



Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte

**Bericht der vom
Eidg. Finanzdepartement eingesetzten
Expertenkommission**

Juni 2004

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	4
Inhaltsverzeichnis	3
1 Ausgangslage	7
1.1 Die Zeit zwischen 1945 und 1995	7
1.1.1 Nachkriegszeit	7
1.1.2 Bundesbeschluss von 1962 ("Meldebeschluss")	7
1.2 Von 1995 bis heute	9
1.2.1 Bergier-Kommission	9
1.2.2 Banken	10
1.2.2.1 Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) von 1995	10
1.2.2.2 Volcker-Komitee (ICEP)	10
1.2.2.3 Publikationen von 1997 und Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (CRT)	12
1.2.2.4 Sammelklagen in den USA und CRT 2	12
1.2.2.5 Richtlinien der SBVg vom Februar 2000 und Empfehlungen der EBK	13
1.2.3 Die Schweizerische Post (PostFinance)	16
1.2.4 Versicherungen	16
1.2.5 Berufliche Vorsorge	17
1.2.6 Schweizer Fonds zugunsten bedürftiger Opfer von Holocaust/Shoa	18
1.2.7 Stiftung solidarische Schweiz	18
1.2.8 Zwangsverwaltete Guthaben von Zivilflüchtlingen	18
2 Parlamentarische Vorstösse und Vorentwurf zum Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte	19
2.1 Parlamentarische Vorstösse	19
2.2 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte	21
2.3 Vernehmlassung	22
2.3.1 Allgemeine Beurteilung	23
2.3.2 Besondere Bemerkungen	24
2.3.3 Versicherungen	25
3 Expertenkommission	25
3.1 Mitglieder und Sekretariat	26
3.2 Auftrag	27
3.3 Arbeitsweise	28
4 Mängel im geltenden Recht	28
5 Rechtsvergleich	31
6 Kommentare zu den einzelnen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs	34

Zusammenfassung

Die internationale öffentliche Auseinandersetzung über die Rolle der Schweiz während des Zweiten Weltkriegs und über ihre spätere Haltung gegenüber den von den Holocaustopfern hinterlegten Vermögenswerten hat gezeigt, wie schwierig und aufwändig es ist, nachrichtenlose Vermögenswerte nach Jahren oder Jahrzehnten ihren wahren Rechtsinhabern zurückzugeben. In mehreren parlamentarischen Vorstössen wurde deshalb vom Bundesrat eine Analyse aller Bestimmungen der schweizerischen Rechtsordnung verlangt, die den Umgang mit nachrichtenlosen Vermögen regeln; soweit nötig, sollte der Bundesrat dem Parlament entsprechende Verbesserungsvorschläge unterbreiten (P Nabholz, 96.3574; P Rechsteiner, 97.3289; M Rechsteiner, 96.3606 et 97.3306; M Plattner, 96.3610; P Freisinnig-Demokratische Fraktion, 96.3611; P Baumann, 97.3369; M Grobet 97.3401).

Generell gewährleistet das Schweizer Privatrecht die Aufrechterhaltung der Eigentumsrechte über bewegliche Sachen, die zeitlich unbefristet bei einem Dritten hinterlegt werden. Das gilt auch für Wertpapiere wie Beteiligungspapiere (Aktien, Anteilscheine usw.) und Schuldurkunden (Obligationen). Handelt es sich demgegenüber um Forderungen, so ist die Situation bei den Bankguthaben einerseits und den Versicherungsansprüchen andererseits sehr unterschiedlich. Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass Spareinlagen (und offenbar allgemein alle Bankdepots in Form von Geldbeträgen) erst ab dem Tag zu verjähren beginnen, an dem eine Vertragspartei der anderen rechtsgültig die Auflösung des Vertrags erklärt hat (BGE 91 II 442 ff). Die Bank, deren Kontakt zum Kunden abgebrochen ist, kann damit den Vertrag gar nicht mehr auflösen, so dass ihre Schuld unverjährbar wird. Bei Forderungen aus einer Lebensversicherung ist dies nicht der Fall, weil sie wie alle Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt des versicherten Ereignisses verjähren, selbst wenn die begünstigte Person vom Vorhandensein der Police oder vom Todesfall, aus dem sich ihre Ansprüche ableiten, keine Kenntnis hat (Art. 46 Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag¹ ; BGE 126 III 278).

Eine der grössten Lücken besteht in unserer Rechtsordnung jedoch in Bezug auf das Fehlen einer ausdrücklichen Verpflichtung der Finanzintermediäre zu versuchen, den Kontakt zu ihren Kunden wieder herzustellen, wenn sich diese während längerer Zeit nicht mehr melden. Zudem existiert kein Verfahren, mit dessen Hilfe Informationen über die nachrichtenlosen Vermögen zentral für alle Finanzintermediäre gesammelt werden können; das verunmöglicht es de facto dem Rechtsinhaber, nachrichtenlose Vermögen zu suchen, wenn er die Identität des Finanzintermediäres nicht kennt. Ein weiteres Problem ist die Unmöglichkeit für die Banken, sich von ihren Verpflichtungen zu befreien, wenn der Kontakt zum Kunden abgebrochen ist. Das führt dazu, dass die Vermögenswerte beim Finanzintermediär verbleiben. Die Erfahrung lehrt, dass diesem deswegen früher oder später vorgeworfen wird, sich an den nachrichtenlosen Vermögen bereichern zu wollen. Ein solcher Verdacht – auch wenn er sich in den meisten Fällen als falsch entpuppt – schadet dem Finanzplatz Schweiz. Es braucht daher Lösungen, die präzise vorgeben, wie

¹ Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1

Finanzintermediäre zu verfahren haben, wenn der Kontakt zum Kunden abbricht, und was mit den betroffenen Vermögenswerten zu geschehen hat, wenn sich herausstellt, dass es unmöglich ist, sie den Rechtsinhabern zurückzugeben.

Den kürzlich im Rahmen der Selbstregulierung der Banken errichteten Verfahren, welche diese Lücken teilweise füllen, trägt der vorliegende Vorentwurf Rechnung. Bei den übrigen Finanzintermediären gibt es keine vergleichbare Selbstregulierung. Ausserdem obliegt es dem Gesetzgeber, über das Schicksal nachrichtenloser Vermögen zu entscheiden, wenn das Verstreichen eines langen Zeitraums jede Hoffnung zunichte gemacht hat, sie jemals wieder den Rechtsinhabern zurückgeben zu können.

1 Ausgangslage

1.1 Die Zeit zwischen 1945 und 1995

1.1.1 Nachkriegszeit

Die Frage der nachrichtenlosen Vermögenswerte stellte sich zum ersten Mal in grossem Massstab am Ende des Zweiten Weltkriegs. Noch in den Dreissiger Jahren bauten viele Personen, die vom Nationalsozialismus bedroht oder bereits verfolgt wurden, auf die damals am Anfang ihrer Entwicklung stehenden Schweizer Finanzinstitute. Viele dieser Kunden wurden während des Kriegs deportiert und ermordet².

Im Rahmen des Washingtoner Abkommens vom 25. Mai 1946³ bestätigte Walter Stucki, der Schweizer Delegationsleiter, in einem vertraulichen Briefwechsel den Delegationen der Vereinigten Staaten, Grossbritanniens und Frankreichs, dass die Schweizer Regierung mit Wohlwollen die Frage der notwendigen Massnahmen prüfen werde, um den drei alliierten Regierungen den Betrag jener in der Schweiz befindlichen Vermögenswerte der ohne Hinterlassung von Erben verstorbenen Opfer von Gewaltakten der ehemaligen deutschen Regierung für Hilfszwecke zur Verfügung zu stellen⁴. Die damalige schweizerische Regierung informierte jedoch weder die Banken noch die parlamentarischen Kommissionen über die Existenz dieses Dokuments⁵.

Bei der Unterzeichnung des Ablöseabkommens von 1952, mit dem jene Teile des Washingtoner Abkommens ausser Kraft gesetzt wurden, die sich als nicht durchführbar erwiesen, verpflichtete sich die Schweiz in einem vertraulichen Schreiben vom 28. August 1952⁶ erneut, die Frage der in der Schweiz hinterlegten Vermögensgüter von Opfern des Naziregimes zu prüfen.

Die Problematik der nachrichtenlosen Vermögenswerte war nach dem Krieg auch Gegenstand von Verhandlungen mit Ungarn und Polen. Zwischenstaatliche Abkommen, die 1949 mit Polen und 1950 mit Ungarn abgeschlossen wurden, sahen eine Enteignung zu Gunsten der politischen Behörden des ehemaligen Wohnorts der polnischen und ungarischen Kunden vor, die seit dem 9. Mai 1945 kein Lebenszeichen mehr von sich gegeben hatten und über welche die Bank keine Anhaltspunkte besass, dass sie den Krieg überlebt oder im Falle des Verschwindens Erben hinterlassen hatten⁷.

1.1.2 Bundesbeschluss von 1962 ("Meldebeschluss")

Nach zwei am konzertierten Widerstand der Banken gescheiterten Anläufen in den Jahren 1947 und 1956⁸ unterbreitete der Bundesrat am 4. Mai 1962 dem Parlament den

² Schlussbericht der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg, Zürich 2002, (nachstehend UEK 2002), S. 281

³ Washingtoner Abkommen, SR 0.982.1

⁴ UEK 2002, S. 464; www.dodis.ch, Dokument 173

⁵ UEK 2002, S. 464

⁶ Linus von Castelmur, Schweizerisch-alliierte Finanzbeziehungen im Übergang vom Zweiten Weltkrieg zum Kalten Krieg, Zürich 1992, S. 375, N 400

⁷ UEK 2002, S. 470-471

⁸ UEK 2002, S. 471

Beschluss über die in der Schweiz befindlichen Vermögen rassistisch, religiös oder politisch verfolgter Ausländer oder Staatenloser. Der Bundesbeschluss vom 20. Dezember 1962⁹ sollte dreierlei bewirken:

- a. dass die in Betracht kommenden Vermögenswerte ermittelt, durch Anordnung von Beistandschaften gesichert und wenn möglich dem Eigentümer oder dessen allfälligen Rechtsnachfolgern zur Verfügung gestellt werden;
- b. dass nötigenfalls die Verschollenerklärung des Eigentümers und bezüglich seines betreffenden Vermögens ein Erbschaftsverfahren durchgeführt wird;
- c. die sich als vakante Erbschaft erweisenden Vermögenswerte einem Fonds, über dessen Verwendung die Bundesversammlung zu beschliessen hätte, einverleibt werden.

Artikel 1 des am 1. September 1963 für einen begrenzten Zeitraum von zehn Jahren in Kraft getretenen Bundesbeschlusses von 1962 begründete eine Meldepflicht an eine vom Bundesrat zu bestimmende Stelle. Die Meldestelle wurde in der Justizabteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) eingerichtet. Die Meldepflicht erfasste alle in der Schweiz befindlichen Vermögenswerte irgendwelcher Art, deren letztbekannte Eigentümer ausländische Staatsangehörige oder Staatenlose waren, von denen seit dem 9. Mai 1945 zuverlässige Nachrichten fehlten und von denen man wusste oder vermutete, dass sie Opfer rassistischer, religiöser oder politischer Verfolgung geworden waren. Der Bundesbeschluss von 1962 galt für Guthaben in schweizerischer oder ausländischer Währung und jedes andere Zahlungsmittel, für Wertpapiere und jede andere Forderung, für Edelmetalle und andere Wertgegenstände (Art. 2 Bst. a). Zur Anmeldung verpflichtet waren alle natürlichen und juristischen Personen, die Vermögenswerte nach Artikel 2 verwalteten oder besaßen (Art. 3).

In der Botschaft zum Bundesbeschluss von 1962¹⁰ wurde hervorgehoben, dass die Banken und die Versicherungen gesetzliche Massnahmen ablehnten, weil die nachrichtenlosen Vermögenswerte in der Schweiz zu unbedeutend seien, während die israelitischen Organisationen die gegenteilige Auffassung vertraten, dass nämlich diese Vermögenswerte mehrere Millionen Franken umfassten. Nach Meinung des Bundesrats rechtfertigte die Ungewissheit über die Höhe der nachrichtenlosen Vermögenswerte gesetzliche Massnahmen.

In der Botschaft wurde zudem unterstrichen, dass entgegen den Behauptungen gewisser befragter Kreise das damals geltende Recht nicht genügte, um das Los der nachrichtenlosen Vermögenswerte zu regeln. Eingeführt werden musste insbesondere die Meldepflicht, unter teilweiser Aufhebung des Bank- und Berufsgeheimnisses, weil die Schweiz «nicht den Verdacht aufkommen lassen darf, sich an den Vermögen der Opfer verabscheuungswürdiger Ereignisse bereichern zu wollen».

⁹ AS 1963 427; BBI 1962 I 933, 935

¹⁰ BBI 1962 I 933, 935

Der Meldebeschluss von 1962 wurde sehr restriktiv gehandhabt¹¹. Insgesamt wurden innert der Fristen gemäss Bundesbeschluss von 1962 9,4 Millionen Franken gemeldet, wobei nachträgliche Zahlungen und die Zinsen diesen Betrag schliesslich auf über 10 Millionen erhöhten. 5,5 Millionen Franken wurden den Finanzintermediären, die sie gemeldet hatten, schlussendlich wieder zurückgegeben, mit der Begründung, dass sie im Sinne einer strikten Auslegung des Bundesbeschlusses von 1962 nicht in seinen Geltungsbereich fielen; ein Teil dieser Summe konnte jedoch von den betreffenden Finanzintermediären direkt den Rechtsinhabern ausbezahlt werden. 1,3 Millionen wurden von der zuständigen Dienststelle des EJPD und von den kantonalen Vormundschaftsbehörden ausbezahlt. Zudem flossen 3,1 Millionen in den Spezialfonds «erblose Vermögen»; ein Teil dieser Summe (789 000 Franken) wurde für die Zahlungen gemäss Abkommen mit Polen (1949) und Ungarn (1950) an diese beide Länder verwendet. Der Fonds wurde am 20. August 1980 aufgelöst, nachdem sein Vermögen zu zwei Dritteln dem Schweizerischen Israelitischen Gemeindebund und zu einem Drittel der Schweizerischen Zentralstelle für Flüchtlingshilfe ausbezahlt worden war¹².

Zu Beginn des Jahres 1999 veröffentlichte der Bundesrat im Internet und im Bundesblatt eine Liste aller nachrichtenlosen Vermögenswerte, die aufgrund des Meldebeschlusses von 1962 bekannt geworden und in den Spezialfonds überwiesen worden waren, ohne dass die Betroffenen gesucht oder gefunden werden konnten. Der Bundesrat legte im Sinne einer solidarischen Geste fest, die nun eruierbaren Personen zu entschädigen¹³. Die publizierte Liste enthielt 580 Kontoinhaber. Bis zur Ausserkraftsetzung der Verordnung vom 18. November 1998 hat der Bund aufgrund des Entschädigungsverfahrens an 90 Opfer des nationalsozialistischen Regimes oder an ihre Rechtsnachfolger 1'010'000 Franken ausbezahlt (vgl. Pressemitteilung des EDA vom 26. Juni 2002).

1.2 Von 1995 bis heute

1.2.1 Bergier-Kommission

Die Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (UEK oder Bergier-Kommission, in Anlehnung an ihren Präsidenten Jean-François Bergier) wurde mit einstimmig von den Eidgenössischen Räten verabschiedetem Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1996 bestellt¹⁴. Nach Artikel 1 dieses Bundesbeschlusses erstreckte sich die historische und rechtliche Untersuchung der Bergier-Kommission auf «Umfang und Schicksal von Vermögenswerten aller Art, die Banken, Versicherungen, Anwälten, Notaren, Treuhändern, Vermögensverwaltern oder anderen natürlichen oder juristischen Personen oder Personengemeinschaften mit Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz zur

¹¹ UEK 2002, S. 474

¹² Peter Hug und Marc Perrenoud, In der Schweiz liegende Vermögenswerte von Nazi-Opfern und Entschädigungsabkommen mit den Oststaaten (1997), S. 77ff, insbesondere S. 90; Urs Zulauf, Bankgeheimnis und Publikation nachrichtenloser Vermögenswerte, in Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1998, Nr. 6; BBI 1974 II 802; AS 1975 I 533

¹³ BBI 1999 I 470; AS 1998 III 2990

¹⁴ BBI 1996 IV 1165, 1184; AS 1996 III 3487

Verwahrung, Anlage oder Übermittlung an Dritte übergeben oder von der Schweizerischen Nationalbank entgegengenommen wurden».

Um die Arbeit der UEK zu erleichtern, verpflichteten die Artikel 4 und 5 des Bundesbeschlusses vom 13. Dezember 1996 die betroffenen Unternehmen und Amtstellen zur Aufbewahrung von Akten, die der Untersuchung dienlich sein konnten; sie verpflichteten sie zudem, den «vom Bundesrat bestimmten Experten und den von ihnen beigezogenen Forschern Einsicht in alle Akten zu gewähren, die der Untersuchung dienlich sein könnten», wobei die Pflicht zur Gewährung der Akteneinsicht jeder gesetzlichen und vertraglichen Geheimhaltungspflicht vor ging. Die Gültigkeit des Bundesbeschlusses war bis zum 31. Dezember 2001 befristet.

Die Bergier-Kommission veröffentlichte zwischen Dezember 1997 und Dezember 2000 25 Studien, Forschungsbeiträge und Rechtsgutachten, wovon eines speziell die Bankguthaben¹⁵ betraf, sowie am 22. März 2002¹⁶ einen Schlussbericht.

1.2.2 Banken

1.2.2.1 Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) von 1995

Auf Anregung der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) erliess die SBVg am 8. September 1995 die Richtlinien über die Behandlung nachrichtenloser Konti, Depots und Schrankfächer bei Schweizer Banken, wenn die Bank keine Nachricht vom Kunden hat (Richtlinien 1995). Diese Richtlinien galten für alle Bankguthaben, auch für solche, die nicht aus dem Zweiten Weltkrieg stammten, bei denen die Bank aber seit über zehn Jahren nichts mehr vom Kunden gehört hatte. Im ersten Teil der Richtlinien von 1995 wurde den Banken vorgeschrieben, auf eine Kündigung der Vertragsverhältnisse zu verzichten, die betreffenden Vermögenswerte zu markieren und die Interessen der Rechtsinhaber zu wahren. Im zweiten Teil der Richtlinien 1995 wurde die Errichtung einer für die Suche nach nachrichtenlosen Vermögenswerten bei Schweizer Banken zentralen Anlaufstelle (zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken) festgeschrieben, für welche die Verantwortung dem Bankenombudsman übertragen wurde. Die SBVg verzichtete in ihren Richtlinien 1995 jedoch darauf, die Banken zur Meldung ihrer nachrichtenlosen Vermögenswerte an die zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken zu verpflichten.

1.2.2.2 Volcker-Komitee (ICEP)

Am 2. Mai 1996 schlossen die SBVg, die Jewish Restitution Successor Organization (JRSO) und der Jüdische Weltkongress, der ausserdem die Jewish Agency und weitere Organisationen vertrat, eine Verständigungsvereinbarung ab, mit der einem unabhängigen Komitee bedeutender Persönlichkeiten unter der Leitung von Paul A. Volcker (Independent Committee of Eminent Persons, ICEP oder Volcker-Komitee) der Auftrag

¹⁵ Der Finanzplatz und die Schweizer Banken zur Zeit des Nationalsozialismus, Die Beziehungen der Grossbanken zu Deutschland (1931–1946), Publikation der UEK, Band 13, Lausanne 2002

¹⁶ Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg, Publikationen der UEK, Schlussbericht Zürich 2002

erteilt wurde, die Konten von Opfern des Nationalsozialismus zu identifizieren, die seit dem Zweiten Weltkrieg nachrichtlos waren oder welche diesen Opfern beziehungsweise deren Erben nicht zugänglich gemacht wurden, sowie eine Bewertung darüber abzugeben, wie die Konten von Opfern des Nationalsozialismus seitens der Schweizer Banken behandelt wurden¹⁷. Die EBK unterstützte die Arbeit des Volcker-Komitees, indem sie ihre Überprüfungen als ausserordentliche Revisionen nach Artikel 23^{bis} des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und die Sparkassen¹⁸ qualifizierte.

Das Volcker-Komitee stellte in seinem Bericht vom 6. Dezember 1999 fest, dass es keine Beweise gefunden habe, die auf eine systematische Zerstörung von Kontounterlagen, auf eine diskriminierende Behandlung oder auf die Plünderung der Konten von Opfern des Nationalsozialismus hingedeutet hätten¹⁹. Manche Banken hätten aktiv nach den Kontoinhabern oder deren Erben gesucht, um ihnen die verwahrten Vermögenswerte zurückzugeben²⁰. Der Bericht hob jedoch hervor, dass andere Banken damals einen Mangel an gebührender Sorgfalt bei der Suche nach Konten von Opfern an den Tag gelegt hatten²¹. Das Volcker-Komitee warf manchen Instituten zudem vor, sehr hohe Gebühren und Beträge auf Konten erhoben zu haben, von denen sie wussten oder hätten wissen müssen, dass der Inhaber verstorben oder verschwunden war, was zur Schliessung der Konten führte, nachdem das Guthaben aufgebraucht war; ebenso kritisiert wurde die Praxis, nachrichtlose Vermögenswerte auf zinslose Konten zu überweisen, ohne Aufbewahrung unmittelbar verfügbarer Unterlagen²². Das Volcker-Komitee kam zur Entlastung der Banken jedoch zum Schluss, dass das Problem der nachrichtlosen Vermögenswerte teilweise ein Nebeneffekt der Nichtexistenz einer gesamtschweizerischen gesetzlichen Regelung dieser Frage sei, und begrüsst in seinen Empfehlungen die Initiative der Schweizer Regierung bezüglich einer neuen Gesetzgebung, «die dazu beitragen dürfte, die für die Behandlung dieser Konten angemessene Disziplin zu stärken»²³. Im selben Bericht identifizierte das Volcker-Komitee ausserdem 53 886 Konten, die eine wahrscheinliche oder mögliche Verbindung zu Opfern des Nationalsozialismus hatten. Es wurde die Veröffentlichung von nahezu 25 000 dieser Konten, welche mit grösster Wahrscheinlichkeit Opfern des Naziregimes gehört hatten, vorgeschlagen. Ausserdem empfahl das Volcker-Komitee die Zusammenfassung der Datenbanken, in denen die während besagter Zeit von den Schweizer Banken betreuten Konten gesammelt worden waren²⁴.

¹⁷ Bericht vom 6. Dezember 1999 des ICEP über die nachrichtlosen Konten von Opfern des Nationalsozialismus bei den Schweizer Banken (Bericht ICEP), S. 2

¹⁸ Bankengesetz, BankG, SR 952.0; Jahresbericht der EBK 1997, S. 13

¹⁹ ICEP-Bericht, Ziff. 41

²⁰ ICEP-Bericht, Ziff. 44

²¹ ICEP-Bericht, Ziff. 42

²² ICEP-Bericht, Ziff. 43

²³ ICEP-Bericht, Ziff. 45 und 90

²⁴ ICEP-Bericht, Ziff. 62 ff; Jahresbericht der EBK 1999, S. 15 und 33 ff

1.2.2.3 Publikationen von 1997 und Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (CRT)

Die SBVg liess auf Verlangen der Organisationen, mit denen sie das Volcker-Komitee ins Leben gerufen hatte, ein Inventar der Vermögenswerte von Kunden erstellen, zu denen die Banken den Kontakt vor dem 6. Mai 1945 verloren hatten; im Juni 1997 wurde eine erste Liste mit 1 756 Namen von Kunden mit Wohnsitz im Ausland oder mit ausländischer Staatsangehörigkeit publiziert. Eine zweite Liste mit 10 758 Namen von Schweizer Kunden sowie 3 687 Namen von ausländischen Kunden wurde im Oktober 1997 veröffentlicht. Die EBK bewilligte die Veröffentlichung dieser Namenslisten, weil sie die Auffassung vertrat, dass angesichts des aussergewöhnlich langen Ausbleibens von Nachrichten und der tiefen Wunden, die der Zweite Weltkrieg und der Holocaust hinterlassen hatten, das Bankgeheimnis einer Publikation unter restriktiven Bedingungen und strengster Aufsicht nicht entgegenstehen konnte, die zudem im mutmasslichen Interesse der Rechtsinhaber dieser Vermögenswerte erfolgte²⁵.

Um eine möglichst rasche und unkomplizierte Beurteilung der Ansprüche zu ermöglichen, die auf die 5 570 Konten von ausländischen, 1997 publizierten Inhabern erhoben wurden, bestellten die SBVg und das Volcker-Komitee ein internationales Schiedsgericht im Sinne des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht²⁶, das CRT mit Sitz in Zürich. Gestützt auf Verfahrensregeln, die einen problem- und kostenlosen Zugang zum Gericht sowie Anforderungen an die Beweismittel vorsahen, die mit den Traumata vereinbar waren, die der Krieg und der Holocaust verursacht hatten, schloss das Gericht diese erste Etappe seiner Arbeit im September 2001 ab. Das Schiedsgericht wurde fast 10 000 Mal angerufen; ein Drittel dieser Gesuche erwies sich als begründet. Im Zusammenhang mit diesen begründeten Gesuchen verordnete das Schiedsgericht die Rückgabe von Bankguthaben in Höhe von 16 Millionen Franken zu Händen von Holocaustopfern oder ihren Rechtsinhabern und von 49 Millionen Franken zu Händen Berechtigter von anderen nachrichtenlosen Konten²⁷. Von den anerkannten Gesuchen betrafen 21 % Vermögenswerte von Holocaustopfern und 79 % solche von ausländischen Staatsangehörigen oder von Personen mit Wohnsitz im Ausland, die keinerlei Bezug zum Holocaust aufwiesen²⁸.

