existe encore au moment où le jugement est rendu. Tel n'est pas le cas lorsque le préjudice découlant de la décision attaquée ne peut plus être supprimé même en cas d'admission du recours (consid. 1).
- 2 Les organes d'une société mise en liquidation ont la possibilité de recourir pour l'entreprise contre une décision de la CFB malgré le retrait de leurs pouvoirs de représentation. En revanche, l'actionnaire unique ou majoritaire n'a en règle générale pas qualité pour recourir en son nom propre. Il en va de même de l'administrateur ou du représentant de la société, auquel les pouvoirs de représentation ont été enlevés dans la décision attaquée, car il s'agit alors d'un simple effet indirect de la liquidation contestée (consid. 2.1).
- 3 Lorsque la faillite d'une société mise en liquidation par la CFB a été prononcée et est entrée en force, le préjudice lié à la décision de la CFB attaquée (liquidation) ne peut plus être supprimé. La

société recourante ne pourrait alors conserver un intérêt actuel à ce que la cause soit jugée que si la décision pouvait créer les conditions d'une révocation de la faillite (consid 2.2).

- 4 Le principe selon lequel la légalité de décisions passées en force ne peut plus être contrôlée dans la procédure en responsabilité doit éviter que des questions jugées définitivement dans la procédure administrative ne soient soulevées à nouveau dans le procès en responsabilité. Si un recours ne permet pas de corriger la décision contestée mais ne conduit plus qu'à la constatation éventuelle de son illicéité, l'examen de la décision incriminée reste admissible dans le procès en responsabilité contre l'État, même si la possibilité de recours n'a pas été utilisée (consid. 2.3).

Liquidation einer Gesellschaft infolge unerlaubter Händlertätigkeit; Legitimation zur Beschwerde gegen den Entscheid der EBK; Möglichkeit der Überprüfung der Rechtmässigkeit des Entscheids der EBK im Verantwortlichkeitsverfahren

- 1 Zur Beschwerde befugt ist, wer vom angefochtenen Entscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat. Grundsätzlich hat das Rechtsschutzinteresse im Urteilszeitpunkt noch zu bestehen. Ein schutzwürdiges Interesse besteht nicht, falls der mit dem angefochtenen Entscheid verbundene Nachteil auch bei einer Gutheissung der Beschwerde nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte (Erw. 1).

- 2 Die Organe einer Gesellschaft in Liquidation können namens der Gesellschaft Beschwerde erheben trotz des Entzugs ihrer Handlungsbefugnis. Dahingegen ist der Allein- oder Mehrheitsaktionär grundsätzlich nicht zur Beschwerde im eigenen Namen befugt. Das Gleiche gilt für den Verwalter oder Vertreter der Gesellschaft, dem die Vertretungsbefugnis entzogen wurde, handelt es sich dabei doch bloss um eine mittelbare Wirkung des Liquidationsentscheids (Erw. 2.1).

- 3 Eröffnete die EBK über eine Gesellschaft rechtskräftig den Konkurs, kann der mit dem angefochtenen, vorgängigen Liquidationsentscheid verbundene Nachteil ohnehin nicht mehr rückgängig gemacht werden. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Gesellschaft bestünde nur, falls das Urteil über den Liquidationsentscheid anschliessend den Widerruf des Konkurses ermöglichen würde (Erw. 2.2).

- 4 Der Grundsatz, wonach ein rechtskräftiger Entscheid im Verantwortlichkeitsverfahren nicht mehr überprüft werden kann, soll verhindern, dass im Verwaltungsverfahren endgültig beurteilte Fragen im Verantwortlichkeitsverfahren erneut aufgeworfen werden. Falls auf Beschwerde hin jedoch höchstens die Widerrechtlichkeit eines Entscheids festgestellt werden kann, der erlittene Nachteil jedoch nicht mehr rückgängig zu machen ist, darf der nachteilige Entscheid im Verantwortlichkeitsverfahren überprüft werden, sogar wenn er nicht angefochten wurde (Erw. 2.3).