1.2.2.4 Sammelklagen in den USA und CRT 2

Ende 1996, Anfang 1997 wurden vor einem US-Distriktsgericht in New York mehrere Sammelklagen (*class actions*) gegen die Credit Suisse (CS), die Schweizerische Bankgesellschaft (UBS) und den Schweizerischen Bankverein (SBV) erhoben. Die Kläger warfen diesen Banken vor, sie hätten mit dem Naziregime zusammengearbeitet und dieses unterstützt, indem sie Vermögenswerte von Holocaustopfern zurückbehielten und

²⁵ Jahresbericht der EBK 1997, S. 13

²⁶ Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, IPRG; SR 291

²⁷ Jahresbericht der EBK 2001, S. 102

²⁸ Final Report on the Work of the CRT 1 vom 5. Oktober 2001, S. 3

diese wissentlich versteckten; zudem hätten sie Raubgüter der Nazis sowie durch Zwangsarbeit erzielte Gewinne angenommen und „weissgewaschen“.

Am 26. Januar 1999 verpflichteten sich die CS und die UBS AG (hervorgegangen aus der Fusion von UBS und SBV) im Rahmen eines Vergleichs und ohne Schuldanerkennung zur Bezahlung der Summe von 1,25 Milliarden Dollar. Dieser Vergleich sowie der entsprechende Verteilplan wurden vom zuständigen Richter genehmigt. Von der Gesamtsumme sind 800 Millionen Dollar (unter Anrechnung der bereits vom *Claims Resolution Tribunal* ausgezahlten Gelder) für die Holocaustopfer und ihre Nachkommen bestimmt, die glaubhaft nachweisen können, Inhaber von Bankguthaben in der Schweiz gewesen zu sein. Nach dem Abschluss dieses Globalabkommens galten sämtliche Ansprüche der Sammelkläger gegenüber allen Schweizer Banken im Zusammenhang mit den nachrichtenlosen Vermögen und den Aktivitäten der Banken während des Zweiten Weltkriegs als abgegolten. Die Kläger verzichteten zudem auf weitere Klagen gegen die Eidgenossenschaft, die Schweizerische Nationalbank (SNB) oder Schweizer Unternehmen²⁹.

Im Gegensatz zum Schiedsgericht (CRT 1), das über die Ansprüche im Zusammenhang mit den im Jahre 1997 publizierten Konten befand, ist das CRT 2 kein Schiedsgericht, sondern eine Sonderorganisation, welche im allgemeinen Rahmen der Zivilprozessordnung der Vereinigten Staaten im Auftrag des Distriktsgerichts in New York die neuen Klagen prüft. An dieses Gericht können nicht nur die 21 000 identifizierten Kontoinhaberinnen und -inhaber gelangen, die am 5. Februar 2001 – gestützt auf den Schlussbericht des Volcker-Komitees und mit Einwilligung der EBK³⁰ – auf einer Liste der SBVg figurierten. Personen, deren Namen auf der Liste nicht publiziert wurden, die aber Inhaber eines Kontos sind oder zu sein glauben, das einen Bezug zum Holocaust hat, können sich ebenfalls an das CRT 2 wenden. Der in New York angerufene Richter besitzt die alleinige Kompetenz zur Genehmigung der Entscheide des CRT 2. Deshalb erteilte das EJPD den Richtern und Sekretären des CRT 2 sowie den beiden special masters, die ihre Tätigkeit überwachen, eine Bewilligung nach Artikel 271 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937³¹ und verpflichtete sie dazu, sich an die Schweizer Rechtsordnung zu halten, insbesondere an die Bestimmungen über den Schutz von Personendaten.

Das Ergebnis der Arbeit des CRT 2 kann noch nicht abschliessend beurteilt werden, weil sie noch im Gange ist.

1.2.2.5 Richtlinien der SBVg vom Februar 2000 und Empfehlungen der EBK

Im Februar 2000 verabschiedete die SBVg neue Richtlinien (Richtlinien 2000), die sich von denjenigen aus dem Jahre 1995 vor allem insofern unterscheiden, als sie Massnahmen zur Vermeidung des Abbruchs des Kundenkontakts sowie zur erleichterten

²⁹ Jahresbericht der EBK 1998, S. 17; Jahresbericht der EBK 2000, S. 35

³⁰ Jahresbericht der EBK 2001, S. 103

³¹ Strafgesetzbuch, StGB; SR 311.0

Wiederaufnahme des Kundenkontakts vorsehen und Bestimmungen erlassen, welche die Überwachung und Verwaltung nachrichtenloser Vermögenswerte sowie die Aufbewahrung der Unterlagen betreffen. Die Richtlinien 2000 verpflichten die Banken zudem, alle nachrichtenlosen Vermögenswerte im Wert von über 100 Franken zu melden, wenn die Nachforschungen erfolglos verliefen.

Gemäss Richtlinien 2000 gelten Vermögenswerte nicht nur dann als nachrichtenlos, wenn die Bank keine Nachrichten von Seiten des Kunden mehr hat (Weisung, Mitteilung oder Äusserung, die eine Bewegung auf dem Konto auslöst oder sich in den Akten niederschlägt), sondern auch, wenn die Bank den Kunden nicht mehr kontaktieren kann, das heisst, wenn die dem Kunden regelmässig zugestellte Post retourniert wird, auch sonst keinerlei Kontakt zu ihm oder Nachricht von ihm besteht und die Suchmassnahmen der Bank erfolglos geblieben sind. Bezüglich der Sparhefte, Schrankfächer und der banklagernd gehaltenen Post („banklagernde Post“) wurde die Regelung der Richtlinien von 1995 übernommen; demnach müssen die Vermögenswerte der zentralen Anlaufstelle Schweizer Banken gemeldet werden, wenn die Bank seit zehn Jahren keine Nachrichten von Seiten des Kunden mehr hat.

Ausserdem erhält die zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken, für welche der Bankenombudsman verantwortlich ist, eine neue Funktion. Alle nachrichtenlosen Vermögenswerte werden von nun an in einer zentralen, von der SAG SIS Aktienregister AG verwalteten Datenbank registriert. Erhält die zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken das Gesuch einer Person, die ihren Anspruch glaubhaft machen kann, konsultiert sie diese Datenbank. Stimmen die vom Gesuchsteller gelieferten Angaben ausreichend mit einem registrierten Namen überein, übermittelt sie das Gesuch der zuständigen Bank zur Prüfung und Entscheidung. Gelangt die Bank zum Schluss, es handle sich beim Gesuchsteller nicht um einen Rechtsinhaber, teilt sie dies der zentralen Anlaufstelle Schweizer Banken mit, die ermächtigt ist, die Unterlagen der Bank einzusehen und gegebenenfalls eine Empfehlung zu erlassen, mit der die Bank aufgefordert wird, direkt mit dem Gesuchsteller Kontakt aufzunehmen. In einem solchen Fall kommt Artikel 3 des Reglements der Stiftung «Schweizerischer Bankenombudsman» zum Zug und die Lösungsvorschläge der zentralen Anlaufstelle Schweizer Banken sind für die Parteien nicht verbindlich. Dem Gesuchsteller steht für den Fall, dass sich die Bank weigert, die Empfehlung der zentralen Anlaufstelle Schweizer Banken zu befolgen, kein Rechtsmittel offen.

Die Richtlinien 2000 haben nicht den verbindlichen Charakter eines Gesetzes; weder sind die Gerichte daran gebunden, noch wird ihre Verletzung mit einer Konventionalstrafe geahndet. Ihre Einhaltung ist jedoch laut EBK eine der Voraussetzungen dafür, dass die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen³² gegeben ist; demzufolge untersteht die Einhaltung der Richtlinien der jährlichen Kontrolle der

³² Bankengesetz, BankG; SR 952.0

Revisionsstelle der Bank³³. Erfüllt eine Bank diese Pflicht nicht, kann die EBK Verwaltungsmassnahmen anordnen.

Ende 2001 beauftragte die EBK die Revisionsgesellschaft PricewaterhouseCoopers AG mit der Prüfung der Umsetzung der Richtlinien 2000 der SBVg durch die zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken. Im Grossen und Ganzen fiel das Ergebnis dieser Prüfung positiv aus; es wurden jedoch einige Schwachstellen entdeckt, insbesondere bezüglich der Qualität der in die Datenbank eingegebenen Informationen. Im Übrigen hat die zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken von insgesamt 554 im Jahr 2001 in der Datenbank angestellten Nachforschungen 107 Fälle den Banken weitergeleitet, die den Gesuchsteller 79 Mal nicht als den Rechtsinhaber der Vermögenswerte erachteten. Ein einziges Mal bat die zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken die betreffende Bank um zusätzliche Auskünfte, verzichtete jedoch darauf, die Belege einzusehen. Insgesamt konnten im Jahr 2001 verschiedenen Rechtsinhabern 2,3 Millionen Franken ausbezahlt werden.

Die EBK beauftragte aufgrund dieser Prüfung die Revisionsstellen von 13 Schweizer Banken, u. a. auch diejenigen der drei grössten Banken, mit einer eingehenden Untersuchung über die Einhaltung der Richtlinien im Rahmen ihrer ordentlichen Revisionen. Aus der Zusammenfassung der Berichte geht hervor, dass die untersuchten Banken die Richtlinien im Grossen und Ganzen einhalten. Gewisse Mängel veranlassten jedoch die EBK, die fünf folgenden Empfehlungen zu Handen der vom Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) in Sachen «Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte» eingesetzten Expertenkommission abzugeben:

- Empfehlung Nr. 1: Prüfen der Einführung einer Pflicht eines periodischen Reportings zuhanden des Managements betreffend Anzahl und Entwicklung der kontaktlosen Beziehungen. Eine solche Pflicht würde eine Sensibilisierung aller Bankmitarbeitenden im Bereich nachrichtenlose Vermögenswerte mit sich bringen.
- Empfehlung Nr. 2: Prüfen der Einführung einer Pflicht, Schulungen der betroffenen Mitarbeitenden durchzuführen (Präventivmassnahme), da im Bereich „Identifikation“ die bankinterne zentrale Stelle für nachrichtenlose Vermögenswerte auf die Mitarbeit bzw. Meldung der Kundenbetreuerinnen und Kundenbetreuer angewiesen ist.
- Empfehlung Nr. 3: Prüfung der Einführung einer Pflicht der zentralen Verwaltung nachrichtenloser Vermögenswerte. Eine zentrale Verwaltung liegt im Interesse der Rechtsinhaber. Sie liegt aber auch im Interesse der Finanzintermediäre, da mit der Zentralisierung der Verwaltung das interne Kontrollsystem optimiert werden kann und eine Verbesserung des Verhältnisses zwischen Kosten und Ertrag resultiert.
- Empfehlung Nr. 4: Prüfen, ob von nun an die Banken gezwungen werden sollten, mindestens die kleinen nachrichtenlosen Vermögenswerte der zentralen Anlaufstelle Schweizer Banken zu übergeben, die diese Vermögenswerte dann kollektiv verwaltet. Vorteil einer solchen Lösung wäre, dass eine einheitliche Praxis für den gesamten

³³ Anhang 1 zum EBK-Rundschreiben 96/3 vom 21. Oktober 1996 über Form und Inhalt des Revisionsberichts

Markt gelten und die Finanzintermediäre administrativ entlastet würde. Sollte eine solche Lösung nicht in Betracht kommen, wäre es sinnvoll zu prüfen, ob eine Pflicht einzuführen wäre, dass kleine nachrichtenlose Vermögenswerte (kleiner als CHF 1 000) bankintern ohne Kosten zu saldieren und auf ein Sammelkonto zu transferieren wären. Käme auch diese Lösung nicht in Frage, wäre als Mindestlösung die Einheitlichkeit der Gebührenordnung zu prüfen.

- Empfehlung Nr. 5: Prüfen, ob die zentrale Archivierung der Akten im künftigen Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte vorzuschreiben ist. Die zentrale Archivierung der Akten schützt vor der Gefahr der vorzeitigen Vernichtung relevanter Akten.

1.2.3 Die Schweizerische Post (PostFinance)

Die Schweizerische Post ist über ihre Finanzabteilung PostFinance Depositärin zahlreicher Konten (gelbe Konten und Depotkonten), namentlich von natürlichen Personen und Vereinen.

Vor dem Inkrafttreten des Postgesetzes vom 30. April 1997³⁴ und des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes³⁵ sah das für die Finanzdienstleistungen der Schweizerischen Post geltende öffentliche Recht vor, dass die nachrichtenlosen Vermögenswerte nach fünf Jahren an den Bund fielen. Heute kommen die allgemeinen Regeln des Privatrechts zur Anwendung. In der Praxis wird ein Postkonto dann als inaktiv markiert, wenn der Kunde seit sechs Monaten keine Bewegung mehr ausgelöst hat. Danach werden die Guthaben als nachrichtenlos angesehen, und das Konto wird blockiert, wenn die ein inaktives Postkonto betreffenden Mitteilungen nicht abgeholt, sondern an die Schweizerische Post retourniert werden. Die Blockierung des Kontos bedeutet, dass weder Verwaltungs- oder Jahresabschlusskosten erhoben, noch Zinsen gutgeschrieben werden. Die Guthaben werden mit anderen Worten zu ihrem Nennwert aufbewahrt. Danach stellt die Schweizerische Post unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit Nachforschungen an, um diejenigen Personen ausfindig zu machen, die Anspruch auf die betreffenden Vermögenswerte erheben können. Wer nachweislich einen Anspruch besitzt, kann zeitlich unbefristet die Auszahlung der blockierten Guthaben verlangen.

1.2.4 Versicherungen

Die internationale Kommission für Versicherungsansprüche aus der Holocaust-Ära (ICHEIC³⁶ oder nach ihrem Präsidenten Lawrence Eagleburger auch Eagleburger-Kommission genannt) wurde 1998 gegründet, und zwar gestützt auf die von europäischen Versicherungsbehörden, Vertretern jüdischer Organisationen, dem Staat Israel sowie Versicherungen – darunter Winterthur Leben und Zurich Financial Services –

³⁴ Postgesetz, PG; SR 783.0

³⁵ Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1

³⁶ International Commission on Holocaust Era Insurance Claims

unterzeichneten Verständigungsvereinbarung. Mit Publikation vom 16. Februar 2000 wurden die Rechtsinhaber von Versicherungspolice, die infolge der Holocaustereignisse nicht eingelöst worden waren, von der Eagleburger-Kommission eingeladen, sich bis zum 31. März 2002 zu melden. Diese Frist wurde bis zum 31. Dezember 2003 verlängert³⁷.

Zusätzlich und im Kontext der Vereinbarung vom 12. August 1998 zwischen der CS und der UBS AG (vgl. Ziff. 2.2.2.4) verpflichteten sich auch die Versicherungen Swiss Re und Swiss Life im Rahmen eines Vergleichs und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zur Zahlung der Summe von 50 Millionen Franken, um allfällige nicht eingelöste Ansprüche aus Lebensversicherungspolice zu decken, die von Holocaustopfern abgeschlossen worden waren. Es wurden einige Hundert Gesuche eingereicht; davon konnte jedoch bisher kein Einziges gutgeheissen werden.

1.2.5 Berufliche Vorsorge

Das Problem der nachrichtenlosen Vermögenswerte wurde vom Bund erstmals im Bereich der beruflichen Vorsorge und im Zusammenhang mit den ausländischen Arbeitnehmenden in der Schweiz als solches erkannt und gelöst. Mit Änderung vom 18. Dezember 1998, in Kraft getreten am 1. Mai 1999, wurde im Rahmen des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge³⁸ ein Sonderverfahren in Sachen nachrichtenlose Vermögenswerte eingeführt. Diese Änderung verpflichtet die Vorsorgeeinrichtungen zur Aufrechterhaltung eines periodischen Kontakts mit ihren Versicherten und zur Meldung der Guthaben von Versicherten, die das Pensionierungsalter erreicht haben, für die jedoch noch keine Ansprüche geltend gemacht wurden, an die Zentralstelle 2. Säule. Diese arbeitet eng mit der Zentralen Ausgleichsstelle zusammen und nimmt die Gesuche von Versicherten betreffend deren Altersguthaben entgegen und erteilt ihnen die nötigen Auskünfte, damit sie ihre Ansprüche geltend machen können.

Die Revision vom 3. Oktober 2003 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge³⁹ hat das geltende System ergänzt, um den Fortbestand der nachrichtenlosen Vorsorgeguthaben zu gewährleisten. Artikel 41 des neuen BVG⁴⁰, der auf dem Gebiet der Freizügigkeit sinngemäss gilt (Art. 24g neues FZG), besagt, dass der Leistungsanspruch nicht verjährt, sofern der Versicherte im Zeitpunkt des Versicherungsfalles die Vorsorgeeinrichtung nicht verlassen hat (Abs. 1), dass die nachrichtenlosen Guthaben grundsätzlich zehn Jahre ab dem ordentlichen Rücktrittsalter an den Sicherheitsfonds überwiesen werden müssen (Abs. 3 und 4) und dass der Versicherte oder seine Erben ihre Ansprüche so lange geltend machen können, bis der Versicherte das 100. Altersjahr vollendet hat oder vollendet hätte.

In Anbetracht der oben erwähnten Spezialgesetzgebung werden diejenigen Lebensversicherungspolice, für die das BVG gilt, sowie alle übrigen anerkannten Formen

³⁷ www.icheic.org

³⁸ Freizügigkeitsgesetz, FZG; SR 831.42; AS 1999 II 1384; BBI 1998 V 5569

³⁹ Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVG; SR 831.40

⁴⁰ BBI 2003 6653

der Erhaltung des Vorsorgeschutzes nach FZG (Freizügigkeitskonto) nicht dem Entwurf für ein Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte unterstellt (siehe Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs). Hingegen werden die gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a) sowie die freie Selbstvorsorge (Säule 3b) dem Gesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte unterstellt.

1.2.6 Schweizer Fonds zugunsten bedürftiger Opfer von Holocaust/Shoa

Mit Verordnung vom 26. Februar 1997⁴¹ errichtete der Bundesrat einen Spezialfonds zugunsten bedürftiger Opfer von Holocaust/Shoa; er wurde von den Schweizer Grossbanken mit einem Anfangskapital von 100 Millionen dotiert. Der Fonds bezweckte die Unterstützung bedürftiger Personen, die aus Gründen der Rasse, der Religion, der politischen Anschauung oder aus anderen Gründen verfolgt oder in anderer Weise Opfer von Holocaust/Shoa wurden, sowie die Unterstützung ihrer bedürftigen Nachkommen. Der Fonds wurde unter anderem mit Donationen der Schweizer Banken, der Privatindustrie, der Versicherungen und der SNB finanziert. Die Fondsmittel wurden so breit wie möglich verteilt. Insgesamt wurden weltweit 295 Millionen Franken an rund 312 000 bedürftige Holocaust-Überlebende verteilt⁴². Der Bundesrat beschloss die Auflösung des Fonds per 31. Dezember 2002.

1.2.7 Stiftung solidarische Schweiz

Am 5. März 1997 lancierte der Bundesrat das Vorhaben einer humanitären Stiftung (Projekt der Gründung einer Stiftung solidarische Schweiz), die mit dem Verkaufserlös der überschüssigen Goldreserven der SNB finanziert werden sollte. Der im Rahmen dieses Projekts vorgeschlagene Verfassungsartikel «Gold für AHV, Kantone und Stiftung» stellte einen Gegenvorschlag zur Initiative «Überschüssige Goldreserven in den AHV-Fonds (Gold-Initiative)» der Schweizerischen Volkspartei dar, die dem AHV-Ausgleichsfonds sämtliche aktuellen und zukünftigen Währungsreserven der SNB zukommen lassen wollte, die nicht mehr für die Geldpolitik erforderlich waren⁴³.

An der Abstimmung vom 22. September 2002 verwarfen Volk und Kantone sowohl die «Goldinitiative», als auch den bundesrätlichen Gegenvorschlag «Gold für AHV, Kantone und Stiftung».

1.2.8 Zwangsverwaltete Guthaben von Zivilflüchtlingen

Gemäss Pressemitteilung vom 14. April 1999 gab der Bundesrat den zivilen Flüchtlingen, die im Zweiten Weltkrieg in der Schweiz interniert gewesen waren, mit einem vereinfachten Gesuchsverfahren die Möglichkeit, ihre Vermögenswerte zurückzubekommen, die nach ihrer Ankunft zwangsverwaltet worden waren und die sie

⁴¹ AS 1997 I 811

⁴² Schlussbericht des Schweizer Fonds zugunsten bedürftiger Opfer von Holocaust/Shoa, Bern 2002, S. 12

⁴³ BBI 2000 IV 3979; BBI 2002 III 2742

bei der späteren Abreise aus der Schweiz zurückgelassen hatten. Es handelte sich weitgehend um kleine Einzelbeträge im damaligen Gesamtwert von rund 85 000 Franken⁴⁴. Bis heute hat der Bund an zwei Personen rund 600 Franken ausbezahlt.

2 Parlamentarische Vorstösse und Vorentwurf zum Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte

2.1 Parlamentarische Vorstösse

Das Problem der nachrichtenlosen Vermögenswerte, namentlich derjenigen aus dem Zweiten Weltkrieg, war Gegenstand zahlreicher parlamentarischer Vorstösse (siehe Kasten, nachstehend). Die durch die Eidgenössischen Räte vor der Wintersession 1999 überwiesenen Vorstösse wurden jedoch bereits gestützt auf einen Zusatzbericht der Geschäftsprüfungskommissionen von National- und Ständerat vom 23. Mai 2003 zu Handen der Eidgenössischen Räte abgeschrieben⁴⁵. Die Abschreibung erfolgte im Hinblick auf das neue Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung⁴⁶. Im Rahmen des Entwurfs für ein Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte müssen demzufolge nur noch zwei vom Ständerat erst am 20. Juni 2000 überwiesene Motionen abgeschrieben werden; es handelt sich dabei um die Motionen der Nationalräte Rechsteiner (M 97.3306) und Grobet (M 97.3401) vom 18. Juni bzw. 22 September 1997.

- Postulat von Nationalrätin Nabholz vom 27. November 1996⁴⁷

Mit diesem Postulat wurde der Bundesrat eingeladen, in Anlehnung an ausländische Modelle gesetzgeberische Massnahmen zu prüfen, um zu vermeiden, dass sich bei Banken nachrichtenlose Vermögenswerte anhäufen. Diese Guthaben sollten dem Bund übertragen und die Banken dadurch von jeglicher Haftung befreit werden. Der Bundesrat erklärte sich bereit, das Postulat Nabholz entgegenzunehmen.

- Motion von Nationalrat Rechsteiner vom 9. Dezember 1996⁴⁸

Mit dieser Motion wurde der Bundesrat eingeladen, dafür zu sorgen, dass die Finanzinstitute verpflichtet werden, einer zentralen Stelle die nachrichtenlosen Vermögenswerte zu melden. Der Bundesrat war bereit, die Motion Rechsteiner entgegenzunehmen.

- Motion von Ständerat Plattner vom 9. Dezember 1996⁴⁹

Mit dieser Motion wurde der Bundesrat aufgefordert, eine Vorlage zu unterbreiten, welche Banken, Versicherungen, Anwälte, Notare, Treuhänder und andere natürliche oder juristische Personen oder Personengemeinschaften, die Vermögenswerte verwalten, dazu verpflichtet, nachrichtenlose Vermögenswerte einer zentralen Stelle zu melden. Diese zentrale Stelle sollte die Eigentumsverhältnisse feststellen und allfällige Rechtsnachfolger bei der Suche unterstützen. Der Gesetzesentwurf sollte zudem die gemeinnützige Verwendung jener Vermögenswerte regeln, für die sich keine Berechtigten fanden. Der Bundesrat beantragte, die Motion in ein Postulat umzuwandeln. Sie wurde vom Nationalrat am 19. März 1997 und vom Ständerat am 29. September 1997 angenommen.

⁴⁴ Pressemitteilung des EFD vom 14. April 1999, veröffentlicht auf der Website www.efd.admin.ch

⁴⁵ BBl 2003 VI 6845

⁴⁶ Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10

⁴⁷ P 96.3574

⁴⁸ M 96.3606

⁴⁹ M 96.3610

- Motion der Freisinnigen Fraktion vom 10. Dezember 1996, umgewandelt in ein Postulat⁵⁰

Mit dieser Motion wurde der Bundesrat eingeladen, den eidgenössischen Räten eine Vorlage für einen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss zu unterbreiten, der die Schaffung eines Spezialfonds des Bundes vorsah, welcher mit den nachrichtenlosen Vermögenswerten gespiesen werden sollte, die vor, während und unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg in der Schweiz hinterlegt worden waren. In seiner Stellungnahme vom 3. März 1997 rief der Bundesrat in Erinnerung, dass die Problematik der nachrichtenlosen Vermögen aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg Gegenstand einer historischen und rechtlichen, von der UEK geleiteten Untersuchung war. Ferner sei das Volcker-Komitee insbesondere mit der Abklärung nachrichtenloser Vermögenswerte von Opfern religiöser, rassistischer oder politischer Verfolgung zur Zeit des Naziregimes betraut und versuche, diese ihren Rechtsinhabern zurückzugeben. Der Bundesrat hatte zudem mit Verordnung vom 26. Februar 1997 die Schaffung eines Spezialfonds zu Gunsten bedürftiger Holocaustopfer ermöglicht, der von den Banken mit einem Anfangskapital von 100 Millionen ausgestattet worden war. Auf Antrag des Bundesrates wandelte der Nationalrat die Motion in ein Postulat um.