Liquidazione di una società per esercizio illecito di un'attività di negoziante di valori mobiliari; qualità per ricorrere contro la decisione della CFB; possibilità di controllo della liceità della decisione nel quadro di una procedura di responsabilità contro lo Stato

- 1 La qualità per ricorrere è riconosciuta a chiunque è lesa dalla decisione inficiata e ha un interesse degno di protezione affinché questa sia annullata o modificata. In principio, un interesse degno di protezione è dato unicamente se esiste ancora al momento della decisione. Questo non è il caso se il pregiudizio risultante dalla decisione inficiata non può essere soppresso nemmeno in caso di accettazione del ricorso (consid. 1).
- 2 Gli organi di una società messa in liquidazione hanno la possibilità di ricorrere per conto dell'impresa contro una decisione della CFB nonostante il ritiro dei loro poteri di rappresentanza. Al contrario, l'azionista unico o di maggioranza non ha di regola la qualità per ricorrere in nome proprio. Lo stesso vale per l'amministratore o il rappresentante della società ai quali sono stati tolti il potere di rappresentanza nella decisione inficiata, perché si tratta di un semplice effetto indiretto della liquidazione contestata (consid. 2.1).
- 3 Quando il fallimento di una società messa in liquidazione dalla CFB è stato pronunciato e è entrato in forza, il pregiudizio legato alla decisione della CFB inficiata (liquidazione) non può più essere soppresso. La società ricorrente conserva un interesse attuale affinché la vertenza venga giudicata unicamente se la decisione crea le condizioni di una revoca del fallimento (consid. 2.2).

- 4 Il principio secondo il quale la legalità della decisione cresciuta in giudicato non può più essere controllata nella procedura in responsabilità deve evitare che delle domande giudicate in modo definitivo nella procedura amministrativa siano sollevate nuovamente nella procedura di responsabilità. Se un ricorso non permette di correggere la decisione inficiata ma conduce unicamente alla constatazione eventuale della sua illegalità, l'esame della decisione incriminata resta ammissibile nella procedura di responsabilità contro lo Stato, anche se la facoltà di ricorso non è stata utilizzata. (consid. 2.3).

Résumé des faits

Le 25 octobre 2002, R. a adressé à la Commission fédérale des banques une dénonciation selon laquelle X. SA, à Genève, soit sa société-mère X. International (USA), pourrait exercer en Suisse une activité soumise à autorisation selon la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1). Simultanément, R., agissant comme organe de révision de X. SA, a avisé le Tribunal de première instance de Genève que cette société était en situation de surendettement manifeste (art. 729b al. 2 CO).

Après les premières investigations usuelles, la Commission fédérale des banques a, par décision superprovisoire du 14 juillet 2003, désigné comme observateur O., à Lausanne, avec mission d'examiner les activités effectivement exercées par X. SA, soit par la société la dominante X. International (USA). Cette décision comportait également diverses mesures conservatoires (blocage de comptes, interdiction d'activité commerciale...).

Le 20 août 2003, O. a remis son rapport à la Commission fédérale des banques. Cette dernière constata alors par décision du 23 octobre 2003 que X. SA et X. International (USA) (celle-ci par l'intermédiaire de sa succursale à Genève, sise dans les locaux de X. SA), dont les activités se confondaient, exerçaient sans autorisation une activité de négociant en valeurs mobilières (maison d'émission) tombant sous le coup de la loi sur les bourses, sans que l'autorisation nécessaire puisse leur être accordée après coup. Dès lors, X. SA et X. International, succursale de Genève, à inscrire au Registre du commerce de Genève, étaient dissoutes et mises en liquidation avec effet immédiat. Les frais de l'observateur étaient mis à la charge des deux sociétés, solidairement entre elles.

Agissant le 27 novembre 2003 par la voie du recours de droit administratif, X. SA, X. International (USA), ainsi qu'A. comme ayant-droit économique, ont requis le Tribunal fédéral d'annuler la décision de la Commission fédérale des banques du 23 octobre 2003, de constater que les organes de X. SA et de X. International peuvent exercer tout acte juridique pour lesdites sociétés, d'ordonner au Registre du commerce du canton de Genève de procéder à la radiation de l'inscription de la dissolution et de la liquidation de X. SA, ainsi qu'à la radiation de l'inscription de X. International, succursale de Genève, de sa dissolution et de sa liquidation, d'ordonner à la Commission fédérale des banques de mettre fin au mandat d'O. et d'ordonner la restitution des frais payés à l'observateur O. Au surplus, ils ont requis l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Entre-temps, soit le 6 novembre 2003, la faillite de X. SA a été prononcée, décision contre laquelle un recours a été déposé le 17 novembre 2003 à la Cour de justice du canton de Genève.