- Motion von Nationalrat Rechsteiner vom 11. Juni 1997, umgewandelt in ein Postulat⁵¹

Mit dieser Motion wurde der Bundesrat eingeladen, ein wirksames und glaubwürdiges Suchverfahren nach Vermögenswerten zu entwickeln, welche auf dem Finanzplatz Schweiz deponiert sind. In seiner Antwort vom 3. September 1997 stellte der Bundesrat mit Sorge fest, dass das Ansehen des Finanzplatzes infolge der wiederholten Diskussionen um nachrichtenlose jüdische Vermögenswerte sowie um die Fälle Marcos und Mobutu in Mitleidenschaft gezogen worden sei; gerade diese Vorkommnisse hätten aber auch aufgezeigt, dass die Schweiz über ein breites rechtliches Instrumentarium verfüge. Der Bundesrat erklärte sich jedoch bereit, dieses zu analysieren und gegebenenfalls für eine noch optimalere Handhabung zu sorgen. Die Motion Rechsteiner wurde dem Bundesrat in Form eines Postulates überwiesen.

- Motion von Nationalrat Rechsteiner vom 18. Juni 1997⁵²

Mit dieser Motion, die den Titel «Erfahrungen mit Vermögenswerten aus der Zeit des Zweiten Weltkrieges. Rechtliche Konsequenzen» trug, wurde der Bundesrat eingeladen, die Rechtsgrundlagen für die Behandlung nachrichtenloser Vermögenswerte zu überprüfen und den eidgenössischen Räten Vorschläge für die Änderung oder den Erlass entsprechender Regeln zu unterbreiten, wobei die Vorschläge rechtspolitisch einem international wünschbaren Standard entsprechen sollten. Der Bundesrat war bereit, die Motion Rechsteiner entgegenzunehmen.

- Motion von Nationalrat Baumann vom 20. Juni 1997, in ein Postulat umgewandelt⁵³

Mit dieser Motion wurde der Bundesrat aufgefordert, einen Gesetzesentwurf für die Einführung einer besonderen Zivilprozessordnung einzuführen, die sich für die Klärung der Rechtsansprüche an nachrichtenlosen Vermögenswerten eigne und die insbesondere die Anforderungen an die Beweismittel vereinfache. In seiner Antwort vom 10. September 1997 unterschied der Bundesrat zwischen der Problematik der nachrichtenlosen Vermögenswerte aus der Zeit des Zweiten Weltkrieges, die mit dem von der SBVg eingeleiteten Sonderverfahren einer Lösung zugeführt werden sollte, und der Problematik der übrigen nachrichtenlosen Vermögenswerte; er erklärte sich bereit, für diese zweite Kategorie die Notwendigkeit der Festlegung von Verfahrensvorschriften auf Bundesebene zu prüfen, obwohl diese Kompetenz laut Bundesverfassung im Prinzip ausschliesslich den Kantonen vorbehalten ist. Die Motion Baumann wurde dem Bundesrat schliesslich in Form eines Postulats überwiesen.

- Motion von Nationalrat Grobet vom 22. September 1997⁵⁴

Mit dieser Motion wurde der Bundesrat beauftragt, eine gesetzliche Regelung zu den nachrichtenlosen Vermögen auszuarbeiten. Geregelt werden sollten die Offenlegung der betreffenden Konten, die Pflichten der Banken gegenüber den Anspruchsberechtigten und die Nachforschungen, die von den Banken angestellt werden müssten. Die Motion Grobet wurde vom Bundesrat entgegengenommen.

⁵⁰ P 96.3611

⁵¹ P 97.3289

⁵² M 97.3306

⁵³ P 97.3369

⁵⁴ M 97.3401

2.2 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte

Im April 1997 beauftragte der Bundesrat das EJPD, die Rechtslage im Umgang mit nachrichtenlosen Vermögenswerten abzuklären und ihm – sofern nötig – Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten. Mit dieser Aufgabe wurde das Bundesamt für Justiz (BJ) betraut.

Das BJ arbeitete einen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte (BGNV) aus, das für die bereits heute bundesrechtlich beaufsichtigten «Finanzakteure», das heisst die Banken, Fondsleitungen, Effekthändler und Versicherungen Gültigkeit haben sollte. Die Kontrolle über die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen nach dem Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte lag damit ausschliesslich in der Zuständigkeit bereits bestehender Behörden, nämlich der EBK und des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV).

Alle Vermögenswerte, die einem Finanzintermediär anvertraut werden können (Geldforderungen, Wertpapiere, Edelmetalle, Schmuck oder Bilder usw.), und alle Lebensversicherungspolice sollten unter das Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte fallen; vom Geltungsbereich ausgenommen waren hingegen Schadenersatzansprüche (Art. 41 und 97ff Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Obligationenrecht]^{55,56}).

Der Finanzintermediär wurde verpflichtet, den seit mehr als acht Jahren unterbrochenen Kontakt zu seinem Kunden (d. h. dem Vertragspartner, jeglichem Rechtsinhaber oder Erben beziehungsweise deren Vertreter) wiederaufzunehmen, vorausgesetzt, die erforderlichen Massnahmen standen in einem angemessenen Verhältnis zum Vermögenswert und der Kunde wurde damit nicht der Gefahr einer Konfiskation oder unmenschlicher Behandlung ausgesetzt. Eine Ausnahme von dieser Pflicht konnte dann gemacht werden, wenn der Kunde gegenüber dem Finanzintermediär ausdrücklich schriftlich darauf verzichtet hatte. Der Finanzintermediär war ausserdem dazu verpflichtet, den Kunden auf die Pflicht zur Wiederaufnahme des Kontakts aufmerksam zu machen sowie ihn auf den Grundsatz hinzuweisen, dass Vermögenswerte, die nicht zurückgegeben werden konnten, nach ihrer Publikation auf die Eidgenossenschaft übergingen.

Nebst der obligatorischen Aufbewahrung der Unterlagen im Zusammenhang mit den nachrichtenlosen Vermögen verpflichtete der Vorentwurf den Finanzintermediär dazu, organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung des Kontaktabbruchs zu treffen und für die zentrale Erfassung der Vermögenswerte zu sorgen, wobei jeder unberechtigte Zugriff im Falle eines über acht Jahre dauernden Kontaktabbruchs vermieden werden musste.

Die seit zehn Jahren nachrichtenlosen Vermögenswerte sollten einer im EFD angesiedelten Nachrichtenstelle gemeldet werden. Mit Ausnahme der Ansprüche aus

⁵⁵ Obligationenrecht, OR; SR 220

⁵⁶ Begleitbericht zum Entwurf über ein Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte (BGNV) (Vernehmlassungsvorlage) vom Juli 2000, Ziff. 21, S. 24

einem Lebensversicherungsvertrag war der Finanzintermediär jedoch nicht mehr zur Meldung verjährter Forderungen verpflichtet. Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes nachrichtenlosen Vermögenswerte sollten der Nachrichtenstelle ebenfalls innerhalb eines Jahres gemeldet werden; danach war der Finanzintermediär von der Pflicht befreit zu versuchen, mit dem Kunden wieder Kontakt aufzunehmen. Die Verletzung der Meldepflicht wurde mit Busse bis zu 200 000 Franken und mindestens 50 000 Franken im Wiederholungsfalle geahndet.

Die Nachrichtenstelle hatte die Aufgabe, eine Liste der gemeldeten nachrichtenlosen Vermögenswerte nachzuführen und denjenigen Personen, die ihre Berechtigung an solchen Vermögenswerten glaubhaft dartun konnten, sowie den Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden und dem Bundesarchiv entsprechend Auskunft zu erteilen. Die Finanzierung der Nachrichtenstelle sollte mit der Erhebung einer Gebühr für die Einreichung des Nachforschungsgesuchs sowie ergänzend dazu mit einer Abgabe auf den gemeldeten nachrichtenlosen Vermögenswerten sichergestellt werden.

Nach Ablauf einer Frist von 50 Jahren seit dem letzten Kontakt mit dem Kunden sollten die Ansprüche auf die Vermögenswerte auf die Eidgenossenschaft übergehen und der Finanzintermediär von seinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kunden befreit werden. Die beim Inkrafttreten des Gesetzes bereits nachrichtenlosen Vermögenswerte sollten ebenfalls auf die Eidgenossenschaft übergehen, und zwar frühestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes. Der Vorentwurf sah jedoch die systematische Publikation der nachrichtenlosen Vermögenswerte vor ihrem Übergang auf die Eidgenossenschaft vor.

Dem EFD sollte die Zuständigkeit übertragen werden, alle Streitfragen im Zusammenhang mit dem Übergang der Vermögenswerte an die Eidgenossenschaft durch Erlass einer Verfügung zu entscheiden. Im Übrigen richteten sich die Rechtsmittelmöglichkeiten bei Verfügungen der Aufsichtsbehörden nach den jeweiligen Spezialgesetzen und – bei Verfügungen der Nachrichtenstelle – nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege.

Schliesslich war vorgesehen, dass der Bundesrat Folgendes auf dem Verordnungsweg regeln sollte: Die Einzelheiten der organisatorischen Massnahmen, die der Finanzintermediär ergreifen musste; die Voraussetzungen, unter denen er von seiner Pflicht zur Suche nach dem Kunden entbunden werden konnte; ausserdem Form und Inhalt seiner Meldung an die Nachrichtenstelle, die Einzelheiten zur Erhebung einer Gebühr für die Meldung von Vermögenswerten und die Modalitäten der Publikation der nachrichtenlosen Vermögenswerte.

2.3 Vernehmlassung

Über den Vorentwurf wurde vom 5. Juli bis zum 30. September 2000 beim Schweizerischen Bundesgericht, bei allen Kantonen, bei den in der Bundesversammlung

vertretenen politischen Parteien sowie bei 31 weiteren Organisationen eine Vernehmlassung durchgeführt⁵⁷.

2.3.1 Allgemeine Beurteilung

Alle Organisationen, die an der Vernehmlassung teilnahmen, begrüßten die Ausarbeitung eines Vorentwurfs zu einem Bundesgesetz; ebenso anerkannten alle die Notwendigkeit, diese Frage auf Bundesebene zu regeln.

Die meisten Kantone und die Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren (FDK) sprachen sich dagegen aus, dass die Vermögenswerte, deren Rechtsinhaber nicht gefunden werden konnten, ausschliesslich der Eidgenossenschaft verfallen. Es sei kein triftiger Grund angeführt worden, um die Änderung der gesetzlichen Regelung des abschliessenden Heimfalls an die Kantone zu rechtfertigen, das nach schweizerischem Zivilrecht für die erblosen Vermögenswerte gilt.

Die Schweizerische Volkspartei, die Freisinnig-Demokratische Partei der Schweiz, die Christlich-Demokratische Volkspartei und die Liberale Partei der Schweiz bedauerten, dass der Vorentwurf der Selbstregulierung in Anlehnung an die bestehenden Strukturen (insbesondere die zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken) nicht einen grösseren Stellenwert einräume. Dem gegenüber begrüßten die Sozialdemokratische und die Grüne Partei der Schweiz gerade die Tatsache, dass die Pflichten der unterstellten Finanzintermediäre im Vorentwurf präzise geregelt seien.

Die SBVg, der Schweizerische Anlagefondsverband (SFA) sowie weitere konsultierte Organisationen bedauerten, dass der Vorentwurf den Richtlinien 2000 der SBVg nicht Rechnung trage und die Selbstregulierung überhaupt nicht berücksichtige. Ihrer Ansicht nach sollte dies umso mehr der Fall sein, als der Geltungsbereich des Vorentwurfs sich auf die bereits einer prudentiellen Aufsicht unterstellten Kategorien von Finanzintermediären beschränkte. Der Vorentwurf hätte insbesondere darauf verzichten sollen, eine verwaltungseigene Nachrichtenstelle zu errichten, da der Bankenombudsman diese Funktion schon seit 1995 zur vollsten Zufriedenheit erfülle.

Der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) bedauerte, seinen Standpunkt nicht bereits in einem früheren Stadium eingebracht haben zu können. Er regte eine gründliche Überarbeitung des Entwurfs an, um den Besonderheiten der Assekuranz Rechnung zu tragen, und zwar im Rahmen eines gesonderten Gesetzesabschnitts. Der SVV hätte sich ausserdem gewünscht, dass der Vorentwurf der Selbstregulierung einen höheren Stellenwert einräumt. Er befürchtete schliesslich, dass der Vorentwurf die laufende Gesamtrevision des Versicherungsaufsichtsrechts beeinträchtige und hätte es vorgezogen, in den bestehenden Aufsichtsgesetzen für jede Kategorie betroffener Finanzintermediäre die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen statt ein neues Gesetz zu erlassen.

⁵⁷ Die Teilnehmenden wurden mit Schreiben des EFD vom 23. Mai 2002 über das Vernehmlassungsergebnis informiert; dem Schreiben war eine vom Februar 2002 datierte Zusammenstellung der Vernehmlassungsergebnisse beigelegt.

2.3.2 Besondere Bemerkungen

Manche Organisationen, insbesondere die SBVg bedauerten, dass der Vorentwurf nicht für Finanzintermediäre gelte, die noch keiner spezialgesetzlichen Aufsicht unterstehen. Der Vorentwurf hätte beispielsweise auch die Treuhänder und die unabhängigen Vermögensverwalter sowie die Schweizerische Post miteinbeziehen müssen. Der SFA wünschte sich eine Beschränkung des Geltungsbereichs des Gesetzes auf diejenigen Fondsleitungen, die Anteilskonten führen.

Vor allem der SBVg war der Auffassung, dass der Finanzintermediär nicht als Einziger zur Aufrechterhaltung des Kundenkontakts verpflichtet sein dürfe; vielmehr sollte an Stelle dieser Vorgabe eine Suchpflicht im Falle des Abbruchs des Kontakts treten.

Gewisse Organisationen wünschten sich, dass im Gesetz die geschützten Vermögenswerte (u. a. auch die Depots ohne kommerziellen Wert) und die aufbewahrungspflichtigen Unterlagen definiert sein sollten. Zudem sei festzuschreiben, was als Kontakt gelte.

Einige Organisationen waren der Auffassung, der Begriff des «Finanzintermediärs» sei demjenigen des «Finanzakteurs» vorzuziehen, denn es bestehe keine Gefahr einer Vermengung mit dem Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor⁵⁸.

Die SBVg und der SFA erachteten die Veröffentlichung von Kontenlisten als einen unverhältnismässigen und ungerechtfertigten Angriff auf das Bankgeheimnis, während andere Organisationen der gegenteiligen Auffassung waren, nämlich, dass nach dem Kontaktabbruch eine solche Publikation noch frühzeitiger als vorgesehen erfolgen sollte.

Das CRT empfahl die gesetzliche Verankerung von Bestimmungen über die Nachforschungskosten; andere Organisationen forderten gesetzliche Vorschriften zur Mindestverzinsung.

Die befragten Organisationen stufen die gesetzlichen Fristen je nachdem als zu lang oder zu kurz ein. In den Augen der Praktiker war die einmonatige Meldefrist nach Artikel 4 zu knapp.

Im Sinne einer stärkeren Berücksichtigung der Eigentumsgarantie schlug die SBVg vor, den Übergang der nachrichtenlosen Vermögenswerte auf die Eidgenossenschaft unter bestimmten Voraussetzungen bereits nach 30 Jahren für provisorisch zu erklären, jedoch erst nach 100 Jahren für definitiv.

Eine andere Organisation wünschte eine Diskussion über die Zweckverwendung derjenigen Vermögenswerte, deren Begünstigte nicht aufgefunden werden konnten, sowie die gesetzliche Verankerung dieser Bestimmung.

⁵⁸ Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0

Zudem waren gewisse Organisationen der Ansicht, der Vorentwurf mische sich zu sehr in die privatrechtlichen Vertragsbeziehungen zwischen dem Finanzintermediär und seinem Kunden ein.

Die Rechtsnatur und die Finanzierung der Nachrichtenstelle wurden ebenfalls in Frage gestellt und eine finanzielle Beteiligung der betroffenen Finanzintermediäre vorgeschlagen, zum Beispiel bei der Meldung der Vermögenswerte, analog zu den Richtlinien der SBVg.

Die strafrechtliche Ahndung der Pflichten gab zu zahlreichen Bemerkungen Anlass; gewünscht wurde eine Unterscheidung zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Vergehen. Eine der befragten Organisationen schlug vor, der Umfang der Busse müsse sich nach der Höhe der betroffenen nachrichtenlosen Vermögenswerte richten.

Das Bundesgericht schliesslich verlangte die Einsetzung einer Rekurskommission, welche erstinstanzlich über Beschwerden gegen die Verfügungen des EFD befinden könne.

2.3.3 Versicherungen

Nach Ansicht des SVV trug der Vorentwurf für ein Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte der Besonderheit der Lebensversicherungen nicht Rechnung, welche darin bestehe, dass der Versicherer die Person, welche auf die Versicherungsleistung Anspruch hat, vor dem Eintritt des versicherten Ereignisses gar nicht kennen kann. Zudem mache es keinen Sinn, eine Versicherung zu zwingen, den Kontakt zum Versicherungsnehmer aufrechtzuerhalten, weil dieser in den meisten Fällen bei Eintritt des versicherten Ereignisses gegenüber der Versicherung nicht der Begünstigte sei. Ausserdem sei die Verjährung innert zwei Jahren nach Artikel 46 Absatz 1 VVG erreicht, bevor die im Vorentwurf vorgesehene Frist von 8 Jahren zur versuchten Wiederaufnahme des Kontakts ablaufe; demzufolge könnten der Eidgenossenschaft gar keine seit 50 Jahren nachrichtenlosen Versicherungsleistungen übertragen werden. Auch die Meldung bereits verjährter Ansprüche aus einem Lebensversicherungsvertrag mache keinen Sinn.

Für den SVV sollten nur kapitalbildende Lebensversicherungen dem Gesetz unterstellt werden, während die berufliche Vorsorge ganz aus dem Geltungsbereich auszuschliessen sei. Ausserdem müsse der örtliche Geltungsbereich des Vorentwurfs analog zur lokalen Zuständigkeit der betroffenen schweizerischen Aufsichtsbehörden definiert werden. Die als undurchführbar qualifizierte Übergangsregelung sei aufzuheben; stattdessen solle das geplante Gesetz nur auf die nach dem Inkrafttreten des Gesetzes nachrichtenlos gewordenen Vermögenswerte anwendbar sein.

3 Expertenkommission

Die im Rahmen der Vernehmlassung deutlich gewordene Meinungsvielfalt veranlasste den Bundesrat dazu, mit Beschluss vom 15. Mai 2002 das EFD mit der Einsetzung einer kleinen Expertenkommission zu beauftragen. Die Kommission sollte insbesondere die

Möglichkeiten prüfen, der von Bankkreisen geschaffenen Selbstregulierung im Bundesgesetz stärker Rechnung zu tragen und sich dabei auch auf die Ergebnisse der Untersuchung der SBVg über die Selbstregulierung stützen. Das Gesetz sollte ausserdem die Voraussetzungen definieren, unter denen eine Selbstregulierung errichtet werden könne, namentlich die Schaffung einer Nachrichtenstelle für nachrichtenlose Vermögenswerte durch die Finanzintermediäre. Das EFD kam diesem Auftrag am 1. Juli 2002 nach.

3.1 Mitglieder und Sekretariat

Folgende Personen wurden als Mitglieder der Expertenkommission ernannt:

- Dr. iur. Luc Thévenoz, Rechtsanwalt, Professor an der Universität Genf, Mitglied der EBK (Präsident);
- Victor Füglistner, lic. iur., Rechtsanwalt, stv. Vorsitzender der Geschäftsleitung der SBVg;
- PD Dr. iur. Stephan Fuhrer, Mitglied der Direktion Basler Versicherungen, Präsident der Kommission Rechtsfragen Leben des SVV;
- Dr. iur. Beat Kaufmann, stv. Leiter der Abteilung Wirtschafts- und Finanzfragen, EDA;
- Dr. iur. Felix Schöbi, BJ, Abteilung für Gesetzgebungsprojekte;
- Dr. iur. Andrea Kiefer, Advokatin, PBV, Dienst für spezielle Rechtsfragen;
- Dr. iur. Simona Bustini, Sekretariat EBK, Rechtsdienst;
- Jacqueline Cortesi-Künzi, Fürsprecherin, Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV), Rechtsdienst, Sektionsleiterin.

Nachträglich ergaben sich folgende Änderungen in der Zusammensetzung der Kommission:

- Olivier Salamin, lic. oec., lic. iur, BPV, Dienst für spezielle Rechtsfragen, ersetzte ab November 2002 Andrea Kiefer;
- Alexandra Salib, Rechtsanwältin, Prokuristin der SBVg, trat ab Februar 2003 an Stelle von Victor Füglistner;
- Christoph Burgener, stv. Leiter Abteilung Wirtschafts- und Finanzfragen, EDA, ersetzte ab Juni 2003 Beat Kaufmann.

Die Mitglieder der Kommission amtierten als unabhängige Expertinnen und Experten.

Das Sekretariat der Kommission wurde von Nicolas Vuilliamenet, Rechtsanwalt, Rechtsdienst der EFV, geführt.

3.2 Auftrag

Die Expertenkommission wurde beauftragt, dem EFD bis spätestens Ende 2003 einen Bericht samt Gesetzesentwurf vorzulegen. Im Gesetzesentwurf sollten die Rahmenbedingungen der Selbstregulierung festgelegt werden, und zwar unter Berücksichtigung der Stellungnahmen aus der Vernehmlassung vom September 2000 sowie der Ergebnisse des EBK-Gutachtens über die Selbstregulierung bei den Banken.

Der Auftrag umfasste insbesondere folgende Massnahmen:

- Überprüfung eines gegenüber dem Vernehmlassungsentwurf erweiterten Geltungsbereichs, wobei das Gesetz in der Praxis mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar sein muss.
- Prüfung des Antrags der Versicherungen aus der Vernehmlassung, das Gesetz nur auf kapitalbildende Lebensversicherungen anzuwenden.
- Vermögenswerte sollen möglichst nicht nachrichtlos werden. Die Finanzintermediäre sollen Anstrengungen unternehmen, die an einem nachrichtlosen Vermögenswert Berechtigten zu finden. Die Finanzakteure haben im Rahmen staatlich beaufsichtigter Selbstregulierung die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um diese Ziele zu erreichen.
- Errichtung einer oder mehrerer privater Nachrichtenstellen, denen die Finanzintermediäre nachrichtlose Vermögenswerte melden müssen. Die im Rahmen der Selbstregulierung betriebenen Nachrichtenstellen werden staatlich beaufsichtigt. Festlegung, unter welchen Voraussetzungen (Glaubhaftmachen) und zu welchen Bedingungen (z. B. Kosten) potenziell Berechtigte Auskunft über einen nachrichtlosen Vermögenswert erhalten können.
- Prüfung, wer (Finanzintermediär oder eventuell Nachrichtenstelle / Fonds) die Vermögenswerte nach Eintritt der Nachrichtenlosigkeit bis zum Verfall verwaltet, ob das Gesetz gewisse Bedingungen für die Verwaltung festlegen und wann die Befreiung der Finanzintermediäre eintreten soll.
- Prüfung der Angemessenheit der Verjährungsvorschriften nach dem VVG im Lichte der Problematik der nachrichtlosen Vermögenswerte.
- Prüfung, innert welcher Frist der Untergang der Kundenansprüche auf die Vermögenswerte eintritt sowie ob der Untergang definitiv oder allenfalls nur unter bestimmten Voraussetzungen eintreten soll.
- Verfall der nicht ausbezahlten Vermögenswerte an den Bund mit Beteiligung der Kantone. Prüfung einer Variante auf Errichtung eines Fonds, unter Aufzeigen der Vor- und Nachteile.
- Schaffung einer Regelung für die heute bei den Finanzintermediären bestehenden nachrichtlosen Vermögenswerte (Übergangsrecht), wobei die ordentlichen Vorschriften sinngemäss gelten.

Die Expertenkommission wurde ausserdem ermächtigt, zur Abklärung einzelner Fragen Untergruppen zu bilden, weitere Expertinnen und Experten beizuziehen und Hearings durchzuführen. Insbesondere durfte die Kommission den Bankenombudsman und den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten beiziehen.

3.3 Arbeitsweise

Die Expertenkommission hielt zwölf Sitzungen – davon zwei zweitägige – ab. Eine Delegation der Kommission führte vorgängige Hearings mit Vertretern der unabhängigen Vermögensverwalter, der Geschäftsbanken, der Schweizerischen Post und des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) durch. Einige dieser Vertreter wurden im ersten Semester 2003 von der Kommission im Plenum angehört. Eine erste Fassung des Gesetzesentwurfs wurde im August 2003 zusammen mit einem Fragebogen ad personam Vertretern der Banken, Versicherungen, der Schweizerischen Post, der SFA sowie dem Bankenombudsman zugestellt, mit einem entsprechenden Hinweis auf die Schweigepflicht. Die betreffenden Personen wurden anschliessend von der Kommission an einer Sondersitzung am 15. September 2003 angehört oder erhielten Gelegenheit, sich schriftlich zu äussern.

Die Besonderheiten des Versicherungsgeschäfts wurde der Kommission an zwei aufeinanderfolgenden Referaten dargelegt.

Da die notwendigen Arbeiten und Abklärungen mehr Zeit in Anspruch nahmen als geplant, wurde das Mandat der Expertenkommission zur Übergabe ihres Berichts an das EFD bis Mitte 2004 verlängert.

4 Mängel im geltenden Recht

Das geltende Schweizer Recht weist in Bezug auf den Umgang mit nachrichtenlosen Vermögenswerten gewisse Lücken auf. Zudem sind die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten zum Teil wenig bekannt. Je nach juristischer Qualifikation der Vermögenswerte und Beziehung zum Finanzintermediär sind die Ansprüche der Rechtsinhaber unterschiedlich geschützt.

Grundbesitz ist unverjährbar, und dank dem Eintrag von Liegenschaften und Grundstücken ins Grundbuch stehen die Eigentümer und Inhaber weiterer dinglicher Rechte eindeutig fest. Beim Ableben des eingetragenen Eigentümers bleibt der Eintrag so lange unverändert, bis die Identität des oder der neuen Eigentümer dem Grundbuchverwalter nachgewiesen wurde. Diese Vorschriften leisten Gewähr, dass die Eigentumsrechte am Grundstück weiterbestehen, auf einfache Weise ermittelt und beim Ableben des Berechtigten den Rechtsnachfolgern übertragen werden können.

Auch die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen sind unverjährbar. Das Verstreichen der Zeit allein genügt nicht, damit der Eigentümer seine dinglichen Rechte verliert. Wird eine bewegliche Sache bei einem Dritten hinterlegt, der als Aufbewahrer fungiert, so geht

das Eigentum niemals auf ihn über, ganz gleich, ob es sich dabei um einen Finanzintermediär handelt oder nicht. Beim Ableben des Eigentümers geht das Eigentum auf seine Erben oder Vermächtnisnehmer über, selbst wenn der Aufbewahrer nichts davon weiss. Die Erben können ihre Ansprüche jederzeit geltend machen. Vorbehalten bleibt der Fall, dass die Sachen von einem Dritten gutgläubig erworben oder ersessen wird (Art. 933 bzw. Art. 728 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907⁵⁹).

Ungleich schlechter geschützt sind im Falle eines dauerhaften Kontaktabbruchs die Forderungsrechte. Die Forderungen aus einem Vertrag verjähren grundsätzlich mit Ablauf von zehn Jahren seit ihrer Fälligkeit (Art. 127 OR). Die Verjährung lässt die Forderung nicht untergehen. Sie erlaubt aber dem Schuldner, seine Leistung zu verweigern und sich der Verurteilung oder Zwangsvollstreckung zu widersetzen.

Die Wirkung der strengen Verjährungsvorschriften auf die nachrichtenlosen Vermögenswerte werden allerdings durch die Rechtsprechung über die Hinterlegungsverträge für Geldbeträge relativiert. Dies gilt insbesondere für die Sparkassenverträge⁶⁰ und wahrscheinlich für alle Bankdepots⁶¹. Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass die Verjährungsfrist nicht mit der Hinterlegung des Geldbetrags zu laufen beginnt, sondern erst, wenn eine Partei die Vertragskündigung erklärt hat und sie der anderen Partei zugestellt werden konnte⁶². Ist der Kontakt abgebrochen, so kann der Aufbewahrer nicht mit dem Hinterleger kommunizieren und dieser ihm folglich auch nicht die Auflösung des Depots mitteilen, so dass die Verjährung gar nicht zu laufen beginnt. *De facto* werden die Forderungen aus einem Depot durch diese Rechtsprechung somit unverjährbar.

Diese Rechtsprechung gilt jedoch nur für die Hinterlegungsverträge, und zwar unabhängig davon, ob sie einen Geldbetrag zum Gegenstand haben oder nicht. Sie findet insbesondere keine Anwendung auf die Versicherungsverträge, obwohl für diese eine viel kürzere Verjährungsfrist von zwei Jahren nach Ablauf der Police oder nach Eintritt des versicherten Ereignisses gilt (Art. 46 VVG). Die Rechtsprechung anerkennt zudem, dass die Verjährung auch dann zu laufen beginnt, wenn der Versicherte oder die begünstigte Person ihren Anspruch oder den Eintritt des versicherten Ereignisses nicht kennen⁶³.

In den vorangehenden Erläuterungen wird das Problem der nachrichtenlosen Vermögenswerte vor allem im Zusammenhang mit der internationalen öffentlichen Auseinandersetzung über die Rolle der Schweiz während des Zweiten Weltkriegs und über ihre spätere Haltung gegenüber den von den Holocaustopfern hinterlegten Vermögenswerten beleuchtet. Ausserhalb dieses besonderen Kontextes zeigt sich, dass der Kontaktabbruch im Bankenbereich oftmals durch den Kunden verhindert werden könnte, beispielsweise, indem er nahe stehende Drittpersonen über die Hinterlegung eines

⁵⁹ Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210

⁶⁰ BGE 100 II 153

⁶¹ Gemäss Richtlinien der SBVg haben die Banken darauf verzichtet, in Sachen nachrichtenlose Vermögenswerte die Verjährung geltend zu machen.

⁶² BGE 91 II 442

⁶³ BGE 126 III 278

Vermögenswertes informiert oder dem Finanzintermediär die für die Aufrechterhaltung des Kundenkontakts erforderlichen Mitteilungen macht. Gerade an Vermögenswerten von geringem Wert zeigen die Kunden in der Praxis oftmals wenig Interesse, mit der Folge, dass solche Vermögenswerte beim Kunden selbst in Vergessenheit geraten können, seinen Rechtsnachfolgern nicht bekannt sind oder aus anderen Gründen nachrichtlos werden. Im Normalfall liegen die Gründe für den Kontaktabbruch somit oft in der Sphäre des Kunden; mit präventiven Massnahmen kann das Risiko des Kontaktabbruchs reduziert werden, ganz ausschliessen lässt es sich aber nicht.

Unabhängig davon, ob die Ansprüche im Falle des Kontaktabbruchs angemessen geschützt sind oder nicht, hängt eine der grössten Lücken in unserer Rechtsordnung damit zusammen, dass keine Verfahren existieren, die es den Rechtsinhabern erlauben würden, auf einfache Weise nach den Vermögenswerten zu suchen, wenn sie die Identität des Aufbewahrers nicht kennen. Besonders gross ist diese Schwierigkeit im Falle von Bankguthaben, wegen dem Schutz des Bankgeheimnisses in unserem Land, ebenso wegen dem beabsichtigten oder unbeabsichtigten Schweigen der in- und ausländischen Hinterleger gegenüber ihren Angehörigen und Erbberechtigten bezüglich des Vorhandenseins, des Umfangs und der Lokalisierung von Bankguthaben. Bis 1995 war ein Erbe, der davon ausging, durch Erbschaft unzureichend identifizierte Bankguthaben geerbt zu haben, gezwungen, jede Bank, die dafür in Frage kam, einzeln anzufragen. 1995 verabschiedete die SBVg namentlich als Reaktion auf die öffentlichen Diskussionen über die nachrichtlosen Vermögen (siehe Kap. 1.2) im Rahmen der Selbstregulierung Vorschriften, die den Rechtsinhabern die Aufgabe erleichterten (siehe Kap. 1.2.2.1). Die im Jahr 2000 verabschiedete Revision verbesserte das Dispositiv ganz erheblich, indem die Daten über nachrichtlose Konten und Vermögenswerte zentralisiert, die Meldung nachrichtloser Vermögenswerte für obligatorisch erklärt und dem schweizerischen Bankenombudsman ermöglicht wurde, selber die Nachforschungen in der Liste der nachrichtlosen Vermögenswerte vorzunehmen, die ihm von den Banken gemeldet werden (siehe Kap. 1.2.2.5).

Bezüglich der Bankguthaben wurde das Problem erkannt (und weitgehend gelöst); das Problem besteht jedoch weiterhin ungelöst bezüglich der übrigen Finanzintermediäre, seien dies die Finanzabteilung der Schweizerischen Post (PostFinance), die Lebensversicherungen, die Fondsleitungen, die selber Anteilkonten führen, oder Personen, die beruflich oder nichtberuflich das Vermögen Dritter verwalten (Vermögensverwalter, Treuhänder, Notare, Rechtsanwälte usw.).

Diese Lücke lässt sich nicht auf privatem Weg schliessen. Da manche Ansprüche nach heutigem Recht unverjährbar sind, haben die betroffenen Finanzintermediäre die Pflicht, sie auf unbestimmte Zeit in ihrer Bilanz auszuweisen. Das macht keinen Sinn. Es liegt am Bundesgesetzgeber, für die definitive Entlastung dieser Finanzintermediäre nach einer längeren als der ordentlichen Verjährungsfrist zu sorgen, vorausgesetzt, die Vermögenswerte gehen nicht auf den Finanzintermediär über, sondern fallen an die öffentliche Hand.

5 Rechtsvergleich⁶⁴

Die Mehrheit der europäischen Staaten (Belgien, Dänemark, Deutschland, Grossbritannien, Italien, Luxemburg, Österreich, Schweden, Osteuropa) kennt keine spezielle gesetzliche Regelung über nachrichtenlose Vermögenswerte. In den meisten Fällen wird der betreffende Finanzintermediär nach Ablauf der ordentlichen zivilrechtlichen Verjährungsfrist Eigentümer dieser Vermögenswerte. In einigen Ländern (Norwegen, Niederlande, Spanien, Frankreich) begründen Sonderbestimmungen namentlich spezielle Verjährungsfristen sowie den Verfall der nachrichtenlosen Vermögenswerte an den Staat. Irland und die meisten amerikanischen Bundesstaaten haben eine umfassende Sondergesetzgebung verabschiedet, die sich allgemein durch Sorgfaltspflichten für die Finanzintermediäre, ein besonderes Verfahren zur Behandlung der Vermögenswerte und ihrer mutmasslichen Rechtsinhaber sowie den Verfall an den Staat auszeichnen.

Die folgenden Abschnitte enthalten eine Beschreibung der heutigen Rechtslage in Deutschland, Österreich, Belgien, Spanien, Frankreich, Irland, Italien, den Niederlanden, Grossbritannien und den Vereinigten Staaten.

In *Deutschland* unterstehen die nachrichtenlosen Vermögenswerte den allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Für die Banken hat dies zur Folge, dass die Vermögenswerte, auf die keine Ansprüche geltend gemacht werden und die aus Depositenkonten stammen, unverjährbar sind; die Verjährungsfrist beginnt wie im Schweizer Recht nämlich erst, nachdem eine Partei den Vertrag aufgelöst und die andere Partei davon Kenntnis erhalten hat. In der Praxis hat die Deutsche Bankiersvereinigung jedoch ein kostenloses Suchverfahren eingerichtet; darin empfiehlt sie ihren Mitgliedern, die Inhaber nachrichtenloser Vermögenswerte zu suchen, die Konten gegen unberechtigte Zugriffe zu schützen und sie je nach Höhe des Guthabens zu schliessen (bis 50 Euro), sie auf ein gemeinsames Konto zu überweisen, wobei gleichzeitig die Ermittlung der Ansprüche allfälliger Rechtsinhaber gewährleistet sein muss (von 50 und 2 500 Euro) oder sie so zu verwalten, dass sie ihren Rechtsinhabern kurzfristig zurückgegeben werden können (über 2 500 Euro). Im Bereich der Lebensversicherungen beträgt die ordentliche Verjährungsfrist fünf Jahre. Muss eine Leistung im Erlebensfall ausgerichtet werden, beginnt diese Frist nach Ablauf des Jahres, in welchem die Versicherung fällig wird. Muss eine Leistung im Todesfall ausgerichtet werden, nimmt die Verjährungsfrist ihren Anfang erst nach Ablauf des Jahres, in dem die Nachforschungen über den Eintritt des Versicherungsereignisses und die Höhe allfälliger Entschädigungen abgeschlossen sind. Wird die Existenz nachrichtenloser Vermögenswerte vermutet, kann die Verjährungsfrist in der Regel nicht zu laufen beginnen. Gewisse Versicherer greifen ferner zu einem deutschen Rechtsinstitut, das die Hinterlegung solcher Vermögenswerte beim Richter mit schuldbefreiender Wirkung für den Gläubiger ermöglicht; nach 30 Jahren fallen die hinterlegten Guthaben an den Staat oder dieser kann verlangen, dass die Vermögenswerte an den Versicherer übergehen.

⁶⁴ Dieses Kapitel ist das Ergebnis einer Abklärung des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (ISDC). Es handelt sich um zwei Gutachten über die rechtliche Stellung der nachrichtenlosen Vermögenswerte 97-060 und 97-060c vom 30. Juli 1997 beziehungsweise vom 23. Oktober 2003.

Auch *Österreich* kennt keine Sondergesetzgebung für nachrichtenlose Vermögenswerte; Bankguthaben verjähren nach einer ordentlichen Frist von 30 oder 40 Jahren. Im Bereich der Lebensversicherungen verjähren die Ansprüche gegenüber dem Versicherer im Allgemeinen nach drei Jahren. Kann ein Dritter einen Anspruch geltend machen, beginnt die Verjährung erst an dem Tag zu laufen, an dem der Betreffende von seinem Anspruch erfährt, spätestens aber nach zehn Jahren.

In *Belgien* fallen Geldeinlagen nach Ablauf einer Frist von 30 Jahren ab der schriftlichen Kontoauflösung an die Bank. Inhaberpapiere, deren Rechtsinhaber nicht wieder gefunden werden können, dürfen dagegen nicht an die Bank fallen. Die Bank kann sie einer staatlichen Depotkasse übergeben. Im Versicherungsbereich beträgt die Verjährungsfrist 30 Jahre nach Eintritt des versicherten Ereignisses; der Fristbeginn darf von einer Person, die nachweisen kann, erst im Nachhinein vom Eintritt des versicherten Ereignisses Kenntnis erhalten zu haben, um fünf Jahre aufgeschoben werden. Die Verjährung beginnt nicht zu laufen, wenn die versicherte oder begünstigte beziehungsweise geschädigte Person infolge höherer Gewalt nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist aktiv werden kann.

In *Spanien* verpflichtet das Gesetz die Verwahrer nachrichtenloser Depots und Guthaben, diese nach Ablauf einer Frist von 20 Jahren dem Staat abzuliefern. Diese Verpflichtung wurde in einen aktuellen Gesetzesentwurf übernommen, welcher den Verwahrern auch vorschreibt, solche Vermögenswerte dem zuständigen Ministerium zu melden. Es ist noch ungewiss, ob dieser Gesetzesentwurf auch auf Rechtsansprüche aus Lebensversicherungen anwendbar sein wird, für die eine ordentliche Verjährungsfrist von fünf Jahren gilt.

In *Frankreich* ermächtigt das Gesetz die Verwahrer von Geldeinlagen und Wertschriften, die entsprechenden Konten zu schliessen, wenn die Rechtsinhaber für die dort lagernden Depots und Vermögenswerte seit zehn Jahren kein Geschäft mehr getätigt oder sie nicht zurückgefordert haben. In einem solchen Fall können die Guthaben bei einer Hinterlegungsstelle deponiert werden; nach 30 Jahren fallen sie definitiv an den Staat. Dieselbe Regelung gilt auch für Lebensversicherungen.

Die Republik *Irland* hat vor kurzem ein Gesetz verabschiedet, das die Problematik der nachrichtenlosen Vermögenswerte umfassend regelt. Die Kreditinstitute, die Bankguthaben aufbewahren, für die seit über 15 Jahren keine Geschäfte mehr getätigt wurden, müssen zum Beispiel bestimmte Massnahmen treffen. Zeitigen die obligatorischen Kundennachforschungen nach sechs Monaten noch immer keinen Erfolg, sind die Institute verpflichtet, öffentlich bekannt zu machen, dass sie nachrichtenlose Vermögenswerte aufbewahren. Nach Ablauf einer zweiten Frist von sechs Monaten müssen die Vermögenswerte von den Geldinstituten in einen öffentlichen Fonds eingezahlt werden. Der Rechtsinhaber kann zeitlich unbefristet die Rückerstattung seiner verzinsten Guthaben verlangen. Obwohl alle nachrichtenlosen Vermögenswerte in diesen Fonds eingezahlt werden müssen, muss durch die Art und Weise der Einzahlung nur bei Guthaben von über 100 Euro gewährleistet sein, dass ein allfälliger Anspruchsberechtigter

sie wiederbekommen könnte. In den Fonds einbezahlte und nicht zurückgeforderte Vermögenswerte werden einem sozialen Zweck zugeführt. Für Lebensversicherungen gilt eine ähnliche gesetzliche Regelung. Je nach Höhe der fraglichen Versicherungsleistung müssen sie individuelle Kundennachforschungen betreiben (Guthaben über 500 Euro) oder die Kunden über öffentliche Namenslisten suchen (weniger als 500 Euro).

In *Italien* hat der Gesetzgeber keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen für nachrichtenlose Vermögenswerte vorgesehen. Im Postbankenbereich fallen die nachrichtenlosen Vermögenswerte nach einer Verjährungsfrist von zehn Jahren an den Staat, und zwar ab dem 1. Januar nach dem Kalenderjahr, in dem die letzte Buchung verzeichnet oder eine andere unterbrechende Handlung vorgenommen wurde. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung sind bezüglich der Banken der einhelligen Auffassung, dass die ordentliche Verjährungsfrist von zehn Jahren an dem Tag zu laufen beginnen muss, an dem das letzte Kredit- oder Bezugsgeschäft verbucht wurde. In der Praxis üben die Banken jedoch gegenüber den Rechtsinhabern von Depots, die ihren Anspruch begründen können, die Verjährungseinrede nicht aus. Für die Lebensversicherungen beträgt die Verjährungsfrist ein Jahr ab Eintritt der anspruchsbegründenden Ereignisse.

Grossbritannien kennt keine gesetzlichen Bestimmungen über nachrichtenlose Vermögenswerte. Im Rahmen der Selbstregulierung sind gewisse Fragen geregelt, namentlich das den Inhabern nachrichtloser Vermögenswerte offen stehende Verfahren. Die Selbstregulierung gründet auf dem Gesetz über die Finanzdienstleistungen, das für Banken gilt und dessen Geltungsbereich ab Ende 2004 auch auf die Versicherer ausgedehnt werden soll. Die komplexe und ausführliche Selbstregulierung ist für Finanzintermediäre im Allgemeinen nur sehr beschränkt verbindlich. So ist es zwar möglich, beim Ombudsmann Beschwerde einzureichen, doch seine Entscheide sind für das betreffende Finanzinstitut grundsätzlich nicht bindend. Die britische Bankiervereinigung hat eine Zentrale eingerichtet, die den Auftrag hat, den Rechtsinhabern von nachrichtenlosen Vermögenswerten bei der Suche behilflich zu sein.

In den *Vereinigten Staaten* ist die Frage der nachrichtenlosen Vermögenswerte auf der Ebene der Bundesstaaten geregelt, wobei diese mehrheitlich ein gemeinsames Gesetz (Uniform Unclaimed Property Act von 1981 oder 1995, nachstehend UUPA) angenommen haben. Nur einige wenige haben eigene Bestimmungen erlassen, die dem UUPA jedoch sehr ähnlich sind. Der Staat New York spielte eine Pionierrolle, indem er bereits 1943 ein Sondergesetz verabschiedete, dessen Regelungsgrundsätze vergleichbar sind mit jenen des UUPA. Laut UUPA gelten Vermögenswerte nach einer Dauer von zwei bis sieben Jahren als nachrichtlos, je nachdem, um welche Art von Vermögenswerten es sich handelt und je nach Länge der Frist, die in den einzelnen Bundesstaaten vereinbart wurde. Die Inhaber von Vermögenswerten müssen die einen bestimmten Betrag (im Allgemeinen 50 USD) übersteigenden Vermögenswerte einer staatlichen Stelle melden, nachdem sie sich in den 120 Tagen vor der Meldung schriftlich an die Rechtsinhaber gewendet haben. Die staatliche Stelle veröffentlicht anschliessend die Namen der betreffenden Rechtsinhaber, denen sie ebenfalls eine schriftliche Mitteilung zukommen lässt. Die

Vermögenswerte müssen innert sechs Monaten nach der Meldung dem Staat überwiesen werden. Dieser ist, als letzter Depositär, verpflichtet, die Vermögenswerte zeitlich unbegrenzt herauszugeben, falls ein nachweislich Berechtigter darauf Anspruch erhebt. Im UUPA ist zudem die Höhe der Unkosten festgelegt, die von den nachrichtenlosen Vermögenswerten in Abzug gebracht werden dürfen. Das UUPA gilt nicht nur für Leistungen aus Lebensversicherungspolice, sondern auch für zahlreiche andere Arten von Vermögenswerten, beispielsweise für Lotteriegewinne.

6 Kommentare zu den einzelnen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs

Artikel 1 Geltungsbereich

Artikel 1 regelt den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich.

Das Gesetz gilt für Finanzintermediäre, die bereits einer prudentiellen bundesrechtlichen Aufsicht unterstehen, das heisst für die Banken nach dem BankG (Abs. 1 Bst. a), für die Effektenhändler nach dem Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel⁶⁵ (Abs. 1 Bst. b), für die Fondsleitungen nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds⁶⁶, soweit sie selbst Vermögen verwalten (Abs. 1 Bst. c), und für die Versicherungen nach dem Bundesgesetz vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen⁶⁷ (Abs. 1 Bst. d), welche die direkte Lebensversicherung betreiben. Letztere unterstehen diesem Gesetz jedoch nur in Bezug auf kapitalbildende Lebensversicherungsverträge

Der Geltungsbereich des Gesetzes wird ferner auf die Schweizerische Post (Abs. 1 Bst. e) und teilweise auf die unabhängigen Vermögensverwalter (Abs. 1 Bst. f und Abs. 2) ausgedehnt.

Schliesslich erlaubt das Gesetz den nicht unterstellten Inhabern fremder Vermögenswerte, diese mit befreiender Wirkung einem Finanzintermediär nach Absatz 1 zu überweisen, wenn dieser sein Einverständnis gibt (Abs. 3).

Absatz 1

Buchstabe c

Bei Anlagefonds gilt der Gesetzesentwurf nur für Institutionen, die ihre Kunden kennen und mindestens bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung persönlich mit ihnen Kontakt hatten. Diese Voraussetzungen erfüllen nur die Fondsleitungen von Anlagefonds, die selber für Investoren Vermögen verwalten; nur sie sind demnach dem Gesetz unterstellt.

Im März 2003 präsentierte die mit der Revision des AFG beauftragte Expertenkommission (Kommission Forstmoser) den Entwurf für ein Bundesgesetz über die kollektiven

⁶⁵ Börsengesetz, BEHG; SR 954.1

⁶⁶ Anlagefondsgesetz, AFG; SR 951.31

⁶⁷ Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01

Kapitalanlagen (E-KAG); der Entwurf sieht eine Totalrevision des AFG vor. Der Bundesrat schickte ihn vom 14. Januar bis 14. April 2004 in die Vernehmlassung. Falls dieser Revisionsentwurfs vom Parlament angenommen wird, hätte dies, unter bestimmten Voraussetzungen, eine Ausweitung des gesetzlichen Geltungsbereichs auf neue rechtliche Formen kollektiver Kapitalanlagen zur Folge, wie zum Beispiel auf Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV), Anlagestiftungen, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen und Investmentgesellschaften mit festem Kapital (SICAF). Das Gesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte wird hingegen nur auf jene Rechtsträger Anwendung finden, die ihre Kunden kennen und zumindest bei Aufnahme der Geschäftsbeziehungen persönlich mit ihnen Kontakt hatten. Das heisst:

- Fondsleitungen, die für Investoren Vermögen verwalten, stehen mit diesen in direktem Kontakt und sind demnach unterstellungspflichtig.
- Die Investmentgesellschaften mit festem oder variablem Kapital hingegen pflegen grundsätzlich überhaupt keinen Kontakt zum Investor, da er ihnen gar nicht bekannt ist. Die Anteilscheine oder Aktien werden vom Investor in Form eines Bankdepots angelegt. Falls diese Anteile oder Aktien physisch ausgehändigt werden, erfolgt dies über eine Bank. Bei Wertpapieren, bei denen ein Teil der Ansprüche der betreffenden juristischen Person verbrieft ist, handelt es sich meistens um Inhaberpapiere, was die Identifikation des Kunden von vornherein ausschliesst. Die SICAV und SICAF sind hingegen unterstellungspflichtig, wenn sie selbst Vermögen oder Aktienanteile verwalten.
- Die Kommanditgesellschaften für kollektive Anlagen führen grundsätzlich eine Namensliste der Kommanditäre, mit denen sie Kontakt pflegen; insofern gehören sie zum Geltungsbereich des Gesetzesentwurfs.

Buchstabe d

Das EFD hielt in seinem Auftrag vom 1. Juli 2002 an die Expertenkommission fest, dass der Vorschlag des SVV, den Geltungsbereich des Gesetzes auf die kapitalbildenden Lebensversicherungen zu beschränken, zu prüfen sei.

Die Kommission beschloss aus nachstehenden Gründen, diesem Vorschlag zu folgen.

Das Gesetz bezweckt den Schutz der Vermögenswerte, die als Spareinlage oder zur Aufbewahrung hinterlegt sind. Sein Geltungsbereich erstreckt sich demnach beispielsweise nicht auf nicht geltend gemachte Lotteriegewinne oder Garantieleistungen. Ebenso wenig sollen, mit Ausnahme der Lebensversicherungen, die Leistungen aus direkten Versicherungspolice wie einer Schadenversicherung unter das Gesetz fallen. Nur die kapitalbildenden Lebensversicherungen entsprechen dem Spar- oder Hinterlegungsgedanken, der die vom Gesetz geschützten Vermögenswerte charakterisiert. Bei den reinen Lebensversicherungspolice, die sich von den Schadenversicherungen nur im Versicherungsobjekt unterscheiden, ist das nicht der Fall. Mischprodukte aus Risikodeckung und Kapitalbildung fallen dagegen ebenfalls unter den gesetzlichen Geltungsbereich. In einem solchen Fall decken die einbezahlten Prämien nämlich nicht

nur das versicherungsmathematische Todesfallrisiko, sondern sie bilden auch eine der Versicherung anvertraute Ersparnis.

Buchstabe e

Die Schweizerische Post ist eine selbstständige öffentlichrechtliche Anstalt, errichtet auf der Grundlage des POG. Über ihre Finanzdienstleisterin PostFinance ist sie Verwahrerin zahlreicher Konten (gelbe Konten und Anlagefondsanteile), namentlich von natürlichen Personen und Vereinigungen. Die Schweizerische Post bietet auch Anlagefonds an, dies in Zusammenarbeit mit Versicherungen (fondsgebundene Lebensversicherungspolice) oder mit Banken (Anlagen in Fonds). Die vorliegende Aufzählung der Finanzdienstleistungen der Schweizerischen Post ist nicht vollständig; es ist durchaus möglich, dass weitere Produkte, die dem Spar- oder Hinterlegungsgedanken entsprechen, dem Gesetz unterstellt sind.