La Commission fédérale des banques a conclu le 23 janvier 2004 au rejet du recours.

La Cour de justice de Genève ayant confirmé le 26 février 2004 l'ouverture de la faillite à l'encontre de X. SA, les parties et l'Office des faillites du canton de Genève ont été invités à se déterminer sur le fait que le recours pouvait cas échéant être considéré comme devenu sans objet. L'administration de la faillite a renoncé à prendre position sur le fond et informé le Tribunal fédéral de ce que la faillite de X. International, succursale de Genève, avait été prononcée par la Cour de justice de Genève le 3 juin 2004. Les recourants ont demandé le 25 juin 2004 que la procédure soit poursuivie, en maintenant leurs conclusions. La Commission fédérale des banques a conclu le 29 juin 2004 à ce que la procédure devant le Tribunal fédéral soit rayée du rôle comme devenue sans objet.

Extrait des considérants

1. Les décisions en matière de surveillance rendues par la Commission fédérale des banques en application de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières peuvent être portées devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif (art. 39 LBVM en relation avec l'art. 98 lettre f OJ). Selon l'art. 103 lettre a OJ, a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En principe, un intérêt digne de protection n'est donné que s'il existe encore au moment où le jugement est rendu (cf. ATF 128 II 34 consid. 1b; 123 II 285 ss; 118 Ib 356 consid. 1a; 111 Ib 56 consid. 2a avec références). Tel n'est pas le cas lorsque le préjudice découlant de la

décision attaquée ne peut plus être supprimé même en cas d'admission du recours (cf. ATF 118 Ia 488 consid. 1a; arrêt 2A.443/1995 du 6 novembre 1995, consid. 1b). Si l'intérêt actuel existe au moment du dépôt du recours mais disparaît au cours de la procédure, celle-ci doit être rayée du rôle comme devenue sans objet (art. 72 PCF en relation avec l'art. 40 OJ), à moins qu'il n'y ait lieu exceptionnellement de faire abstraction de l'intérêt actuel, s'agissant d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi au contrôle de la Cour suprême (ATF 128 II 34 consid. 1b avec références). Il n'en va pas ainsi en l'espèce, dès lors que le Tribunal fédéral a déjà eu à réitérées reprises l'occasion de se prononcer en temps utile sur les pouvoirs de surveillance de la Commission fédérale des banques et de définir les activités sujettes à autorisation selon la loi sur les bourses.

2.

2.1. D'après la jurisprudence, les organes d'une société mise en liquidation sont autorisés, malgré le retrait des pouvoirs de représentation par la Commission fédérale des banques dans sa décision, à attaquer celle-ci pour l'entreprise concernée par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral (voir ATF 98 Ib 269 consid. 1). En revanche, l'actionnaire unique ou majoritaire n'a en règle générale pas qualité pour recourir en son nom propre (ATF 125 II 65 consid. 1; 116 Ib 331 consid. 1c). Il en va de même de l'administrateur ou du représentant de la société, auquel les pouvoirs de représentation ont été enlevés dans la décision attaquée, car il s'agit alors d'un simple effet indirect de la liquidation contestée (cf. consid. 2b/aa non publié de l'ATF 126 II 71). A. n'a donc pas qualité pour recourir en l'espèce à titre personnel,

même si sa gestion est mise en cause dans la décision attaquée (voir à cet égard consid. 2.4 ci-dessous).

2.2. La faillite de X. SA et de X. International, succursale de Genève, a été prononcée et est maintenant entrée en force. Dès lors que celles-ci doivent maintenant être de toute façon liquidées (voir Ammon/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7^e éd., Berne 2003, § 41 n. 3; ATF 117 III 39 consid. 3b), le préjudice lié à la décision attaquée (liquidation) ne peut plus être supprimé. Certes, X. International (USA), est recourante; toutefois, cette société se confond pratiquement avec X. SA, soit avec X. International, succursale de Genève, de sorte que la considération qui précède vaut également pour elle. Les recourantes ne pourraient conserver un intérêt actuel à ce que la cause soit jugée que si la décision pouvait créer les conditions d'une révocation de la faillite (voir art. 195 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1; consid. 2b/cc non publié de l'ATF 126 II 71, où la question a été laissée ouverte). Les recourantes ne le prétendent cependant pas dans leur prise de position du 25 juin 2004 (voir ch. 6c), mais indiquent simplement qu'une société en faillite continue d'exister jusqu'à la clôture de la faillite, élément qui ne suffit pas à lui seul pour admettre en l'espèce la persistance d'un intérêt actuel. Au vu du dossier, une révocation de la faillite apparaît au surplus peu réaliste (voir sur la situation et l'arrière-plan de la faillite les lettres d'O. des 3 et 7 novembre 2003; d'une manière générale à ce sujet, Alexander Brunner, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, SchKG-Kommentar, Bâle/Genève/Munich 1998, ad art. 195).

2.3. Il n'en va pas différemment en ce qui concerne l'objection des recourantes, selon lesquelles un intérêt actuel subsisterait par rapport à une éventuelle procédure en responsabilité de l'État ou par rapport

à une procédure pénale concernant ses organes pour activité illégale comme négociants en valeurs mobilières (voir ATF 118 Ia 488 consid. 1c). Le principe selon lequel la légalité de décisions passées en force ne peut plus être contrôlée dans la procédure en responsabilité doit éviter que des questions jugées définitivement dans la procédure administrative ne soient soulevées à nouveau dans le procès en responsabilité. Si un recours ne permet pas de corriger la décision contestée mais ne conduit plus qu'à la constatation éventuelle de son illicéité, l'examen de la décision incriminée reste admissible dans le procès en responsabilité contre l'État, même si la possibilité de recours n'a pas été utilisée (voir ATF 129 I 139 consid. 3.1 avec références). À partir du moment où X. SA et X. International, succursale de Genève, se trouvent en faillite et qu'un arrêt du Tribunal fédéral ne pourrait aboutir dans son résultat qu'à la constatation d'une éventuelle illicéité des dispositions prises par la Commission fédérale des banques, le problème devra être cas échéant examiné dans une éventuelle procédure en responsabilité. Par ailleurs, la question de savoir si les organes des recourantes ont commis des infractions au plan pénal n'est directement l'objet ni de la décision attaquée ni de la présente procédure. L'obligation de demander une autorisation pour l'activité incriminée devra donc être au besoin examinée à titre préjudiciel dans une éventuelle procédure pénale. Il en va de même dans la mesure où les recourantes voudraient parer, par une décision dans la présente procédure, à d'éventuelles actions en responsabilité de tiers contre les sociétés ou leurs organes.

2.4. A., qui n'est habilité à recourir ni comme actionnaire unique ou majoritaire, ni comme organe des recourantes précédemment autorisé à les représenter (consid. 2.1), ne peut dès lors pas non plus faire valoir un intérêt actuel à ce que le recours soit traité pour obtenir en quelque

sorte une réhabilitation dans sa bonne réputation. Certes, au chiffre 38 de la décision attaquée, la Commission fédérale des banques a constaté qu'A., en tant que président du conseil d'administration de X. SA et Chairman de X. International, succursale de Genève, avait démontré une totale méconnaissance des règles applicables pour l'exercice d'une activité de négociant; son expérience professionnelle avait été effectuée dans le cadre de la constitution ou de la gestion de plusieurs sociétés dont l'activité s'était soldée par une faillite, ce qui permettait de douter qu'il remplisse la condition de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable. Cependant, la procédure n'était pas dirigée directement contre A. La constatation faite par la Commission fédérale des banques se rapportait à l'exercice concret de sa fonction dans les sociétés tombées en faillite dans l'intervalle. Si l'intéressé entendait à l'avenir exercer une activité soumise à autorisation, ses qualifications devraient alors être examinées de manière séparée et faire l'objet d'une décision. Les connaissances professionnelles nécessaires, soit les conditions pour l'exercice d'une activité irréprochable, se définissent chaque fois dans le cas concret en tenant compte de la nature de la fonction à occuper, comme de la grandeur et du genre d'activités de l'entreprise soumise à autorisation (voir arrêt 2A.261/2004 du 27 mai 2004, consid. 1).