Indem die Schweizerische Post in grossen Mengen Publikumseinlagen entgegennimmt, übt sie eine bankenähnliche Tätigkeit aus und bewahrt wie eine Bank nachrichtenlose Vermögenswerte auf. Im Vorentwurf 2000 war die Unterstellung der Schweizerischen Post nicht vorgesehen, weil sie keiner prudentiellen Aufsicht in der Art der Bankenaufsicht untersteht. Die im neuen Gesetzesentwurf statuierte Beaufsichtigung der Schweizerischen Post kann dadurch gewährleistet werden, dass die bereits bestehende Struktur der Selbstregulierungsorganisation (SRO) der Schweizerischen Post nutzbar gemacht wird (siehe Kommentar zu Art. 26 Bst. c).

Keine Anwendung findet der Entwurf dagegen auf Barzahlungsaufträge, die ihrem Empfänger nicht zugestellt werden konnten. Das Geld für einen Zahlungsauftrag wird nämlich nicht zur dauerhaften Aufbewahrung anvertraut. Zudem informiert die Schweizerische Post unverzüglich den Auftraggeber und gibt ihm das Geld zurück, falls es dem Empfänger nicht ausgehändigt werden kann.

Buchstabe f

Diese Bestimmung und Artikel 1 Absatz 3 des Entwurfs sehen die teilweise Unterstellung der unabhängigen bzw. externen Vermögensverwalter (unabhängige Vermögensverwalter) vor, die im Rahmen einer Vollmacht die Guthaben ihrer Kunden verwalten, welche diese bei einem anderen Finanzintermediär (Depotbank oder Effektenhändler) nach Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe e GwG hinterlegt haben.

Schätzungsweise acht bis zehn Prozent der in der Schweiz verwalteten Vermögen, das heisst rund 300 Milliarden Franken, werden von unabhängigen Vermögensverwaltern betreut. Deren Zahl schwankt zwischen 2 200 und 2 500. Die unabhängigen Vermögensverwalter pflegen systematischer einen engen und regelmässigen Kontakt zu ihren Kunden als die Banken, bei denen die Kundenvermögen hinterlegt sind. Es kann sogar vorkommen, dass die Depotbank ihren Kunden, dessen Vermögen von einem unabhängigen Vermögensverwalter betreut wird, gar nie kennen lernt. Im Gegensatz zu den Depotbanken kann es bei den unabhängigen Vermögensverwaltern durchaus

vorkommen, dass sie sämtliche Bankenverbindungen ihrer Kunden in der Schweiz kennen.

Das geltende Schweizer Aufsichtsrecht über die unabhängigen Vermögensverwalter beschränkt sich auf den spezifischen Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei. Die Kommission Zimmerli wird für diese Finanzintermediäre jedoch die Möglichkeit der Schaffung einer prudentiellen Aufsicht prüfen⁶⁸.

Die unabhängigen Vermögensverwalter gehören angesichts des Umfangs der von ihnen betreuten Vermögen und vor allem angesichts des sehr engen und manchmal sogar ausschliesslichen Kontakts, den sie zu ihrer Kundschaft pflegen, in den Geltungsbereich eines Gesetzes über nachrichtenlose Vermögenswerte.

Eine umfassende Unterstellung der unabhängigen Vermögensverwalter unter das Gesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte wäre jedoch nur zusammen mit der (ad hoc) Errichtung eines entsprechenden Aufsichtsapparates möglich, was eine unverhältnismässige Massnahme darstellen würde. Die Strukturen aus dem Spezialbereich der Geldwäschereibekämpfung eignen sich nicht für die Problematik der nachrichtenlosen Vermögenswerte, da namentlich die Vielzahl der SRO nicht mit der Forderung nach einer einzigen Nachrichtenstelle und nach einer einheitlichen Selbstregulierung für jede Branche von Finanzintermediären vereinbar ist. Zudem wird die spezifische Aufsicht im Bereich des GwG teils indirekt durch die SRO, teils direkt durch die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kontrollstelle) wahrgenommen. Schliesslich gehört die Schaffung eines Aufsichtssystems zum Auftrag der Kommission Zimmerli. Sollte für die unabhängigen Vermögensverwalter ein solches System errichtet werden, müssten sie dem Gesetz über die nachrichtenlosen Vermögenswerte unterstellt werden, mit der Folge, dass dieses entsprechend abzuändern wäre.

Im Bereich der unabhängigen Vermögensverwalter fehlt eine prudentielle Aufsicht. Dies führt dazu, dass sie jenen Bestimmungen des vorliegenden Entwurfs nicht unterstehen, welche die Selbstregulierung betreffen, weil eine Aufsichtsbehörde die im Rahmen der Selbstregulierung erlassenen Vorschriften genehmigen und auch ihre Umsetzung kontrollieren muss. Die spezifischen Pflichten für Depositäre gemäss Entwurf ermöglichen jedoch eine Lösung des besonderen Problems der nachrichtenlosen Vermögenswerte unter unabhängiger Verwaltung. Mit Ausnahme des dritten, fünften und achten Abschnitts gilt der Entwurf auch für die unabhängigen Vermögensverwalter, soweit der sechste Abschnitt keine besonderen Vorschriften enthält (siehe weiter hinten die detaillierte Liste der anwendbaren Bestimmungen, bei der Kommentierung des sechsten Abschnitts). Der Vermögensverwalter muss zum Beispiel allein oder unter (freiwilliger) Mitwirkung des Depositärs die Nachforschungen nach Artikel 8 und 9 anstellen, wenn der Kontakt zum Kunden abgebrochen ist (Art. 21). Sind die Nachforschungen erfolglos geblieben, spätestens aber zwei Jahre nach dem Kontaktabbruch, verpflichtet Artikel 22 Absatz 1

⁶⁸ Bisher existiert für den Begriff «prudentielle Aufsicht» ("prudential supervision" im Englischen) keine anerkannte Definition. Dieser allgemeine Begriff umfasst ein breites Instrumentarium, mit dem die Solvenz der beaufsichtigten Institutionen, der Anlegerschutz und die Integrität des Finanzsystems gewährleistet werden sollen.

Buchstabe c des Entwurfs den unabhängigen Vermögensverwalter – unter Androhung von Strafe (Art. 36) – den Depositär darüber zu informieren, dass die Vermögenswerte nachrichtenlos sind. Der Depositär kann anschliessend darauf verzichten, selbst Nachforschungen nach Artikel 8 und 9 anzustellen und stattdessen gleich Massnahmen nach Artikel 10 Absatz 1 treffen (Art. 22 Abs. 2). Der Depositär wird seiner Nachrichtenstelle also insbesondere allfällige Vermögenswerte melden müssen, was der unabhängige Vermögensverwalter nicht tun kann, weil er ihr nicht angeschlossen ist. Der Depositär, der im Gegensatz zum unabhängigen Vermögensverwalter die Transaktionen über die Vermögenswerte direkt abwickeln kann, übernimmt auch die Liquidation der nachrichtenlosen Vermögenswerte und die Ablieferung des Nettoerlöses an den Bund, nach Abzug der ungedeckten Kosten gemäss Artikel 19 Absatz 1 und 2 des Entwurfs. Der unabhängige Vermögensverwalter ist nicht von den anderen, im zweiten Abschnitt des Gesetzesentwurfs verankerten Pflichten befreit. Insbesondere muss er die Massnahmen nach Artikel 10 Buchstaben a, b, c und e treffen (Art. 22 Abs. 1 Bst. a, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 36) und die nachrichtenlosen Vermögenswerte im mutmasslichen Interesse der Rechtsinhaber verwalten (Art. 12 Abs. 1, erster Satz in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 Bst. b). Der unabhängige Vermögensverwalter muss auch die präventiven Massnahmen nach Artikel 5 des Entwurfs ergreifen. Schliesslich müssen der unabhängige Vermögensverwalter und der Depositär sich gegenseitig informieren, wenn der Kontakt zum Kunden wieder hergestellt ist und wenn ein vermuteter Rechtsinhaber Ansprüche auf die nachrichtenlosen Vermögenswerte geltend macht (Art. 22 Abs. 3).

Absatz 2

Angesichts der Spezialgesetzgebung auf dem Gebiet der beruflichen Vorsorge (siehe Kap. 1.2.5) werden die Lebensversicherungspolizen, die dem BVG unterstehen, sowie die übrigen anerkannten Formen der Erhaltung des Vorsorgeschutzes nach FZG (Freizügigkeitskonto) nicht in den Geltungsbereich des Entwurfs für ein Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte aufgenommen (siehe Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs). Die gebundene Selbstvorsorge (Säule 3a) sowie die freie Selbstvorsorge (Säule 3b) hingegen unterstehen dem Gesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte.

Absatz 4

Ausser den berufsmässigen Finanzintermediären nach Absatz 1 bewahren auch andere natürliche oder juristische, in der Schweiz niedergelassene Personen Vermögenswerte auf, die ihnen von Dritten anvertraut wurden und die von einem Abbruch des Kundenkontakts betroffen sind. Um vom Gesetzes erfasst zu werden, müssen diese Inhaber fremder Vermögenswerte in der Schweiz niedergelassen sein. Dies bedeutet in Bezug auf natürliche Personen, dass sie hier ihr Berufsdomizil (insbesondere Rechtsanwälte oder Notare) haben; bei juristischen Personen wird vorausgesetzt, dass sie ihren Sitz, eine Zweigniederlassung oder eine Agentur in der Schweiz haben. Mit dem siebten Gesetzesabschnitt soll es den Inhabern fremder Vermögenswerte unter gewissen Voraussetzungen ermöglicht werden, sich von ihren Pflichten zu befreien, indem sie die

betreffenden Vermögenswerte einem Finanzintermediär nach Absatz 1 Buchstaben a bis e übergeben; dieser muss allerdings mit der Übertragung einverstanden sein.

Artikel 2 Nachrichtenloser Vermögenswert

Dieser Artikel definiert, unter welchen Bedingungen Vermögenswerte als «nachrichtenlose Vermögenswerte» im Sinne des Gesetzesentwurfs zu gelten haben⁶⁹. Die Vermögenswerte gelten spätestens nach zwei Jahren seit Kontaktabbruch als nachrichtenlos.

Grundsätzlich sind alle Güter, die unter den Begriff Vermögen fallen und die einem dem Gesetz unterstellten Finanzintermediär zur Aufbewahrung oder Verwaltung anvertraut werden, Vermögenswerte nach Artikel 2. Dies gilt zum Beispiel für Bargeld, Edelmetalle, Wertschriften, treuhänderisch aufbewahrte Forderungen, Schmuckstücke und Kunstgegenstände. Dabei ist irrelevant, ob der Kunde gegenüber dem Finanzintermediär einen persönlichen (obligatorischen) Rückforderungsanspruch (z. B. Bankkonto oder Lebensversicherungsleistung) oder ein dingliches) Recht (Eigentum) besitzt, mit dem er die Herausgabe des Vermögenswerts gegenüber jedermann verlangen kann (z. B. Tresorfachvertrag). Ein Vermögenswert im Sinne des Gesetzesentwurfs muss ferner nicht notwendigerweise einen Verkehrswert besitzen: Das ist zum Beispiel bei Briefen, einer Bestattungsurne oder Fotografien der Fall, die in einem Safe aufbewahrt werden, und deren Wert rein ideell ist.

⁶⁹ In der französischen Version des Entwurfs wird der Begriff «Vermögenswert» mit «valeur patrimoniale» oder, der Einfachheit halber, mit «avoir» bezeichnet, wie in den Weisungen 1995 und 2000 der SBVg. Der Begriff «fond» dagegen wird nicht benützt, weil er den materiellen Geltungsbereich auf Geldsummen zu beschränken scheint. Im Französischen, Deutschen und Englischen gibt es verschiedene Begriffe, um den Status der Vermögenswerte zu bezeichnen, die unter das Gesetz fallen. Zum Beispiel wird der Ausdruck «dormant account» im ICEP-Bericht (Volcker-Komitee) im Deutschen mit «nachrichtenlose Vermögenswerte» und im Französischen mit «comptes dormants» wiedergegeben. Im UEK-Schlussbericht wird weiterhin der Ausdruck «nachrichtenlose Vermögenswerte» verwendet, im Vorentwurf von 2000 und in den Richtlinien 1995 und 2000 der EBK hingegen wird er im Französischen entweder mit «fonds en déshérence» oder mit «avoirs sans nouvelles» übersetzt. Im Deutschen scheint sich der Begriff «nachrichtenlose Vermögenswerte» durchgesetzt zu haben und sollte deshalb beibehalten werden. Im Französischen hat sich keine der Varianten durchsetzen können; von «avoirs sans nouvelles» kann nicht die Rede sein, denn der Finanzintermediär, nicht die Vermögenswerte in seinem Besitz sind «sans nouvelles» des Rechtsinhabers; auch «avoirs en déshérence» ist unpassend, weil dieser Begriff nur Sachen bezeichnet, für die es keine Erben mehr gibt, ebenso wenig «comptes dormants», weil diese Wendung zu abstrakt und ungenau ist. Der Ausdruck «avoirs non réclamés» gibt am besten wieder, dass die einem Finanzintermediär anvertrauten Vermögenswerte von ihrem Rechtsinhaber nicht zurückverlangt wurden und deshalb aufbewahrt werden müssen. Dieser Ausdruck stimmt mit der englischen Bezeichnung «unclaimed properties» überein. Die Tatsache, dass die Rechtsinhaber die dem Gesetz unterstellten Vermögenswerte «geltend machen» können, bedeutet natürlich nicht, dass die Banken sie unverzüglich zurückgeben müssen, ohne dass die Berechtigung der geltend gemachten Ansprüche überprüft würde. Aus diesem Grund entschied sich die Expertenkommission für den Begriff «avoirs non réclamés», der in der Dissertation "Les avoirs bancaires non réclamés", Schweizer Studien zum Bankenrecht, Band 69, Schulthess 2003, von Colette Lassère eingeführt wurde.

Artikel 3 Weitere Begriffe

Buchstabe b

Der Begriff der begünstigten Person betrifft in erster Linie die Versicherungsbranche. Gewisse Banksparkonten können aber mit einem echten Vertrag zugunsten Dritter ebenfalls eine begünstigte Person vorsehen (Art. 112 Abs. 2 OR). Die begünstigte Person darf jedoch nicht mit dem wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des GwG oder der Sorgfaltspflichtvereinbarung der SBVg verwechselt werden. Die begünstigte Person kann gegenüber dem Verwahrer einen Anspruch geltend machen, während der wirtschaftlich Berechtigte im Prinzip nichts Vergleichbares in der Hand hat. Die begünstigte Person ist ein zivilrechtlicher Begriff; demgegenüber stammt der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten aus dem Verwaltungs- und Strafrecht im Bereich der Geldwäschereibekämpfung.

Die Identität der begünstigten Person kann dem Finanzintermediär bei Vertragsabschluss mitgeteilt worden sein. Möglicherweise erfährt der Finanzintermediäre die Existenz einer begünstigten Person und deren Identität jedoch auch erst im Nachhinein. Im Lebensversicherungsbereich kann die Versicherung erst beim Eintritt des versicherten Ereignisses oder nach Ablauf des Vertrags Gewissheit über die Identität der begünstigten Person oder des Rechtsinhabers haben: Früher gemachte, freiwillige Angaben des Kunden schliessen einen allfälligen späteren Rechtsakt nicht aus, welcher der Versicherung nicht gemeldet und mit dem eine neue begünstigte Person bezeichnet wurde (siehe auch Kommentar zu Art. 7).

Buchstabe d

Der Begriff des Rechtsinhabers (ayant droit) umfasst alle Personen, die Ansprüche geltend machen können. Im Sinne dieser Definition kann der Rechtsnachfolger seine Ansprüche ebenso aus dem Erbrecht ableiten wie aus dem Obligationenrecht (Abtretung einer Forderung, Geschäftsübernahme oder Fusion). Der Rechtsinhaber im Sinne dieses Gesetzesentwurfs darf aus den im Zusammenhang mit Buchstabe b erwähnten Gründen nicht mit dem Begriff des wirtschaftlich Berechtigten nach GwG verwechselt werden.

Artikel 4 Räumlicher Geltungsbereich

Grundsätzlich gilt dieses Gesetz für einen in der Schweiz niedergelassenen Finanzintermediär nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstaben a bis e, mit dem ein Kunde einen Vertrag über seine Vermögenswerte abgeschlossen hat, und zwar unabhängig von deren Aufbewahrungsort und vom Recht, das nach den Regeln des internationalen Privatrechts anwendbar ist oder von den Vertragsparteien ausgewählt wurde. Vermögenswerte, die im Rahmen von Verträgen mit der ausländischen Zweigniederlassung oder mit der ausländischen Filiale eines Schweizer Finanzintermediäres in der Schweiz aufbewahrt oder verwaltet werden, sind demnach vom Geltungsbereich ausgenommen.

Handelt es sich um Finanzintermediäre nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe f (unabhängige Vermögensverwalter), gilt das Gesetz nur, wenn die Vermögenswerte Gegenstand eines

Vertrags mit einem Finanzintermediär nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabes a bis e bilden. Demnach fallen beispielsweise die bei einem ausländischen Finanzintermediär hinterlegten Vermögenswerte, die im Rahmen einer Vollmacht von einem in der Schweiz niedergelassenen unabhängigen Vermögensverwalter verwaltet werden, nicht unter das Gesetz. Eine anders lautende Regelung würde zu einem positiven Kompetenzkonflikt zwischen dem ausländischen Recht der Depositbank und dem Schweizer Recht führen. Die in der Schweiz niedergelassenen unabhängigen Vermögensverwalter unterstehen mithin dem Gesetz nur insoweit, als die Vermögenswerte bei einer Schweizer Bank oder bei einem Schweizer Effekthändler hinterlegt sind.

Das Kriterium der Anknüpfung an den Standort des Finanzintermediärs, mit dem der Kunde in einer Geschäftsbeziehung steht, stimmt somit nicht vollständig mit demjenigen der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde überein. Nach dem Grundsatz der konsolidierten Aufsicht sind die ausländischen Zweigniederlassungen von Schweizer Banken und Versicherungen nämlich sowohl der Aufsicht der nationalen Verwaltungsbehörden («home regulator»), als auch derjenigen der Niederlassung im Ausland («host country regulator») unterstellt. Diese Kompetenzüberschneidung ist mit dem Ziel dieses Entwurfs unvereinbar, der das Schicksal der nachrichtenlosen Vermögenswerte in einem einzigen nationalen Gesetz regeln soll. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass in ausserordentlichen Situationen ein ausländisches Gesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte Anwendung beansprucht, während die betreffenden Vermögenswerte gleichzeitig dem vorliegenden Gesetz unterstellt sind. Solche Kompetenzkonflikte (extraterritoriale Wirkungen) können im Voraus nie ganz ausgeschlossen werden. Sie müssen nach den in solchen Fällen generell anwendbaren Prinzipien gelöst werden.

Artikel 5 Präventive Massnahmen

Absatz 1

Die präventiven Massnahmen dienen in erster Linie dazu, die Anzahl der Fälle zu verringern, bei denen der Kontakt zwischen dem Finanzintermediär und seinem Kunden abbricht. Die Kundschaft soll darauf hingewiesen werden, dass es notwendig ist, Adress- oder Zivilstandsänderungen mitzuteilen, bei längerer Abwesenheit klare Instruktionen zu erteilen, einen Handlungsbevollmächtigten zu bezeichnen oder eine Vertrauensperson über die Geschäftsbeziehungen zu informieren. Ferner muss der Finanzintermediär in einem zumutbaren Ausmass einen regelmässigen Kontakt zu seinem Kunden unterhalten. Schliesslich wird der Finanzintermediär seine Produktpalette unter dem Blickwinkel des Risikos des Kontaktabbruchs überprüfen müssen. Hohe Saldierungskosten können einen Kunden dazu veranlassen, einen minimalen Betrag auf einem Konto stehen zu lassen, das er eigentlich gar nicht mehr weiterführen wollte. Die Konkretisierung bzw. Umschreibung der präventiven Massnahmen soll im Rahmen der Selbstregulierung erfolgen; beispielsweise stellen die gegenwärtigen Richtlinien 2000 der SBVg eine solche Regelung dar.

Absatz 2

Absatz 2 verdeutlicht Absatz 1 Buchstabe b. Diese Bestimmung geht über die Regeln der kaufmännischen Buchführung hinaus (Art. 962 OR und Verordnung vom 24. April 2002 über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher⁷⁰); nach dem OR ist die Aufbewahrung der Geschäftsbücher, der Buchungsbelege und der Korrespondenz vorgeschrieben, und dies während einer begrenzten Dauer von zehn Jahren ab Ende des Geschäftsjahres, in dem die letzten Eintragungen vorgenommen wurden, die Buchungsbelege entstanden sind und die Geschäftskorrespondenz ein- oder ausgegangen ist. Um den Rechtsinhabern die Suche nach ihren Vermögenswerten zu erleichtern, sieht der Entwurf vor, dass zusätzlich die Verträge, die der Identifizierung dienenden Unterlagen und die Vollmachten aufbewahrt werden müssen. Diese Unterlagen sind unerlässlich, um die Legitimation eines Gesuchstellers im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 16 des Entwurfs zu überprüfen. Bis zum Erlöschen aller Ansprüche auf die Vermögenswerte und deren Ablieferung an den Staat 30 Jahre nach dem Kontaktabbruch (Art. 19 Abs. 4 des Entwurfs) dient die Aufbewahrung der Dokumente ferner der Beweissicherung. Die Aufbewahrung der Unterlagen ermöglicht es schliesslich, allfällige Vorwürfe zu entkräften, wie sie während der Krise um die nachrichtenlosen Vermögenswerte erhoben wurden, wonach in der Schweiz niedergelassene Finanzintermediäre systematisch versucht hätten, Dokumente zu zerstören.

Absatz 3

Diese Bestimmung lehnt sich an den Wortlaut von Artikel 957 OR an, der allerdings weder für Verträge oder Vollmachten, noch für Dokumente im Zusammenhang mit der Identifikation von Kunden und begünstigten Personen gilt. Im Hinblick auf die Regelung allfälliger Detailfragen wird die Selbstregulierung der GeBüV zum Vorbild nehmen können.

Artikel 6 Kontaktabbruch

Diese Bestimmung findet auf alle unterstellten Finanzintermediäre Anwendung, mit Ausnahme der Versicherungen, für die eine Sonderbestimmung vorgesehen ist (Art. 7).

Nach dem Kontaktabbruch muss der Finanzintermediär die in den Artikeln 8 und 9 vorgeschriebenen Nachforschungen anstellen, deren Erfolglosigkeit dazu führt, dass die Vermögenswerte in seinem Besitz als nachrichtenlose Vermögenswerte qualifiziert werden (Art. 2). Die zweijährige Frist, innert der die Massnahmen nach Artikel 10 getroffen werden müssen, beginnt mit dem Kontaktabbruch (Art. 10 Abs. 1). Dieser Zeitpunkt ist auch der Ausgangspunkt für die dreissigjährige Frist nach Artikel 19, nach deren Ablauf der Finanzintermediär den Erlös aus der Liquidation der nachrichtenlosen Vermögenswerte an den Bund abliefern muss. Dabei gilt anzumerken, dass bei einem Anwendungsfall nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b die Dauer zwischen tatsächlichem Kontaktabbruch und Ablieferung des Liquidationserlöses nach Artikel 19 effektiv fünfunddreissig Jahre beträgt.

⁷⁰ Geschäftsbücherverordnung, GeBüV; SR 221.431

Im Versicherungsverhältnis (siehe Art. 7 Abs. 3) kann die Dauer des effektiven Kontaktabbruchs sogar noch länger sein.

Absatz 1

Buchstabe a

Diese Mitteilung muss einen direkten Zusammenhang mit den vom Finanzintermediär aufbewahrten Vermögenswerten des Kunden haben, was insbesondere Sendungen mit reinem Werbecharakter ausschliesst. Kehrt eine Mitteilung über die Guthaben auf einem Kundenkonto an den Finanzintermediär zurück, gilt der Kontakt zum Kunden als abgebrochen und zwar auch in Bezug auf allfällige weitere Konten, die dieser beim betreffenden Finanzintermediär eröffnet hat.

Buchstabe b

Der Kontakt gilt auch dann als abgebrochen, wenn der Finanzintermediär seit fünf Jahren keine Nachricht von seinem Kunden mehr erhalten hat. Auf Grund dieser Bestimmung wird das Ausbleiben einer Nachricht des Kunden als Kontaktabbruch angesehen, auch wenn die regelmässig auf dem Postweg versandten Mitteilungen nicht an den Finanzintermediär zurückgekehrt sind; es kann nämlich sein, dass diese Mitteilungen den Kunden tatsächlich nicht mehr erreichen (zum Beispiel, weil sie von einem Dritten abgefangen werden oder aufgrund bestimmter, im Empfangsland geltender Postvorschriften).

Die Vereinbarung «banklagernd», mit welcher der Kunde die Bank beauftragt, die Postsendungen zu seiner Verfügung zu halten, die sie ihm sonst auf dem Postweg zugeschickt hätte, entbindet die Bank nicht von der Pflicht, präventive Massnahmen zur Verhinderung des Kontaktabbruchs zu ergreifen (Art. 5). Sind diese Massnahmen erfolglos und bleibt die Bank während fünf Jahre ohne Kontakt zu ihrem Kunden, so gilt dies als Kontaktabbruch im Sinne Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b.

Diese Bestimmung ist auch anwendbar, wenn der Kunde, zusätzlich zur Vereinbarung «banklagernd», der Bank verboten hat, mit ihm Kontakt aufzunehmen. Die Wirksamkeit eines solchen Verzichts ist auf zehn Jahre begrenzt (siehe Art. 9, Verzicht auf Nachforschungen). Diese Lösung unterscheidet sich von derjenigen in den Richtlinien 2000 der SBVg (siehe Kap. 1.2.2.5).