2.5. Les recourantes font encore valoir un intérêt actuel au jugement de leur recours en ce qui concerne les montants totalement disproportionnés selon elles demandés par l'observateur pour son activité. À cet égard, le recours n'est pas suffisamment motivé, car il se limite à demander le remboursement des frais payés à l'observateur sans autres explications, alors que celles-ci sont une condition d'entrée en matière (art. 108 al. 2 OJ; cf. ATF 118 Ib 134; arrêt 2A.58/2004 du 21 mai 2004, consid. 2.2). De son côté, l'Office des faillites n'a pas présenté de

conclusions dans ce sens. De toute façon, la désignation d'un observateur était matériellement justifiée, de sorte que ses prestations doivent être dédommagées. Dans la procédure d'examen d'une activité soumise à autorisation, les recourantes ont donné des indications incomplètes et contradictoires sur leurs activités et ont elles-mêmes admis partiellement qu'il y avait matière à autorisation, ce qu'elles ont ensuite à nouveau contesté, de sorte que l'état de fait devait être établi par un contrôle sur place, les recourantes devant en supporter les frais dans le cadre des coûts normalement pratiqués (voir arrêt 2A.119/2002 du 11 décembre 2002, consid. 3.6; arrêt 2A.111/2004 du 15 juillet 2004 destiné à la publication, consid. 2.2 et 4; ATF 126 II 111 consid. 4d; arrêt 2A.65/2002 du 22 mai 2002, consid. 4.2 publié in: Bulletin CFB 43/2003 p. 15). Même si leurs activités n'avaient pas été soumises à autorisation, elles auraient dû dédommager l'observateur pour son activité (cf. ATF 126 II 111 consid. 4d).

2.6. Vu ce qui précède, l'intérêt actuel à ce qu'une décision soit rendue n'existe plus, sauf en ce qui concerne les frais de l'administrateur, ce grief étant mal fondé dans la mesure où il est recevable (consid. 2.5).

Par conséquent, le recours de droit administratif doit, en ce qui concerne les frais de l'administrateur, être rejeté dans la mesure où il est recevable. Pour le surplus, il convient de constater que le recours est devenu sans objet et que la cause doit être rayée du rôle.

2.7. Lorsque la cause est devenue sans objet, le Tribunal fédéral statue sur les frais de la procédure par une décision sommairement motivée, en tenant compte de l'état de choses existant avant le fait qui met fin au litige (art. 40 OJ en relation avec l'art. 72 PCF). Dans ce cadre, il n'y a pas lieu d'examiner en détail quelle eût été normalement l'issue du

procès. Il convient de procéder simplement à une appréciation sommaire au vu du dossier. La décision sur les frais n'équivaut pas à un jugement matériel et ne doit, selon les circonstances, pas préjuger d'une question juridique délicate. Si l'issue probable de la procédure dans le cas concret ne peut être établie sans plus ample examen, il convient d'appliquer par analogie les critères valables en procédure civile. En conséquence, les frais et dépens seront supportés en premier lieu par la partie qui a provoqué la procédure devenue sans objet ou chez qui sont intervenues les causes qui ont conduit à ce que cette procédure devienne sans objet (cf. ATF 118 Ia 488 consid. 4a).

2.8. En l'occurrence, la procédure est devenue sans objet en raison du surendettement de X. SA et de X. International, succursale de Genève, et de la faillite en résultant. Dès lors, les recourantes, de même qu'A., doivent supporter les frais de la procédure devant le Tribunal fédéral et n'ont pas droit à des dépens.