Absatz 2

Als Nachrichten, die darauf schliessen lassen, dass der Kundenkontakt nicht abgebrochen ist, gelten insbesondere die Empfangsbestätigung einer eingeschriebenen Sendung, eine elektronische Nachricht von einer Absenderadresse, die effektiv zuvor vom Kunden benützt wurde, ein Bezugsbeleg, ein Vergütungsauftrag oder ein Geldbezugsgeschäft per Bankkreditkarte, bei der ein Identifikationscode verwendet wurde, den der Kunde gewählt hatte oder der diesem mitgeteilt worden war.

Artikel 7 Kontaktabbruch im Versicherungsverhältnis

Diese Bestimmung unterscheidet zwischen dem Zeitraum, während dem die Versicherungspolice in Kraft ist und der Zeit nach Ablauf der Police oder bei Eintritt des versicherten Ereignisses. Während der Vertragsdauer muss der Kontakt nur im Rahmen von Absatz 1 und 2 aufrechterhalten werden. Nach Vertragsablauf oder bei Eintritt des versicherten Ereignisses muss die Versicherung die entsprechenden Nachforschungen nach Artikel 8 anstellen, um die begünstigte oder die bezüglich der Versicherungsleistung anspruchsberechtigte Person zu identifizieren.

Absatz 1

Im Bereich der (gemischten) Lebensversicherungen zieht der Abbruch des Kontakts zum Kunden oder Vertragspartner nicht die gleichen Folgen wie in den anderen, dem Gesetz unterstellten Bereichen nach sich. Die natürliche oder juristische Person, die bei Eintritt des Schadenfalles oder nach Ablauf der Police Ansprüche auf eine Lebensversicherungsleistung erheben kann, ist nämlich oftmals weder der Versicherungsnehmer (das heisst die Person, die den Versicherungsvertrag abschliesst und sich im Prinzip zur Prämienzahlung verpflichtet), noch diejenige Person, welche die Prämie bezahlt (falls es sich um jemand anderes als den Versicherungsnehmer handelt), noch die versicherte Person selbst (deren Leben Gegenstand des Lebensversicherungsvertrages ist). Die Identität der begünstigten oder anspruchsberechtigten Person wird in der Regel erst bei Eintritt des versicherten Ereignisses oder nach Ablauf der Police zweifelsfrei bekannt.

Während der Dauer des Lebensversicherungsvertrags, aber vor Eintritt des versicherten Ereignisses oder vor Ablauf der Police, könnte die Aufrechterhaltung des Kontakts zu all jenen, von denen der Versicherer weiss, dass sie in die Lebensversicherung involviert sind (Prämienzahler, Versicherungsnehmer oder Versicherter), in manchen Fällen die spätere Suche nach der begünstigten Person oder dem Rechtsinhaber zweifellos vereinfachen. Es wäre jedoch unverhältnismässig, von den Versicherungen zu verlangen, dass sie diese Kontakte während der ganzen Dauer der Police über das hinaus aufrechterhalten müssen, was für die Vertragserfüllung notwendig ist. Dazu gehören namentlich das Prämieninkasso und der Versand von Bescheinigungen für die Steuererklärung.

Absatz 2

Aus den im Kommentar zu Absatz 1 erläuterten Gründen soll eine dem Kunden während der Dauer der Versicherungspolice unzustellbare Nachricht die Versicherung nicht zu Nachforschungen zwingen, die über das hinausgehen, was für die Vertragserfüllung notwendig ist. Die geeigneten Massnahmen nach Absatz 2 unterscheiden sich von jenen nach Absatz 3 und nach Artikel 8 in der Intensität (d. h. Art und Umfang) und im Zweck. Wenn die geeigneten Massnahmen während der Dauer der Versicherungspolice erfolglos geblieben sind, gilt zudem Artikel 10 nicht, und die betreffenden Guthaben sind nicht als nachrichtenlose Vermögenswerte im gesetzlichen Sinne zu bezeichnen. Die Police wird

von der Prämienzahlung befreit und das angelegte Kapital wächst grundsätzlich nicht mehr weiter an.

Absatz 3

Mit dem Eintritt des versicherten Ereignisses oder dem Ablauf der Lebensversicherungspolice wird das angelegte Lebensversicherungskapital fällig, und die Versicherung muss versuchen, die begünstigte oder anspruchsberechtigte Person, die ihr unter Umständen noch nicht bekannt ist, zu identifizieren. Die Versicherung muss die durch Artikel 8 vorgeschriebenen, verhältnismässigen Nachforschungen anstellen, sofern es ihr nicht gelingt, die begünstigte oder anspruchsberechtigte Person in Erfahrung zu bringen und mit ihr Kontakt aufzunehmen. Der Kunde kann nicht auf solche Nachforschungen verzichten (Art. 9 Abs. 1). Es gilt die gesetzlich unumstössliche Vermutung, dass angesichts der Fälligkeit der Versicherungsleistung das Interesse des Rechtsinhabers, gesucht zu werden, einen allfälligen früheren Verzicht auf Nachforschungen überwiegt. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als der Begünstigte nicht notwendigerweise mit dem Versicherungsnehmer identisch ist. Ein Verzicht auf Nachforschungen, z. B. bei Gefährdung des Lebens des Rechtsinhabers oder drohender Vermögenskonfiskation, kann im Rahmen des mutmasslichen Interesses des Rechtsinhabers (Art. 8 Abs. 1) aber nach wie vor in Betracht fallen. Erst wenn diese Nachforschungen erfolglos geblieben sind, müssen die betreffenden Vermögenswerte als nachrichtlos behandelt und als solche markiert werden (Art. 10 und 11); dies bedeutet namentlich, dass die Versicherung sie ab diesem Moment nach Artikel 12 Absatz 2 verzinsen muss.

Artikel 8 Nachforschungen des Finanzintermediärs

Absatz 1

Die nachrichtenlosen Vermögenswerte dürfen nicht durch übermässige Nachforschungen aufgebraucht werden. Dies ist Ausfluss des in Absatz 1 festgeschriebenen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Im Rahmen der Selbstregulierung kann beispielsweise ein Schwellenwert festgelegt und vorgesehen werden, dass der Finanzintermediär bei darunter liegenden Vermögenswerten ganz auf Nachforschungen verzichten oder sich auf summarische, kostengünstige Nachforschungen beschränken darf.

Bei seinen Nachforschungen berücksichtigt der Finanzintermediär die mutmasslichen Interessen des Kunden oder Rechtsinhabers. Ein Kunde kann dem Risiko der Beschlagnahme durch seinen Wohnsitzstaat ausgesetzt sein, was sich einschneidend auf die Nachforschungsmöglichkeiten der Bank auswirkt. Artikel 9 erlaubt den Kunden sogar, unter bestimmten Voraussetzungen ganz auf Nachforschung zu verzichten. Die Tatsache, dass im mutmasslichen Interesse des Kunden keine Nachforschungen betrieben werden, befreit jedoch den Finanzintermediär nicht davon, die nach Artikel 10 vorgeschriebenen Massnahmen zu treffen, welche die Aufbewahrung der nachrichtenlosen Vermögenswerte gewährleisten und den Rechtsinhabern die Suche erleichtern.

Absatz 2

Der Kunde, zu dem der Finanzintermediär keinen Kontakt mehr hat, muss die Kosten der Nachforschungen für die Wiederherstellung des Kundenkontakts übernehmen, weil diese ja in seinem Interesse angestellt werden. Die Nachforschungen müssen jedoch dem vorangehenden Absatz (Verhältnismässigkeit) entsprechen.

Artikel 9 Verzicht auf Nachforschungen

Artikel 9 ist eine Konkretisierung von Artikel 8 Absatz 1 zweiter Satz, der dem Finanzintermediär vorschreibt, die mutmasslichen Interessen des Rechtsinhabers zu berücksichtigen. Diese Bestimmung gilt nicht für das Versicherungsverhältnis, weil die Versicherung immer verpflichtet ist, Nachforschungen nach Artikel 8 anzustellen, wenn sie erfährt, dass das versicherte Ereignis eingetreten oder wenn die Police abgelaufen ist und sie den Rechtsinhaber weder identifizieren noch den Kontakt mit ihm aufnehmen kann.

Absätze 1 und 2

Die besondere Instruktion ist eine einseitige, empfangbedürftige Willensäusserung des Kunden, deren Gültigkeit nicht von der Zustimmung des Finanzintermediärs, an den sie sich richtet, abhängt. Die Instruktion kann also jederzeit einseitig durch den Kunden widerrufen werden. Sie gilt nur, wenn der Kunde über die Risiken eines solchen Verzichts informiert wurde. Der Kunde denkt nämlich oft nicht daran, dass eine schwere Krankheit oder ein Unfall es ihm plötzlich verunmöglichen könnten, sich an den Finanzintermediär zu wenden, dem er seine Vermögenswerte anvertraut hat, oder seine Angehörigen über ihre Existenz zu informieren. Die Vereinbarung «banklagernd» gilt für sich allein nicht als Verzicht auf Nachforschungen.

Absatz 3

Die Möglichkeit, auf Nachforschungen zu verzichten, wird zeitlich auf zehn Jahre befristet. Diese Frist beginnt mit Abgabe der Verzichtserklärung zu laufen. Das Gesetz enthält hier eine unwiderlegbare Vermutung, dass der Verzicht nach zehn Jahren nicht mehr im Interesse des Kunden liegt. Die Chance, den Rechtsinhaber zu finden, verringert sich im Zeitablauf. Ist der Kontakt abgebrochen, müssen die Nachforschungen nach Ablauf von zehn Jahren seit der Verzichtserklärung aufgenommen werden. Ausnahmsweise kann der Finanzintermediär jedoch trotzdem darauf verzichten, nämlich wenn die Nachforschungen nicht im mutmasslichen Interesse des Kunden liegen würden (Art. 8 Abs. 1), zum Beispiel, wenn dadurch das Leben des Kunden gefährdet würde oder wenn ihm die Konfiskation seines Vermögens droht. Verlaufen die Nachforschungen erfolglos, spätestens aber zwei Jahre, nachdem die Verzichtserklärung von Gesetzes wegen unwirksam wurde, hat der Finanzintermediär die Massnahmen nach Artikel 10 zu treffen.

Artikel 10 Pflichten des Finanzintermediärs bei erfolglosen Nachforschungen

Die in Artikel 10 vorgeschriebenen Massnahmen sollen die Aufbewahrung der nachrichtenlosen Vermögenswerte im Interesse des Rechtsinhabers sichern und den Rechtsinhabern die Suche erleichtern. Diese Massnahmen sind spätestens innert zwei Jahren nach dem Kontaktabbruch bzw. Wegfall einer allfälligen Verzichtserklärung nach Artikel 9 Absatz 3 zu treffen, sei es, dass die Nachforschungen erfolglos geblieben sind, sei es, dass gar keine Nachforschungen angestellt wurden, weil die Vermögenswerte zu gering waren (Art. 8 Abs. 1, erster Satz) oder weil im mutmasslichen Interesse des Kunden darauf zu verzichten war (Art. 8 Abs. 1, zweiter Satz und Art. 9).

Absatz 1

Für die unabhängigen Vermögensverwalter (Art. 22 Abs. 1 Bst. a) gelten nur die Buchstaben a, b, c und e.

Buchstabe a

Mit dieser Massnahme lassen sich insbesondere die Geschäftsabwicklung oder Kostenbelastung eines Kontos mitverfolgen, was dieses besser gegen unrechtmässige Zugriffe schützt (Bst. c weiter unten). Die Markierung als nachrichtenlose Vermögenswerte erleichtert ferner den späteren Umgang mit den Vermögenswerten bis zu ihrer Ablieferung an den Bund (Art. 19). Schliesslich bestimmt das Datum, ab dem der Finanzintermediär nicht meldepflichtige Vermögenswerte in seinen Geschäftsbüchern als nachrichtlos markiert hat (Bst. d weiter unten) auch den Zeitpunkt, ab dem diese Vermögenswerte nicht mehr den allgemeinen Verjährungsvorschriften unterstehen (Art. 13 Abs. 2).

Buchstabe b

Das Datum, ab dem der Kontakt zum Kunden als abgebrochen gilt, wird nach Artikel 6 ermittelt; davon ausgenommen sind die Versicherungen, für die dieser Zeitpunkt immer mit dem Ablauf der Police oder dem Eintritt des versicherten Ereignisses zusammenfällt (Art. 7 Abs. 3).

Die Informationen über die Art des Kontaktabbruchs (Postrücksendungen an den Absender, keine Nachrichten seit fünf Jahren, Eintritt des versicherten Ereignisses oder Ablauf der Police für Versicherungen) und über die angestellten Nachforschungen sind erforderlich, um nachweisen zu können, dass der Finanzintermediär die gesetzlichen Vorschriften erfüllt hat (Art. 5 Abs. 1 Bst. c). Dies zu überprüfen, ist Aufgabe der Aufsichtsbehörden (Art. 28).

Buchstabe d und Absatz 2

Die Meldung, deren Inhalt in Artikel 11 geregelt ist, hat unverzüglich zu erfolgen.

Vermögenswerte, deren Wert 100 Franken nicht übersteigt, sind nicht meldepflichtig, weil sie wahrscheinlich nicht einmal die Gebühren zu decken vermögen, welche die

Nachrichtenstelle erheben darf. Nach Meinung der Praktiker ist zudem zu befürchten, dass die zahlreichen Meldungen über sehr kleine Vermögenswerte das Risiko fehlerhafter Suchergebnisse erhöhen würden. Hinzu kommt das Risiko einer unverhältnismässigen administrativen Belastung der Nachrichtenstelle. Die Selbstregulierung kann jedoch vorschreiben, dass die Meldung aller Vermögenswerte unabhängig von ihrer Höhe zu erfolgen hat (Abs. 2).

Im Rahmen der Selbstregulierung kann eine Kollektivverwaltung kleiner nachrichtenloser Vermögenswerte vorgesehen werden; diese Lösung dürfte für die betroffene Branche kostengünstiger sein (Art. 27 Abs. 1 Bst. e).

Unabhängig von der Höhe des Vermögenswertes ist der Nettoerlös aller liquidierten nachrichtenlosen Vermögenswerte nach Ablauf einer Frist von dreissig Jahren seit Kontaktabbruch dem Bund abzuliefern (Art. 19).

Buchstabe e

Diese Aufbewahrungspflicht geht sowohl bezüglich des Gegenstandes als auch der Dauer weiter als das Recht der kaufmännischen Buchführung (siehe Art. 5 Abs. 2). Gelingt es dem Finanzintermediär nicht, den Kunden oder den Rechtsinhaber zu kontaktieren, muss er diese Unterlagen nach dem Kontaktabbruch während dreissig Jahren aufbewahren (Art. 13 und 19). Nebst den Unterlagen, deren Aufbewahrung er bereits sicherstellen musste, bevor die Vermögenswerte als nachrichtenlos qualifiziert wurden (Art. 5 Abs. 2), ist der Finanzintermediär in einem solchen Fall gehalten, auch die Vermögensaufstellungen und Vermögensauszüge aufzubewahren. Anhand dieser Unterlagen kann der Kunde oder der Rechtsinhaber die Entwicklung seiner Vermögenswerte nachvollziehen. Sie liefern dem Finanzintermediär den Nachweis über die Höhe der zurückgeforderten Vermögenswerte und ermöglichen es ihm, die abgezogenen Kosten zu belegen. Im Falle einer Kollektivverwaltung der nachrichtenlosen Vermögenswerte (Art. 27 Abs. 1 Bst. e) muss der Finanzintermediär den Beleg für die Überweisung auf das Kollektivkonto aufbewahren.

Artikel 11 Meldungen an die Nachrichtenstelle

Absatz 1 Buchstabe a

Es kann vorkommen, dass dem Finanzintermediär diese Informationen teilweise fehlen (zum Beispiel im Falle von Inhaber-Sparheften oder von Lebensversicherungen, deren Begünstigte vom Versicherer nicht herausgefunden werden konnten).

Absatz 2

Die Meldung, die der Finanzintermediär der Nachrichtenstelle erstatten muss, beschränkt sich auf die Mitteilung, der Kunde, die begünstigte Person oder der Rechtsinhaber der Vermögenswerte sei gefunden worden. In diesem Fall sind die Vermögenswerte den allgemeinen Verjährungsvorschriften nicht mehr entzogen sind (Art. 13), und der Finanzintermediär darf wiederum die allgemeinen Regeln des Privatrechts anwenden.

Artikel 12 Verwaltung nachrichtenloser Vermögenswerte

Absatz 1

Dieser Grundsatz muss im Einzelnen im Rahmen der Selbstregulierung konkretisiert werden, um in jeder Branche eine einheitliche Praxis zu gewährleisten. Man wird sich hier von den Richtlinien 2000 der SBVg inspirieren lassen können. In den Randziffern 18 ff dieser Richtlinien werden für den Fall, dass die Bank ohne Nachricht des Kunden ist, folgende Grundsätze erwähnt:

- Spargelder werden unverändert weitergeführt und zu den jeweils gültigen Zinssätzen der Bank verzinst;
- Kontokorrent und ähnliche Guthaben werden für den Kunden interessewährend, d. h. sorgfältig und ertragsbringend angelegt, beispielsweise in Form von Spargeldern, in Kassenobligationen oder in einem Anlagefonds mit konservativem Risikoprofil;
- Wertschriftendepots sollen weitergeführt werden; Gelder aus zurückbezahlten Titeln sowie aufgelaufene Erträge daraus sollen in ähnlichen oder anderen geeigneten Werten reinvestiert werden, wobei die Anlagesituation zum Zeitpunkt der Reinvestition zu beachten ist, es sei denn die Bank erachtet andere Anlageformen für geeigneter;
- Vermögensverwaltungsaufträge werden unverändert weitergeführt. Falls das vom Kunden festgelegte Anlageziel oder von ihm erteilte Weisungen offensichtlich seinen Interessen widersprechen, kann die Bank die gebotenen Anpassungen in der Anlagepolitik vornehmen;
- Schliessfächer können, insbesondere wenn die Mietkosten nicht mehr gedeckt sind, unter Beachtung bankinterner Weisungen geöffnet werden. Der Inhalt kann zentral aufbewahrt werden. Soweit der Safeinhalt aus bankenmässigen Vermögenswerten besteht und im Interesse des Kunden administrative Vorkehrungen oder eine Vermögensanlage geboten erscheinen, trifft die Bank die erforderlichen Massnahmen. Bei anderen Vermögenswerten beschränkt sich die Bank auf deren sichere Aufbewahrung.

Absatz 2

Die Versicherung hat nachrichtenlose Vermögenswerte zu dem jeweils für Neugeschäfte garantierten Zinssatz zu verzinsen. Der Zinssatz wird entsprechend den Schwankungen des für Neugeschäfte garantierten Zinssatzes angepasst.

Artikel 13 Verjährung

Diese Bestimmung ist ein notwendiger Bestandteil jeder Gesetzgebung, die zum Ziel hat, jene Vermögenswerte besonders zu schützen, deren Rechtsinhaber sich nicht mehr gemeldet haben, und die bezweckt, solche Vermögenswerte ihren Rechtsinhabern zur Verfügung zu halten: Sobald ein Kontaktabbruch im Sinne von Artikel 6 und 7 vorliegt, soll es den Schuldern nicht mehr möglich sein, ihre Leistungen dank Zeitablauf zu verweigern, da sonst das Gesetz wirkungslos würde.

Es drängt sich vor allem im Bereich der Lebensversicherungen auf, die nachrichtenlosen Vermögenswerte den allgemeinen Verjährungsvorschriften zu entziehen, weil dort die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in der kurzen Frist von zwei Jahren nach der Fälligkeit der Versicherungsleistung verjähren (Art. 46 VVG). Artikel 13 beschränkt sich nicht auf den Stillstand der Verjährung (siehe Art. 134 OR); er entzieht die nachrichtenlosen Vermögenswerte den allgemeinen Verjährungsvorschriften. Namentlich die Nachlässigkeit des Mitarbeiters eines Finanzintermediärs oder eine vorübergehende Arbeitsüberlastung könnten ausnahmsweise dazu führen, dass ein Vermögenswert der Nachrichtenstelle etwas später als zwei Jahre nach dem Kontaktabbruch gemeldet wird (Art. 10 Einleitungssatz). Sollte es sich dabei um eine Leistung aus einer Lebensversicherung handeln, würde diese Verzögerung die Verjährung der Rechte der begünstigten Person nach sich ziehen, bevor überhaupt eine Meldung an die Nachrichtenstelle erfolgt wäre. Um diese unerwünschte Wirkung zu vermeiden, entzieht der Entwurf derartige Situation den Verjährungsvorschriften.

Artikel 13 beschränkt sich nicht auf Versicherungsleistungen. Trotz der zur Unverjährbarkeit von Depots ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts (siehe Kap. 4)⁷¹, die auf zahlreiche Bankbeziehungen anwendbar ist, können die durch dieses Gesetz anvisierten Vermögenswerte Gegenstand eines anderen Vertrages sein (Terminanlage, Kollektivanlagevertrag usw.) und nach den ordentlichen Regeln verjähren.

Es ist wichtig hervorzuheben, dass ein Finanzintermediär, der absichtlich einen Vermögenswert nicht nach Artikel 10 melden würde, um die Anwendung von Artikel 13 Absatz 1 zu vermeiden, einen Rechtsmissbrauch nach Artikel 2 Absatz 2 ZGB begehen würde und sich deshalb nicht auf die Verjährung berufen dürfte, um sich seinen Pflichten zu entziehen.

Den allgemeinen Verjährungsvorschriften kann man sich längstens während dreissig Jahren nach dem Kontaktabbruch «entziehen». Wenn nämlich trotz der Meldung an die Nachrichtenstelle nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe d und Artikel 11 der Kontakt nach Ablauf der Frist von dreissig Jahren nicht wiederhergestellt werden konnte, muss der Finanzintermediär den Nettoerlös aus der Liquidation der nachrichtenlosen Vermögenswerte dem Bund abliefern (Art. 19). Mit dieser Übertragung erlöschen die Ansprüche des Kunden und aller Rechtsinhaber auf diese Vermögenswerte endgültig.

Absatz 3

Die Absätze 1 und 2 entziehen die nachrichtenlosen Vermögenswerte den allgemeinen Vorschriften über die Verjährung. Die Verjährungsfrist soll nach Wiederherstellung des Kundenkontakts nicht einfach weiter laufen, wie dies bei einem Stillstand nach Artikel 134 OR der Fall wäre. Es kann nämlich vorkommen, dass der Finanzintermediär infolge einer entschuldbaren oder unentschuldbaren Verspätung eine gewisse Zeit verstreichen lässt, manchmal bis zur Verjährung, bevor er die Vermögenswerte der Nachrichtenstelle meldet (Abs. 1) oder sie in seinem EDV-System markiert (Abs. 2). Würde die Verjährungsfrist nur

⁷¹ BGE 91 II 442; JdT 1966 I 338

unterbrochen, bestünde für die Rechtsinhaber die Gefahr, dass ihnen nur noch eine extrem kurze Frist zur Verfügung stehen würde, um ihre Ansprüche geltend zu machen, ja diese könnten bei der Wiederherstellung des Kontakts sogar wegen Fristablaufs ausgeschlossen sein. Deshalb sieht Absatz 3 vor, dass die Frist von neuem zu laufen beginnt, sobald der Kontakt wieder hergestellt ist. Ferner hat die Lösung nach Absatz 3 dieselbe Wirkung wie diejenige, die derzeit für die Banken gilt, wo die Vertragsbeziehungen nicht aufgelöst werden können und die Verjährung nicht zu laufen beginnen kann (faktischer Friststillstand), wenn der Kontakt zwischen der Bank und ihrem Kunden abgebrochen ist (BGE 91 II 442ff; siehe Kap. 4). Ist der Kontakt wieder hergestellt, stellt die Aushändigung eines Kontoauszugs oder eines Inventars der Vermögenswerte eine Schuldanerkennung dar, welche die Verjährung unterbricht, und demnach den Beginn einer neuen ordentlichen Verjährungsfrist auslöst (Art. 135 Bst. 1 und 137 Abs. 1 OR). Das gilt auch im Falle einer Vertragsauflösung.

Artikel 14 Nachrichtenstellen

Absatz 1

Die Aufgabe der Nachrichtenstellen besteht darin, Meldungen von Finanzintermediären und Gesuche von Personen entgegenzunehmen, die Ansprüche geltend machen wollen.

Die Anhörung von Finanzintermediären ergab, dass es nicht erwünscht ist, wenn alle diesem Gesetz unterstellten Finanzintermediäre eine einzige Nachrichtenstelle errichten oder sich einer einzigen Nachrichtenstelle anschliessen müssten. Eine solche Pflicht existiert daher jeweils nur für die einzelnen Kategorien von Finanzintermediären im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 Buchstaben a–e. Manche Kategorien werden es jedoch wahrscheinlich als vorteilhaft erachten, die Dienste einer gemeinsamen Nachrichtenstelle in Anspruch zu nehmen. Man kann also erwarten, dass weniger als fünf Nachrichtenstellen entstehen werden. Um die Nachteile, die sich für die Rechtsinhaber aus dem Bestand mehrerer Nachrichtenstellen ergeben, teilweise auszugleichen, schreibt Absatz 4 die Pflicht zur Zusammenarbeit vor.

Im Versicherungsbereich errichten die Versicherungen zur Erfüllung gemeinsamer Aufgaben oft spezielle Einrichtungen mit eigener Rechtspersönlichkeit (in Form von Vereinen) oder ohne (in Form von Pools [einfache Gesellschaften]) und vertrauen einer von ihnen als sogenannt geschäftsführender Versicherer das gemeinsame operationelle Management an (zum Beispiel: Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken, Schweizer Pool für die Luftfahrtversicherungen, Nationales Versicherungsbüro [Art. 74 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958⁷²] oder Nationaler Garantiefonds [Art. 76 SVG]). Wenn sich die Versicherungen dazu entschliessen, ihre eigene Nachrichtenstelle zu gründen, können sie dies in Form einer solchen Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit und einem geschäftsführenden Versicherer regeln. Die Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten wären in diesem Fall vertraglich zwischen der Einrichtung und dem geschäftsführenden Versicherer zu regeln.

⁷² Strassenverkehrsgesetz, SVG; SR 741.01

Die Nachrichtenstellen können auch mit der Kollektivverwaltung nachrichtensloser Vermögenswerte beauftragt werden (Art. 27 Abs. 1 Bst. e). Im Verhältnis zum Rechtsinhaber bleibt dabei aber der Finanzintermediär in der Schuldnerposition.

Absatz 3

Das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz⁷³ legt die Voraussetzungen fest, unter denen Privatpersonen Personendaten, welche die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen verletzen könnten, bearbeiten dürfen. Namentlich wenn es um die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten und Persönlichkeitsprofile geht, wird dafür eine formelle gesetzliche Grundlage verlangt (Art. 17 Abs. 2 DSG). Diese formelle gesetzliche Grundlage ist vor allem erforderlich, um die Unterlagen einer Lebensversicherung zu bearbeiten, die oft Informationen über den Gesundheitszustand der versicherten Person enthalten. Die Formulierung von Absatz 3 lehnt sich an diejenige von Artikel 84 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung⁷⁴ an. Sie entspricht auch der Praxis des Nationalen Versicherungsbüros und des Nationalen Garantiefonds.

Absatz 4

Die Nachrichtenstellen können sich die aktuelle Zusammenarbeit zwischen der zentralen Anlaufstelle Schweizer Banken und der Zentralstelle 2. Säule sowie der zentralen Ausgleichsstelle (AHV) zum Vorbild nehmen. Die zentrale Anlaufstelle Schweizer Banken verweist die Gesuchsteller an diese beiden Anlaufstellen und überreicht ihnen eine Informationsbroschüre zu diesem Thema, es sei denn, das Vorhandensein von Vorsorgeguthaben sei von Anfang an ausgeschlossen.

Die Nachrichtenstellen müssen im Rahmen ihrer Zusammenarbeit das einheitliche Berufsgeheimnis nach Artikel 33 des Entwurfs einhalten.

Artikel 15 Recht auf Auskunft

Basierend auf den Meldungen der Finanzintermediäre erteilen die Nachrichtenstellen den gebührend legitimierten Rechtsinhabern Auskunft über das Vorhandensein allfälliger, ihnen gehörender Vermögenswerte, sowie über die Identität des oder der Finanzintermediäre, bei denen sie ihre Ansprüche geltend machen können. Das Auskunftsrecht mit den Modalitäten nach Artikel 15 und 16 bildet gegenüber Artikel 8 und 9 DSG eine *lex specialis*. Ein Rechtsinhaber kann sich somit nicht auf das DSG berufen, um sich den für nachrichtenslose Vermögenswerte geltenden Voraussetzungen und Verfahren zu entziehen.

⁷³ Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1

⁷⁴ Krankenversicherungsgesetz, KVG; SR 832.10

Artikel 16 Verfahren

Aus Datenschutzgründen und infolge des Berufsgeheimnisses der Finanzintermediäre – namentlich weil das Bankgeheimnis und das Berufsgeheimnis der Effekthändler einen verstärkten Schutz genießt – legt das Gesetz bestimmte Voraussetzungen fest, unter denen die Auskunftserteilung obligatorisch ist, sowie das entsprechende Verfahren. Die Expertenkommission stützte sich bei der Ausarbeitung des Verfahrens auf die Erfahrungen des Ombudsmanns der Schweizer Banken seit 2000 sowie auf diejenigen des Schiedsgerichts für nachrichtenlose Vermögenswerte in der Schweiz zwischen 1997 und 2001.

Artikel 16 erwähnt keine Beschwerdemöglichkeiten gegen den Entscheid der Nachrichtenstelle, mit dem eine Auskunft über die Identität eines Finanzintermediärs erteilt oder verweigert wird. Es gelten daher die allgemeinen Regeln des Zivilprozessrechts. Sie stehen einer Klage des Finanzintermediärs, über den Auskunft erteilt werden soll, bzw. der Person, die glaubt, ein Recht auf Auskunftserteilung zu haben, nicht im Weg. Beklagte ist in beiden Fällen die Nachrichtenstelle. Auch der Erlass vorsorglicher Massnahmen könnte unter Umständen in Betracht kommen.

Absatz 1

Der Gesuchsteller, der nachrichtenlose Vermögenswerte zu lokalisieren versucht, muss seine Eigenschaft als Rechtsinhaber nach Artikel 3 Buchstabe d begründen. Wenn er beispielsweise versucht, sein Sparkonto (Art. 3 Bst. a) oder eine Lebensversicherungspolice, die ihn begünstigt (Art. 3 Bst. b), wieder zu finden, so genügt es, dass er gegenüber der zuständigen Nachrichtenstelle seine Identität nachweisen kann. Die meisten Gesuchsteller sind auf der Suche nach nachrichtenlosen Vermögenswerten, auf die sie in ihrer Eigenschaft als Erben einer identifizierten Person («Universalrechtsnachfolger», Art. 3 Bst. d) Ansprüche anmelden. In einem solchen Fall muss der Gesuchsteller den Beweis erbringen – grundsätzlich in Form einer Erbescheinigung oder einer anderen offiziellen Bescheinigung – dass er der Erbe derjenigen Person ist, von der er seine Ansprüche ableitet. Hingegen muss er nicht nachweisen können, dass er der Alleinerbe ist, denn gemäss ständiger Rechtsprechung⁷⁵ hat jeder Erbe das Recht, sich über das Erbschaftsvermögen informieren zu lassen. Der Umfang der Rechte des Gesuchstellers wird nicht von der Nachrichtenstelle, sondern vom Finanzintermediär als Verwahrer der nachrichtenlosen Vermögenswerte überprüft; gegebenenfalls beurteilt der Zivilrichter die Anspruchsberechtigung (Abs. 4 weiter unten).

Absätze 2 und 3

Nachdem die Nachrichtenstelle die Legitimation des Gesuchstellers überprüft hat, sucht sie nach Übereinstimmungen zwischen dem Gesuchsteller bzw. derjenigen Person, von der er seinen Anspruch ableitet, und den von den Finanzintermediären gemeldeten Kunden, begünstigten Personen oder Vertretern. Bei jeder festgestellten Übereinstimmung

⁷⁵ BGE 89 II 87 Erw. 6

konsultiert die Nachrichtenstelle den betreffenden Finanzintermediär; soweit nötig, lässt sie sich die für die Überprüfung erforderlichen Unterlagen aus dem Dossier zustellen. Der Austausch von Informationen und Schriftstücken zwischen der Nachrichtenstelle und dem betreffenden Finanzintermediär stellt kein Problem dar, weil die Nachrichtenstelle und ihr Personal durch das Berufsgeheimnis gebunden sind, das mindestens so streng ist wie das der angeschlossenen Finanzintermediäre (Art. 33).

Wird die Nachrichtenstelle bei ihrer Überprüfung fündig, informiert sie den Gesuchsteller über die Existenz nachrichtenloser Vermögenswerte und nennt ihm die Identität der betreffenden Finanzintermediäre. Ohne diese Informationen ist ein Gesuchsteller nicht in der Lage, seine Rechte geltend zu machen. Aus diesem Grund liegt der Entscheid über die Weiterleitung dieser Information bei der Nachrichtenstelle. Sie darf gegebenenfalls eine solche Auskunft auch gegen den Willen des betreffenden Finanzintermediärs erteilen.

Absatz 4

Der Entscheid, ohne den der Gesuchsteller seine Ansprüche gegenüber dem betroffenen Finanzintermediär nicht geltend machen kann, bedeutet jedoch nicht, dass diese Ansprüche tatsächlich begründet sind, oder wenn sie es sind, dass der Gesuchsteller als Einziger Anspruch auf die hinterlegten Vermögenswerte hat. Es ist Sache des Finanzintermediärs, das Vorhandensein und den Umfang der Rechte des Gesuchstellers zu überprüfen. Im Falle einer unlösbaren Meinungsverschiedenheit zwischen dem angeblichen Rechtsinhaber und dem Finanzintermediär wird jede Partei den zuständigen Zivilrichter anrufen können. Der Entscheid der Nachrichtenstelle, mit dem sie dem Gesuchsteller über die Existenz nachrichtenloser Vermögenswerte sowie die Identität des Finanzintermediärs Auskunft gibt, greift dem Ausgang des Zivilprozesses zwischen dem Gesuchsteller und dem Finanzintermediär also nicht vor.

Absatz 5

Die Nachrichtenstelle kann für die Prüfung des Gesuchs Kostenersatz verlangen. Die Höhe dieser Gebühr wird im Rahmen der Selbstregulierung festgelegt werden müssen. Die Selbstregulierung kann auch Fälle vorsehen, bei denen die Nachrichtenstelle freiwillig oder obligatorisch auf die Erhebung einer Gebühr verzichtet.

Artikel 17 Beendigung der Geschäftstätigkeit eines Finanzintermediärs

Absatz 1

Artikel 17 Absatz 1 gilt für den Fall der freiwilligen Beendigung der Geschäftstätigkeit eines Finanzintermediärs nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstaben a bis e.

Absatz 2

Der Finanzintermediär, der die nachrichtenlosen Vermögenswerte eines andern Finanzintermediärs übernimmt und damit einen Beschluss der Aufsichtsbehörde vollzieht, hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Diese Bestimmung verleiht der

zuständigen Aufsichtsbehörde auch das Recht, die Übertragung der betreffenden Vermögenswerte auf einen anderen Finanzintermediär anzuordnen. Für den Fall, dass die Übernahme der nachrichtenlosen Vermögenswerte auf rein vertraglicher Basis, das heisst ohne Intervention der Aufsichtsbehörde, erfolgt, wird der Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nicht geregelt, weil die beiden Finanzintermediäre in einem solchen Fall die finanziellen Auswirkungen der Übertragung im Rahmen der Vertragsfreiheit regeln.

Am 1. Juli 2004 treten die neuen Artikel 33 ff BankG und 36a BEHG in Kraft, welche die Liquidation insolventer Banken oder Effekthändlernregeln⁷⁶. Die EBK wird zur Behörde, welche die Liquidation anordnet. Sie trifft zudem die nötigen Anordnungen zur Schliessung des Verfahrens trifft. Darunter fallen auch Entscheide über die Übertragung von nachrichtenlosen Vermögenswerten auf eine andere Bank gegen Zusprechung einer angemessenen Entschädigung.

Artikel 18 Beendigung der Geschäftstätigkeit einer Versicherung; Übertragung des Versicherungsbestandes

Absatz 1

Diese Bestimmung stützt sich auf Artikel 39 VAG (bzw. Art. 60 E-VAG⁷⁷), welcher die Zustimmung der Aufsichtsbehörde zur freiwilligen Übertragung des ganzen oder teilweisen schweizerischen Versicherungsbestands auf eine andere aufsichtspflichtige Versicherung vorschreibt. Die Aufsichtsbehörde muss sich insbesondere vergewissern, dass die Interessen der Versicherten einschliesslich der begünstigten Personen, deren Spur sich verloren hat, insgesamt gewahrt bleiben (Art. 39 Abs. 3 VAG bzw. Art. 60 Abs. 1 E-VAG).

Absatz 2

Mit dieser Bestimmung wird die Übertragung nachrichtenloser Vermögenswerte infolge einer unfreiwilligen Beendigung der Geschäftstätigkeit geregelt.

Die Liquidation einer Lebensversicherung richtet sich nach einem Verfahren sui generis. Die Policeninhaber werden aus einem Spezialfonds entschädigt (Sicherungsfonds nach dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1930 über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Schweizer Lebensversicherungen⁷⁸ oder gebundenes Vermögen gemäss Art. 17 E-VAG⁷⁹), noch bevor das Zwangsliquidationsverfahren beginnt. Die Policeninhaber werden also noch vor den privilegierten Gläubigern nach dem Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs⁸⁰ entschädigt, und ihre Forderungen sind nicht Teil der Konkursmasse. Bei der Konkurseröffnung verbleiben nur noch die nachrichtenlosen Forderungen aus Lebensversicherungen im Portefeuille der liquidierten Versicherung.

⁷⁶ BBI 2002 8117; AS 2004 2767

⁷⁷ Entwurf Versicherungsaufsichtsgesetz, E-VAG; BBI 2003 3894

⁷⁸ Sicherstellungsgesetz, SG; SR 961.03

⁷⁹ Entwurf Versicherungsaufsichtsgesetz, E-VAG; BBI 2003 3880

⁸⁰ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG; SR 281.1

Absatz 3

Siehe Kommentar zu Artikel 17 Absatz 2 über die angemessene Entschädigung zu Gunsten der übernehmenden Versicherung, welche von der Aufsichtsbehörde zur Übernahme der nachrichtenlosen Vermögenswerte verpflichtet wurde.

*Artikel 19 Ablieferung der Vermögenswerte und Befreiung des Finanzintermediärs**Absatz 1*

Diese Bestimmung tangiert die Eigentumsgarantie der Rechtsinhaber, die ihre Ansprüche verlieren, ohne eine Entschädigung geltend machen zu können. Der Schutz des Eigentums gilt jedoch nicht absolut, und die Unsicherheit, die sich aus der Nachrichtenlosigkeit der Vermögenswerte ergibt, soll nicht zeitlich unbefristet fort dauern. Es sei daran erinnert, dass gemäss schweizerischem Recht die Forderungen – eine der Hauptkategorien der vom Entwurf erfassten Vermögenswerte – nach Ablauf einer gewissen Zeit verjähren. Zudem führte der Gesetzgeber mit der Revision des BVG vom 3. Oktober 2003 ebenfalls eine Verwirkung der Ansprüche auf nachrichtenlose Vorsorgeguthaben ein; dort tritt die Verwirkung ein, sobald der Versicherte 100 Jahre alt wird oder geworden wäre (siehe Kap. 1.2.5). Zum Vergleich sei noch angemerkt, dass weitere Bestimmungen des schweizerischen Zivilrechts nach einer Frist von 30 Jahren einen definitiven Untergang des Eigentums an beweglichen oder unbeweglichen Sachen vorsehen. Eine Erbschaftsklage gegen einen bösgläubigen Besitzer verjährt zum Beispiel nach 30 Jahren (Art. 600 Abs. 2 ZGB). Ein nicht im Grundbuch aufgenommenes Grundstück kann nach Ablauf von 30 Jahren durch ausserordentliche Ersitzung erworben werden (Art. 662 ZGB). Das neue Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer⁸¹ enthält ebenfalls eine dreissigjährige Frist.

Eine Verwirkungsfrist von dreissig Jahren scheint im vorliegenden Fall also angemessen. Es ist auch daran zu erinnern, dass die Verwirkung erst nach Abschluss eines vollständigen Verfahrens eintritt (präventive Massnahmen zur Verhinderung des Kontaktabbruchs, Nachforschungen im Falle des Kontaktabbruchs, Meldung nachrichtenloser Vermögenswerte an die Nachrichtenstelle). Ausnahmeregelungen für bestimmte Arten von Vermögenswerten sind nicht wünschenswert: Wird die Verwirkungsfrist von der politische Behörde für zu kurz erachtet, ist die Expertenkommission der Ansicht, dass sie für alle nachrichtenlosen Vermögenswerte verlängert werden sollte.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine Lösung wie sie beispielsweise in Irland und in den Vereinigten Staaten gilt (siehe Kap. 5) und welche eine Befreiung der Finanzintermediäre und eine Ablieferung der Vermögenswerte an den Staat nach sehr kurzer Zeit ermöglicht, zur Folge hat, dass der Rechtsinhaber seine Ansprüche gegenüber dem Staat zeitlich unbefristet geltend machen kann. Diese Lösung schiebt das Problem nur auf und ist für das Schweizer Recht nicht wünschenswert.

⁸¹ Kulturgütertransfergesetz, KGTG; SR 444.1, das 2004 in Kraft treten wird (BBI 2003 4475, BBI 2002 535).

Den Ausgangspunkt der Frist von dreissig Jahren nach Artikel 19 bildet der Kontaktabbruch nach Artikel 6 des Entwurfs und nicht der letzte tatsächliche Kontakt mit dem Kunden.

Der Finanzintermediär liefert dem Bund nur den Gelderlös aus der Liquidation der nachrichtenlosen Vermögenswerte ab. Die Kosten können vom Liquidationserlös abgezogen werden. Dabei scheint auch denkbar, dass die Ablieferung periodisch erfolgen kann. Die Modalitäten können im Rahmen der Selbstregulierung im Einvernehmen mit dem Bund geregelt werden.

Der Finanzintermediär hat das Recht, die nicht verwertbaren Gegenstände zu vernichten, weil sie keinen Handelswert besitzen (Briefe, Fotografien, usw.). Dabei ist nicht auszuschliessen, dass im öffentlichen Recht der Verwertung und Vernichtung gewisser Gegenstände Grenzen gesetzt sein könnten, z. B. im Bereich des Kulturgüterschutzes. Die Vernichtung der nachrichtenlosen Vermögenswerte nach Ablauf der Frist von dreissig Jahren führt zum endgültigen Erlöschen der Ansprüche aller Rechtsinhaber auf diese Vermögenswerte, und der Finanzintermediär kann gerichtlich nicht mehr für die vernichteten Vermögenswerte haftbar gemacht werden.

Absatz 2

Die Vertreter der betroffenen Kreise haben geltend gemacht, dass die von den Finanzintermediären für die Nachforschungen in Abzug gebrachten Kosten (Art. 8 Abs. 2), die von den Nachrichtenstellen erhobenen Gebühren (Art. 16 Abs. 5) sowie die Vergütung für die Verwaltung nachrichtenloser Vermögenswerte im mutmasslichen Interesse des Rechtsinhabers (Art. 12) nicht ausreichen, um die Kosten zu decken, die insgesamt durch die Bearbeitung, die Aufbewahrung und die Rückgabe der nachrichtenlosen Vermögenswerte verursacht werden. Abzugsfähig sind namentlich die Beiträge der Finanzintermediäre zur Finanzierung ihrer Nachrichtenstelle sowie allfällige Kosten für die Verwertung der nachrichtenlosen Vermögenswerte oder für die Saldierung des Kontos. Fallen solche Kosten an, dann scheint es legitim, sie aus dem Liquidationserlös der nachrichtenlosen Vermögenswerte vor ihrer Ablieferung an den Bund zu decken. Artikel 19 Absatz 2 ermöglicht eine solche Lösung. Die Berechnungsweise und ihre Berechtigung müssen im Rahmen der Selbstregulierung (Art. 27 Abs. 1 Bst. d) und unter der Kontrolle der Aufsichtsbehörde (Art. 27 Abs. 2) erfolgen. Bezüglich der Kosten der Nachrichtenstellen und deren Finanzierung sei auch auf den Kommentar zu Artikel 27 verwiesen.

Absatz 4

Mit der Ablieferung der Vermögenswerte an den Bund erlöschen nach Artikel 19 Absatz 3 die Ansprüche aller Rechtsinhaber endgültig. Demzufolge ist es nicht mehr nötig, die Unterlagen zu diesen Vermögenswerten aufzubewahren, um sie dem Bund abzuliefern. Der Finanzintermediär hat also das Recht, sie zu vernichten. Mit der Vernichtung dieser Unterlagen nach Ablauf der Frist von dreissig Jahren erlöschen die Ansprüche aller

Rechtsinhaber auf diese Unterlagen endgültig und der Finanzintermediär kann wegen ihrer Vernichtung nicht mehr gerichtlich belangt werden.

Artikel 20 Aufteilung

Absatz 1

Die Frage der Aufteilung des Nettoerlöses aus den Vermögenswerten, der dem Bund nach Artikel 19 abgeliefert werden muss, ist politischer Natur. Sie wird vom Ergebnis der Volksabstimmung vom 22. September 2002 beeinflusst, als die Vorschläge der Regierung über die Zuweisung des Verkaufserlöses der überschüssigen Goldreserven der SNB an die Stiftung Solidarität Schweiz (siehe Kap. 1.2.7) abgelehnt wurden. Nach dieser Volksabstimmung scheint die Lösung einer Übertragung an eine humanitäre Stiftung oder an ein Hilfswerk politisch keine Chancen mehr zu haben.

Die Expertenkommission schlägt vor, den Nettoerlös der Vermögenswerte zwischen dem Bund und den Kantonen hälftig aufzuteilen. Die Kantone haben nach dem geltenden Artikel 466 ZGB Anspruch auf denjenigen Anteil an diesen Vermögenswerten, der ihnen in ihrer Eigenschaft als Universalerben eines Nachlasses ohne Erben zusteht, falls der Erblasser in der Schweiz niedergelassen war. Es gibt allerdings keine Statistik darüber, welchem Anteil diese Vermögenswerte entsprechen.

Absatz 2

Bei der Frage nach den Kriterien, nach denen diese Vermögenswerte unter den Kantonen aufgeteilt werden sollen, hat sich die für die Beteiligung der Kantone an den SNB-Gewinnen geltende Lösung bewährt und wird deswegen als gerecht erachtet (Verordnung vom 7. Dezember 1992 über die Verteilung der den Kantonen zufallenden Anteile am Reingewinn der Schweizerischen Nationalbank⁸²).

6. Abschnitt Unabhängige Vermögensverwalter

Weil sie keiner prudentiellen Aufsicht unterstellt sind, unterstehen die unabhängigen Vermögensverwalter dem Gesetz nur teilweise (siehe Art. 1 Bst. f). Für die unabhängigen Vermögensverwalter gelten zum Beispiel direkt Artikel 1 Absatz 2, Artikel 2 bis 6, Artikel 8 und 9, Artikel 10 Absatz 1 Buchstaben a, b, c und e, Artikel 12 Absatz 1 erster Satz, Artikel 17 Absatz 1 Buchstabe a, Artikel 21, Artikel 22 Absatz 1 und 3, Artikel 23, Artikel 32, Artikel 34 sowie Artikel 36 bis 39. Zudem finden Artikel 13 bis 16 sowie Artikel 19 und 20 auf die von unabhängigen Vermögensverwaltern verwalteten Vermögenswerte Anwendung. Dem Depositär obliegen die Pflichten nach Artikel 19. Er ist am besten geeignet, sich um die Liquidation der nachrichtenlosen Vermögenswerte, um die Ablieferung des Nettoerlöses an den Bund und um den Kostenersatz zu kümmern, weil er im Gegensatz zum unabhängigen Vermögensverwalter befugt ist, mit den betreffenden Vermögenswerten direkt Geschäfte vorzunehmen.

⁸² Verordnung über die Verteilung der den Kantonen zufallenden Anteile am Reingewinn der Schweizerischen Nationalbank, SR 951.181

Da sie keine staatlich beaufsichtigte Nachrichtenstelle errichten können, um sich ihr anzuschliessen und ihr die nachrichtenlosen Vermögenswerte zu melden, sind die unabhängigen Vermögensverwalter von der Meldepflicht befreit (Art. 22 Abs. 1 Bst. a *e contrario*). Um zu vermeiden, dass die von ihnen verwalteten Vermögenswerte dem Gesetzesmechanismus entgehen, müssen die unabhängigen Vermögensverwalter jedoch die Depositäre über die Existenz der nachrichtenlosen Vermögenswerte informieren, wenn die ihnen nach Artikel 21 vorgeschriebenen Nachforschungen erfolglos geblieben sind, spätestens aber zwei Jahre nach dem Kontaktabbruch (Art. 22 Abs. 1 Bst. c, in Art. 36 gesetzlich unter Strafe gestellt). Der Depositär (bei dem es sich obligatorisch um eine Bank oder einen diesem Gesetz unterstellten Effektenhändler handelt) muss nicht, kann aber bei den Nachforschungen mitwirken, welche ausschliesslich dem unabhängigen Vermögensverwalter obliegen (Art. 21 zweiter Satz). Sobald der Depositär vom unabhängigen Vermögensverwalter über die Existenz nachrichtenloser Vermögenswerte informiert wurde, kann er darauf verzichten, selbst Nachforschungen nach Artikel 8 und 9 anzustellen und direkt die Massnahmen nach Artikel 10 Absatz 1 ergreifen (Art. 22 Abs. 2). Der Depositär wird insbesondere seiner Nachrichtenstelle die Vermögenswerte melden müssen. Der unabhängige Vermögensverwalter ist von den übrigen Verpflichtungen nach Abschnitt zwei des Gesetzesentwurfs nicht befreit und muss namentlich die Massnahmen nach Artikel 10 Buchstaben a, b, c und e treffen (Art. 22 Abs. 1 Bst. a, nach Art. 36 gesetzlich unter Strafe gestellt) und die Vermögenswerte im mutmasslichen Interesse des Rechtsinhabers verwalten (Art. 12 Abs. 1 erster Satz laut Verweis in Art. 22 Abs. 1 Bst. b, ebenfalls nach Art. 36 gesetzlich unter Strafe gestellt). Der unabhängige Vermögensverwalter und der Depositär werden sich ferner gegenseitig informieren müssen, wenn der Kontakt zum Kunden wieder hergestellt ist oder wenn ein vermuteter Rechtsinhaber Ansprüche auf die nachrichtenlosen Vermögenswerte geltend macht, beispielsweise in der Form eines Auskunftsbeglehrens im Sinne von Artikel 15 und 16 des Entwurfs (Art. 22 Abs. 3).