De plus, au vu d'un examen sommaire du dossier, le recours aurait probablement été rejeté dans la mesure où il était recevable. Sont réputés maisons d'émission les négociants qui, à titre professionnel, prennent ferme ou à la commission des valeurs mobilières émises par des tiers et les offrent au public sur le marché primaire (art. 3 al. 2 de l'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; RS 954.11). Dans le cas particulier, le caractère public de l'offre n'est pas contesté, pas plus que le caractère professionnel de l'activité exercée à titre principal par les sociétés X. dans le domaine financier. Il est toutefois allégué que les sociétés X. n'achetaient ni ne revendaient des titres, mais offraient uniquement une aide logistique et de conseil. Au vu du dossier, on doit pourtant admettre qu'il y a eu pour le compte de l'émetteur recherche d'investisseurs et remise à

ceux-ci des titres contre une commission (15%) à charge de l'émetteur. Les activités incriminées allaient au-delà d'un simple conseil ou d'un simple «coaching» dans la recherche d'investisseurs, même si le contrat de souscription entre l'«investor» et les sociétés X. était passé au nom et pour le compte de l'émetteur. Va dans ce sens le fait que le produit financier des diverses émissions a passé par des comptes au nom des sociétés X. ou y est même resté. Si la Commission fédérale des banques a dès lors admis qu'une telle activité était soumise en Suisse à autorisation, elle n'a, en tenant compte de son pouvoir d'appréciation sur le plan technique (ATF 126 II 111 consid. 3b avec références), à première vue pas agi de manière contraire au droit fédéral, de sorte que le recours aurait probablement été rejeté.

Decisione della Commissione federale delle banche del 19 agosto 2004 nell'affare S. SA.

Fallimento di banche; applicazione delle norme sul fallimento bancario ai commercianti di valori mobiliari (art. 36a LBVM); esame della possibilità di risanamento (art. 31 LBCR)

- 1 Le nuove disposizioni della legge sulle banche in materia di risanamento e di liquidazione di banche si applicano anche ai commercianti di valori mobiliari (art. 36a LBVM).
- 2 Dichiarazione immediata del fallimento senza preventiva procedura di risanamento poiché il commerciante di valori mobiliari, oltre a non poter migliorare la sua liquidità, non è in grado di adempiere a tutte le condizioni per l'autorizzazione ad esercitare la sua attività.

Faillite bancaire; application des dispositions sur la faillite bancaire aux négociants en valeurs mobilières (art. 36a LBVM); examen des chances de succès de l'assainissement (art. 31 LB)

- 1 Les nouvelles dispositions de la loi sur les banques dans le domaine de l'assainissement et de la faillite bancaire s'appliquent également aux négociants en valeurs mobilières (art. 36a LBVM).

- 2 Déclaration immédiate de faillite sans procédure d'assainissement préalable car le négociant en valeurs mobilières, outre le fait qu'il n'est pas en mesure d'améliorer l'état de ses liquidités, n'est pas à même de remplir les conditions pour l'octroi d'une autorisation d'exercer son activité.

Bankenkonzurs; Anwendung der Vorschriften über den Bankenkonzurs auf Effekthändler (Art. 36a BEHG); Prüfung der Sanierungschancen (Art. 31 BankG)

- 1 Die neuen Vorschriften des Bankengesetzes im Bereich Sanierung und Konkurs von Banken finden auch auf Effekthändler Anwendung (Art. 36a BEHG).
- 2 Umgehende Erklärung des Konkurses ohne vorgängiges Sanierungsverfahren, wenn der Effekthändler nicht im Stande ist, die Voraussetzungen für eine Bewilligung zur Ausführung der Geschäftstätigkeit zu erfüllen, und gleichzeitig seine Liquidität nicht verbessern kann.

Riassunto dei fatti

S. SA, Lugano, è un commerciante di valori mobiliari autorizzato dalla Commissione federale delle banche (CFB) con decisione del 4 luglio 2000. Fine 2003 la società aveva una somma di bilancio di CHF 6,6 mio e gestiva direttamente averi per CHF 8,0 mio, mentre deteneva presso terzi ca. CHF 18,25 mio. Sempre nel 2003 i sui fondi propri ammontavano a CHF 2,018 mio. S. SA gestisce direttamente gli averi per circa

204 clienti. La società detiene tuttavia anche dei mandati di amministrazione per clienti di istituti bancari. Per la società lavorano attualmente 14 persone.

Nel corso del 2004 la CFB ha rinvenuto alcune irregolarità presso la S. SA e ha ricevuto diverse denunce da parte di clienti di S. SA.

In data 14 giugno 2004 si è svolta presso la CFB una riunione, durante la quale sono stati discussi i problemi riscontrati presso la società. In questa riunione la CFB ha informato S. SA dell'intenzione di nominare un osservatrice (divenuta incaricata delle inchieste a seguito della modifica della legge federale sulle banche del 1° luglio 2004) e ordinare una revisione straordinaria della società. In data 10 agosto 2004 l'incaricata delle inchieste ha inoltrato alla CFB il suo rapporto di revisione straordinaria, dal quale risultano gravi violazioni dei doveri di diligenza di S. SA.

Estratti dei considerandi

(...)

3. Ritiro dell'autorizzazione ad esercitare l'attività di commerciante di valori mobiliari e dichiarazione del fallimento di S. SA

(1) In data 1° luglio 2004 sono entrate in vigore le nuove disposizioni della LBCR in materia di risanamento e di fallimento di banche. Queste nuove disposizioni sono applicabili anche ai commercianti di valori mobiliari (art. 36a LBVM). Una misura in caso di insolvenza può essere ordinata se vi sono fondati timori che l'istituto presenti un'eccedenza

di debiti o seri problemi di liquidità o se essa non adempie le prescrizioni relative ai fondi propri alla scadenza del termine fissato dalla CFB (art. 25 LBCR). Ai sensi dell'art. 33 LBCR se non vi è alcuna prospettiva di risanamento o se il risanamento è fallito, la CFB revoca alla banca l'autorizzazione a esercitare, ordina la liquidazione (fallimento di banche) e la rende pubblicamente nota. L'obbligo di dichiarare il fallimento in caso di eccedenza di debiti è inoltre previsto anche dalle norme sulla società anonima (art. 725a CO). Ai sensi dell'art. 191 della legge federale dell'11 aprile 1889 sull'esecuzione e il fallimento (RS 281.1; LEF), il debitore può chiedere egli stesso la dichiarazione del suo fallimento facendo nota al giudice la propria insolvenza.

(2) Scopo della procedura di risanamento prevista dagli art. 28 e ss LBCR è la continuazione dell'attività assoggettata da parte dell'istituto interessato. Un risanamento ha senso solo se in futuro la banca o il commerciante di valori mobiliari potrà adempiere a tutte le condizioni per l'autorizzazione ad esercitare la sua attività. La CFB deve quindi esaminare, oltre alla possibilità di un risanamento del bilancio e di un miglioramento della redditività, se possono realisticamente essere raggiunti i necessari miglioramenti a livello organizzativo.

(3) S. SA ha leso in maniera crassa le disposizioni legali e gli standard minimi applicabili (Circ. CFB 04/2). La causa principale di questa violazione delle norme applicabili consiste nell'inesistente organizzazione interna, nella mancata sorveglianza dei rischi da parte della direzione e del consiglio di amministrazione della società, nelle lacune delle conoscenze professionali necessarie, nella mancata garanzia di un'attività irreprensibile, ma anche nella possibile volontà degli organi di S. SA, o almeno di parte di essi, di effettuare una gestione degli averi della clientela in conflitto con i propri interessi. A mente della CFB la

fattispecie presenta pertanto degli elementi di carattere penale, oltre che alla già citata violazione dell'art. 46 cpv. 1 lit. i LBCR. Pertanto, in applicazione dell'art. 35 cpv. 6 LBVM, copia della presente decisione viene inoltrata al Ministero Pubblico del Cantone Ticino affinché si determini sull'esistenza di fattispecie di rilevanza penale.

(4) Le lesioni alle disposizioni legali effettuate da S. SA sono gravi, ripetute e tali da permettere di concludere che, anche in mancanza di un pericolo di insolvenza, le condizioni per il ritiro dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di commerciante di valori mobiliari previste all'art. 36 LBVM sarebbero adempiute in modo cumulativo.

(5) Nella fattispecie oltre alle già citate lesioni delle normative che regolano l'attività dei commercianti di valori mobiliari, la società risulta insolvente, con un'eccedenza di debiti, e non dispone della liquidità necessaria per continuare la sua attività. Per questi motivi, ritenuta l'impossibilità di risanare la società, la CFB deve dichiarare il suo fallimento.