Artikel 23 Beendigung der Geschäftstätigkeit

Artikel 23 ist Artikel 17 nachgebildet. Bei Beendigung der Geschäftstätigkeit muss der unabhängige Vermögensverwalter bezüglich nachrichtenloser Vermögenswerte dafür sorgen, dass der Despositär oder ein anderer Vermögensverwalter das Vertragsverhältnis übernimmt. Bei Nichteinhaltung dieser Pflicht setzt sich der unabhängige Vermögensverwalter dem Risiko aus, dafür vom Rechtsinhaber haftbar gemacht zu werden. Eine strafrechtliche Sanktionierung ist in Artikel 36 nicht vorgesehen, könnte aber in Erwägung gezogen werden, umso mehr, als die unabhängigen Vermögensverwalter, anders als die übrigen Finanzintermediäre (Art. 17), keiner prudentiellen Aufsicht unterstehen. Es darf davon ausgegangen werden, dass der Kunde an der Weiterführung der Vermögensverwaltung interessiert ist und nicht möchte, dass seine Vermögenswerte ohne eine solche Verwaltung bleiben. Da die unabhängigen Vermögensverwalter keiner prudentiellen Aufsicht unterstellt sind, verlangt Artikel 23, dass der Nachfolger „geeignet“ ist, die Vertragsbeziehung zu übernehmen. Die Auswahl muss sorgfältig erfolgen und Gewähr dafür bieten, dass die Vertragsbeziehung im Kundeninteresse weitergeführt wird.

7. Abschnitt Vorschriften für die Inhaber fremder Vermögenswerte

Die Rechtfertigung des freiwilligen Mechanismus nach Artikel 24 und 25 wird im Kommentar zu Artikel 1 Absatz 3 des Entwurfs erläutert. Dieser freiwillige Mechanismus wird der Initiative des Inhabers von Vermögenswerten überlassen und hängt von der Zusage eines Finanzintermediärs nach Artikel 1 Absatz 1 ab. Dieser Mechanismus könnte namentlich dem Bedürfnis eines Rechtsanwalts, eines Notars oder einer anderen Vertrauensperson entsprechen, weil ihm oder ihr, ohne zur Kategorie der Finanzintermediäre nach Artikel 1 Absatz 1 zu gehören, Vermögenswerte anvertraut wurden, die den rechtmässigen Rechtsinhabern nicht mehr zurückgegeben werden können. In der Praxis wird sich weisen, ob ein entsprechender Bedarf besteht oder nicht, und ob die Finanzintermediäre ein ökonomisches Interesse daran haben, solche Vermögenswerte anzunehmen. Die Voraussetzungen für die Übertragung von Vermögenswerten und dementsprechend für die Befreiung des Inhabers (Art. 25 Abs. 2) bieten Gewähr, dass dieser Mechanismus nicht missbraucht werden kann, um sich den ordentlichen Verpflichtungen eines Schuldners zu entziehen.

Artikel 26 Aufsichtsbehörden

Die Kategorien der Finanzintermediäre nach Buchstaben a und b und ihre Nachrichtenstellen unterstehen der Aufsicht der EBK beziehungsweise des BPV.

Für die Schweizerische Post und ihre Abteilung PostFinance (Bst. c) liegt der Fall etwas anders. Auf dem Gebiet der Bekämpfung der Geldwäscherei wird die Post von der SRO der Schweizerischen Post (SRO Post) überwacht, welche ihrerseits unter der Oberaufsicht der Kontrollstelle steht. Das UVEK übt hier keine Aufsichtsfunktion aus. Ausserhalb des Geldwäschereigesetzes sind die Tätigkeiten der Abteilung PostFinance keiner prudentiellen Aufsicht unterstellt, die derjenigen der EBK oder des BPV vergleichbar wäre. Die vom Bundesrat an das UVEK delegierte Aufsicht beschränkt sich auf eine allgemeine Aufsicht ohne Prüfung von Einzelfällen, was der Schweizerischen Post viel Autonomie belässt. Diese Aufsicht ist im PG und POG verankert. Es ist mittelfristig jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Finanzabteilung PostFinance der Schweizerischen Post der Aufsicht der neuen integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) unterstellt wird. Aus dieser Optik ist es sinnvoll, die bestehende Struktur der SRO Post zu nutzen, um die direkte Aufsicht über die nachrichtenlosen Vermögenswerte zu gewährleisten, statt eine neue Struktur zu schaffen. Die Besonderheit der Schweizerischen Post führt dazu, dass die Oberaufsicht in Sachen nachrichtenlose Vermögenswerte dem Bundesrat übertragen werden muss, welcher die Einzelheiten regeln wird.

Artikel 27 Selbstregulierung

Das EFD hat die Expertenkommission insbesondere damit beauftragt, einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten, der die Rahmenbedingungen der staatlich beaufsichtigten Selbstregulierung festlegt. Damit wird den in der Vernehmlassung formulierten Anliegen Rechnung getragen.

Es gibt zahlreiche Gesetze, die ein Selbstregulierungssystem vorsehen, das von einer Aufsichtsbehörde genehmigt werden muss. Das ist, nach unterschiedlichen Modalitäten, für die Sicherung der Bankeinlagen gemäss den neuen Bestimmungen des Bankengesetzes⁸³ der Fall, für die Zulassung von Effekten zum Handel (Kotierung) und die Regelung des Börsenmarktes nach BEHG sowie für die Konkretisierung der Pflichten der Finanzintermediäre nach GwG.

Artikel 27 besagt, dass die repräsentativen Berufsorganisationen jeder Kategorie von Finanzintermediären ihren eigenen Reglementsentwurf ausarbeiten und der für diese Kategorie zuständigen Aufsichtsbehörde zur Genehmigung unterbreiten.

Artikel 27 nennt die Hauptpunkte, zu denen sich der Reglementsentwurf äussern muss. Im Wesentlichen geht es darum, die gesetzlichen Pflichten der Finanzintermediäre zu konkretisieren und die Nachrichtenstelle, ihre Finanzierung und ihre Arbeitsweise zu organisieren. Die Selbstregulierung kann die meisten Vorschriften konkretisieren, muss dabei allerdings die Mindestanforderungen des Gesetzes einhalten. Raum für Selbstregulierung besteht beispielsweise in Bezug auf die Konkretisierung der Aktenaufbewahrung (Art. 5 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 Bst. e) oder bei der Regelung zur Verwaltung nachrichtenloser Vermögenswerte (Art. 12).

Im Rahmen der Selbstregulierung wird namentlich die Finanzierung der einzelnen Nachrichtenstellen zu regeln sein. Ein Teil der Kosten lässt sich durch die Gebühren decken, die bei den Gesuchstellern für die Bearbeitung des Gesuchs erhoben werden (siehe Art. 16 Abs. 5). Der Rest muss von den der Nachrichtenstelle angeschlossenen Finanzintermediären übernommen werden; die entsprechenden Modalitäten werden im Rahmen der Selbstregulierung festgelegt. Die Gebühren und Beiträge, welche die Finanzintermediäre den Nachrichtenstellen bezahlen, sind zwei Elemente, die es bei der Festlegung der durch die Nachrichtenlosigkeit verursachten Kosten zu berücksichtigen gilt. Diese Kosten dürfen vom Liquidationserlös abgezogen werden, der dem Bund nach Ablauf der Frist von dreissig Jahren abgeliefert werden muss (siehe Art. 19 Abs. 2), weil sie durch die bisher von den Vermögenswerten abgezogenen Kosten und Gebühren nicht gedeckt sind.

Die Frist, innert welcher der Reglementsentwurf der Aufsichtsbehörde unterbreitet werden muss, ist in den Übergangsbestimmungen verankert (Art. 38 Abs. 1).

Artikel 28 Aufsicht über die Finanzintermediäre

Die Aufsicht über die verschiedenen Kategorien von Finanzintermediären wird von den in den Spezialgesetzen zur Wahrnehmung der prudentiellen Aufsicht jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden ausgeübt. Die Aufsicht richtet sich gemäss Verweisung in Artikel 28 nach diesen spezialgesetzlichen Normen.

Was die Schweizerische Post anbelangt, so wird die den zuständigen Behörden überbundene prudentielle Aufsicht noch zu reglementieren sein (Art. 26 Bst. c).

⁸³ Artikel 37h des revidierten Bankengesetzes vom 3. Oktober 2003, BBl 2003 6791

Artikel 29 Aufsicht über die Nachrichtenstellen

Die Kosten für die Beaufsichtigung der Nachrichtenstellen sind Teil der allgemeinen Aufsichtskosten. Ihre Finanzierung erfolgt nach den spezialgesetzlichen Vorschriften.

Artikel 32 Haftung

Artikel 32 legt fest, dass der Finanzintermediär gegenüber den Rechtsinhabern für die Nicht- oder Schlechterfüllung seiner Pflichten aus diesem Gesetz haftet. Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, dass das Gesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte dem Schutz der Interessen der Kunden und der Rechtsinhaber dient. Artikel 32 ist jedoch keine selbstständige Haftungsnorm, sondern verweist nur auf die allgemeinen Vorschriften des OR.

Artikel 33 Berufsgeheimnis der Nachrichtenstellen

Indem Artikel 33 in Bezug auf das Berufsgeheimnis für alle Nachrichtenstellen ein einheitliches System schafft, soll ihr Zusammenschluss vereinfacht werden. Die Formulierung von Artikel 33 ist den Artikeln 47 BankG und 43 BEHG nachgebildet, ausser dass die Anstiftung im Rahmen von Artikel 33 nicht strafbar ist.

Artikel 34 Erstattung und Bearbeitung von Meldungen

Auf strafrechtlicher Ebene ist das mit dieser Bestimmung gewährte Recht nicht als allgemeine Erlaubnis zur Verbreitung vertraulicher Informationen aufzufassen. Vielmehr wird ein Rechtfertigungsgrund geschaffen, der die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens aufhebt, das sonst als Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG), des Berufsgeheimnisses der Nachrichtenstellen (Art. 33), des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) oder des Berufsgeheimnisses von Rechtsanwälten, Verteidigern, Notaren und nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichteten Revisoren sowie ihren Hilfspersonen (Art. 321 StGB) zu qualifizieren wäre. Erfolgt die Erstattung oder Bearbeitung der gesetzlich vorgeschriebenen Meldung ohne die nach den Umständen geforderte Sorgfalt, können nur jene Verletzungen des Amts- oder Berufsgeheimnisses geahndet werden, die auch bei Fahrlässigkeit strafbar sind. Die allgemeinen Bestimmungen über den Sachverhaltsirrtum (Art. 19 StGB) haben ebenfalls Gültigkeit. Auch die vom unabhängigen Vermögensverwalter gelieferte Information nach Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c ist eine Meldung im Sinne von Artikel 34.

Artikel 35 Strafbestimmungen für Finanzintermediäre

Die Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts müssen die Erfüllung der wichtigsten Pflichten gewährleisten, auf denen das gesetzlich geschaffene System beruht. So ist zum Beispiel zwingend vorgeschrieben, dass die von den Nachrichtenstellen verwalteten Datenbanken mit den Meldungen der Finanzintermediäre gespeisen werden müssen. Letztere müssen auch das Datum des Kontaktabbruchs registrieren, das den Beginn

zahlreicher gesetzlicher Fristen darstellt (siehe Art. 6), sowie Informationen über die Art des Kontaktabbruchs und die angestellten Nachforschungen, welche eine Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Pflichten der Finanzintermediäre ermöglichen. Ferner wären Nachforschungen durch die Rechtsinhaber ohne die Aufbewahrung der Unterlagen nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe e unmöglich. Schliesslich übernimmt die Markierung der nachrichtenlosen Vermögenswerte die Funktion einer Meldung, wenn diese nicht vorgeschrieben ist.

Die Bussenhöhe von 200 000 Franken wurde von Artikel 36 GwG übernommen.

Artikel 36 Strafbestimmungen für unabhängige Vermögensverwalter

Die Pflichten der unabhängigen Vermögensverwalter in diesem Entwurf unterscheiden sich von denjenigen der übrigen Finanzintermediäre. Deshalb braucht es Sonderbestimmungen, in denen die wichtigste Pflicht verankert wird; nämlich diejenige, die nachrichtenlosen Vermögenswerte dem Depositär zu melden, wenn die Nachforschungen erfolglos geblieben sind oder spätestens zwei Jahre nach Kontaktabbruch (Art. 22 Abs. 1 Bst. c), sowie die Pflicht, Massnahmen nach Artikel 10 Buchstaben a, b, c und e und nach Artikel 12 Absatz 1 erster Satz zu treffen (Art. 22 Abs. 1 Bst. a et b).

Artikel 38 Übergangsbestimmungen: Organisation

Der Entwurf sieht eine lange Übergangsfrist vor, die einerseits den Berufsorganisationen für die Errichtung der erforderlichen Strukturen und Reglemente und andererseits den Finanzintermediären für den Anschluss an die Nachrichtenstelle genügend Zeit lässt. Ferner müssen die Finanzintermediäre nachrichtenlose Vermögenswerte melden, die der obliatorischen Meldepflicht (Art. 10 Abs. 1 Bst. d) nach Artikel 39 unterstehen.

Artikel 39 Übergangsbestimmungen: Nachrichtenlose Vermögenswerte

Grundsätzlich unterstehen alle beim Inkrafttreten des Gesetzes existierenden und noch nicht verjährten nachrichtenlosen Vermögenswerte dem Gesetz. Je nach Dauer des Kontaktabbruchs seit Inkrafttreten des Gesetzes (weniger als zehn Jahre oder zwischen zehn und dreissig Jahren), müssen die Finanzintermediäre Nachforschungen anstellen oder können darauf verzichten. In beiden Fällen gilt Artikel 10 ff, wenn die Vermögenswerte als nachrichtlos qualifiziert werden müssen; d. h. sie sind der zuständigen Nachrichtenstelle zu melden und ihr Nettoerlös ist dreissig Jahre nach Kontaktabbruch dem Bund abzuliefern (Art. 19). Liegt der Kontaktabbruch mehr als dreissig Jahre zurück, wird der Erlös der nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe d meldepflichtigen nachrichtenlosen Vermögenswerte dem Bund innerhalb von fünf Jahren nach dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeliefert. Die nicht meldepflichtigen Vermögenswerte werden innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten des Gesetzes abgeliefert. Auf Grund der verfügbaren Dossiers wird ermittelt, in welchem Jahr genau der

Kontakt abgebrochen ist; fehlen solche Angaben, so wird das ausschlaggebende Datum des Kontaktabbruchs aufgrund aller anderen, dem Finanzintermediär bekannten Elemente geschätzt. Aus nachstehender Tabelle wird ersichtlich, welches System beim Inkrafttreten des Gesetzes nach Artikel 39 des Vorentwurfs gilt:

	Vermögenswerte, deren Wert 100 Franken übersteigt oder nicht geschätzt werden kann (Art. 10 Abs. 1 Bst. d)	Vermögenswerte mit einem Wert bis zu 100 Franken (Art. 10 Abs. 1 Bst. d)
Bei Inkrafttreten des Gesetzes verjährte Vermögenswerte (Art. 39 Abs. 1)	Das Gesetz gilt nicht.	
Kontaktabbruch liegt weniger als zehn Jahre zurück (Art. 39 Abs. 2)	Im Verhältnis zum Vermögenswert angemessene Nachforschungen gemäss Art. 8 und 9, es sei denn, es wurden bereits solche angestellt. Meldung an die Nachrichtenstelle und andere Massnahmen nach Art. 10.	Im Verhältnis zum Vermögenswert angemessene Nachforschungen gemäss Art. 8 und 9, es sei denn, es wurden bereits solche angestellt. Keine Meldung an die Nachrichtenstelle, aber alle anderen Massnahmen nach Art. 10.
Kontaktabbruch liegt mehr als zehn, aber weniger als dreissig Jahre zurück (Art. 39 Abs. 3)	Keine Nachforschungen. Meldung an die Nachrichtenstelle und andere Massnahmen nach Art. 10.	Keine Nachforschungen. Keine Meldung an die Nachrichtenstelle, aber alle anderen Massnahmen nach Art. 10.
Kontaktabbruch liegt mehr als dreissig Jahre zurück (Art. 39 Abs. 4)	Keine Nachforschungen. Meldung an die Nachrichtenstelle und andere Massnahmen nach Art. 10. Liquidation fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes und Ablieferung an den Bund.	Keine Nachforschungen. Weder Meldung an die Nachrichtenstelle, noch andere Massnahmen nach Art. 10. Liquidation innert eines Jahres nach Inkrafttreten des Gesetzes und Ablieferung an den Bund.

Bezüglich der Finanzdienstleistungen der Schweizerischen Post beziehungsweise des ehemaligen PTT-Unternehmens ist zu präzisieren, dass «unbestellbare» Sendungen bzw. «unanbringliche» Beträge (veraltete Bezeichnung für Sendungen und Beträge, deren Rechtsinhaber nicht mehr ausfindig gemacht werden konnten) im Rahmen des Postdienstes nach Artikel 29 und 37 des ehemaligen Postverkehrsgesetzes vom 2. Oktober 1924⁸⁴ wie verjährte Forderungen zu behandeln sind, die dem Entwurf eines Gesetzes über nachrichtenlose Vermögenswerte nicht unterstehen. Zu dieser Kategorie gehören namentlich die postamtlich aufgehobenen Checkrechnungen, deren Inhaber oder Rechtsinhaber nicht mehr ermittelt werden konnten, oder die nach fünf Jahren der PTT bzw. der Schweizerischen Post (als ihre Rechtsnachfolgerin) verfallenen nachrichtenlosen Guthaben. Das PVG wurde Ende 1997 aufgehoben. Heute richtet sich der Rechtsschutz zwischen der Schweizerischen Post und ihren Kunden nach dem Zivilrecht.

Absatz 7

Die Bankkonten und die anderen Vermögenswerte, die Gegenstand des von den Grossbanken 1999 in den USA abgeschlossenen Globalabkommens sind (Settlement Agreement, siehe Kap. 1.2.2.4), wurden in den Settlement Fund einbezahlt und sind somit dem Anwendungsbereich des Gesetzes über nachrichtenlose Vermögenswerte entzogen. Sie gelten nicht als „im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende nachrichtenlose Vermögenswerte“ im Sinne von Artikel 39 Absatz 1.

Zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Berichts ist jedoch noch nicht bekannt, was mit den Bankguthaben aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs geschehen soll, die am 5. Februar 2001 publiziert wurden (siehe Kap. 1.2.2.4) und über die das Claims Resolution Tribunal (CRT 2) oder die betroffene Depositbank noch nichts entschieden haben. Die Konten und anderen Vermögenswerte von Opfern nationalsozialistischer Verfolgung im Sinne des amerikanischen Bankenvergleichs vom 26. Januar 1999 gelten nicht als nachrichtenlos, da Ansprüche von Rechtsinhabern auf diese Vermögenswerte künftig zu Lasten des Settlement Fund abgegolten werden. Ebenfalls nicht nachrichtenlos sind die geschlossenen Konten (ob publiziert oder nicht), die keinem Opfer des Nationalsozialismus gehören. Demgegenüber fallen die offenen Positionen, die nicht erkennbar einem Opfer nationalsozialistischer Verfolgung gehören, in den gesetzlichen Geltungsbereich. Falls die Beratung des Gesetzes im Parlament stattfinden sollte, bevor das CRT 2 seine Arbeit abgeschlossen hat, müsste die Wirksamkeit des Gesetzes für alle publizierten oder gemeldeten Vermögenswerte aufgeschoben werden, bis ihr Schicksal im Rahmen einer endgültigen gerichtlichen Entscheidung oder eines definitiven Abkommens geklärt ist oder bis das Verfahren auf andere Weise abgeschlossen ist. Für diesen Fall wäre Artikel 39 durch Absatz 7 zu ergänzen, wonach die Anwendung des Gesetzes bis zum Abschluss der entsprechenden Verfahren aufgeschoben wird. Da derzeit auch von der Publikation einer vierten Namensliste die Rede ist, wird Absatz 7 so abgefasst, dass er sich auf alle gerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit dem Bankenvergleich erstreckt. Diese Bestimmung wird nicht nötig sein, wenn der den Settlement Fund betreffende Verteilprozess vor Verabschiedung des Gesetzes abgeschlossen sein sollte.

⁸⁴ Postverkehrsgesetz, PVG; BS 7 754

Die hier vorgeschlagene Lösung beruht auf der juristischen Konzeption, dass sobald die in New York hängigen Verfahren einmal abgeschlossen sein werden, die Regelung für die Vermögenswerte von Opfern des Nationalsozialismus eine abschliessende ist und dass diese Vermögenswerte mithin nicht unter das Gesetz fallen. Demzufolge werden die Banken nicht gehalten sein, den Liquidationserlös dem Bund abzuliefern, und sie riskieren damit auch keine Doppelzahlung. Bei dieser Konzeption anerkennt der Gesetzgeber die Wirksamkeit des in New York abgeschlossenen Bankenvergleichs in der Schweiz.

Eine andere Betrachtungsweise bestünde darin, vom Geltungsbereich dieses Gesetzes alle Vermögenswerte auszunehmen, bei denen der Kontakt zum Kunden vor mehr als fünfzig Jahren seit Inkrafttreten abgebrochen ist. Diese Vermögenswerte müssten folglich dem Bund nicht abgeliefert werden. Diese Betrachtungsweise unterscheidet sich von der ersten dadurch, dass die vom New Yorker Bankenvergleich erfassten Vermögenswerte auf Grund eines zeitlichen Kriteriums vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden. Der schweizerische Gesetzgeber hätte sich deshalb nicht zur Wirksamkeit der amerikanischen Verfahren in der Schweiz zu äussern. Diese Lösung wäre freilich auch auf jene Vermögenswerte mit Kontaktabbruch vor mehr als fünfzig Jahren anwendbar, bei denen kein Bezug zu nationalsozialistischer Verfolgung besteht. Die Finanzintermediäre könnten solche Vermögenswerte weder liquidieren noch sich befreien, indem sie den Erlös dem Staat abliefern.

Der Entscheid, welche Konzeption gewählt werden soll, ist wesentlich politischer Natur, weshalb sich die Expertenkommission entschieden hat, dem Gesetzgeber beide Möglichkeiten aufzuzeigen.

Änderung weiterer Gesetze

Artikel 46 Absatz 1 dritter Satz VVG

In den kapitalbildenden Lebensversicherungen, die dem Gesetzesentwurf unterstehen, hat das Ableben des Versicherten vor dem Ablauf der Police nach Artikel 46 Absatz 1 des heutigen VVG zur Folge, dass die zweijährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Es kann also vorkommen, dass der Versicherer nach dem ordentlichen Ablauf der Police Nachforschungen anstellt (Art. 7 Abs. 3 und Art. 8), obwohl die Versicherungsleistung bereits verjährt ist. Würde Artikel 46 Absatz 1 VVG nicht geändert, bliebe das Gesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte in solchen Situationen völlig wirkungslos. Die Expertenkommission schlägt deshalb vor, Artikel 46 Absatz 1 VVG in diesem Punkt zu ändern, ohne die Verjährungsfrist für Versicherungsleistungen zu modifizieren. Die Ergänzung besteht darin, dass bei kapitalbildenden Lebensversicherungen die Verjährungsfrist für den Anspruch auf das noch nicht ausbezahlte Erlebens- oder Todesfallkapital erst am Tag des vereinbarten Vertragsablaufs zu laufen beginnt.

Artikel 60 Absatz 2 zweiter Satz E-VAG

Die Ergänzung bezieht sich bereits auf den Entwurf zum revidierten Versicherungsaufsichtsgesetz (vgl. Artikel 60 Abs. 2 E-VAG in der Fassung gemäss BBl 2003 3894).

ANHANG

AFG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz)
BEHG	Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz)
BGNV	Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögenswerte
BJ	Bundesamt für Justiz
BPV	Bundesamt für Privatversicherungen
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
CRT	Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland
CS	Credit Suisse
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz)
EBK	Eidgenössische Bankenkommision
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
E-KAG	Entwurf der Kommission Forstmoser für ein Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen
FZG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz)
GeBüV	Verordnung vom 24. April 2002 über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (Geschäftsbücherverordnung)
GwG	Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz)

ICEP	Independent Committee of Eminent Persons oder Volcker-Komitee
ICHEIC	International Commission on Holocaust Era Insurance Claims, Die internationale Kommission für Versicherungsansprüche aus der Holocaust-Ära oder Eagleburger-Kommission
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht
ISDC	Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
KGTG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über den internationalen Transfer von Kulturgütern (Kulturgütertransfersgesetz)
Kontrollstelle	Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (Krankenversicherungsgesetz)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht)
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz)
PG	Postgesetz vom 30. April 1997
POG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz)
PVG	Postverkehrsgesetz vom 2. Oktober 1924
Richtlinien 1995	Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 8. September 1995 über die Behandlung nachrichtenloser Konten, Depots und Schrankfächer bei Schweizer Banken
Richtlinien 2000	Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung vom Februar 2000 über die Behandlung nachrichtenloser Konten, Depots und Schrankfächer bei Schweizer Banken
SBV	Schweizerischer Bankverein
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs
SFA	Schweizerischer Anlagefondsverband

SICAF	Investmentgesellschaften mit festem Kapital
SICAV	Investmentgesellschaften mit variablem Kapital
SG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1930 über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen (Sicherstellungsgesetz)
SNB	Schweizerische Nationalbank
SRO	Selbstregulierungsorganisation
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband
UBS	Schweizerische Bankgesellschaft
UEK	Unabhängige Expertenkommission Schweiz - Zweiter Weltkrieg oder Bergier-Kommission
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
VAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
VB-GwG	Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei vom 20. August 2002 über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Nichtbankensektor
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907



Loi fédérale sur les avoirs non réclamés

**Rapport de la commission d'experts instituée
par le Département fédéral des finances**

juin 2004

Table des matières

Condensé.....	4
1 Situation initiale.....	7
1.1 De 1945 à 1995	7
1.1.1 L'après-guerre.....	7
1.1.2 L'arrêté fédéral de 1962.....	7
1.2 De 1995 à nos jours	9
1.2.1 La Commission Bergier.....	9
1.2.2 Banques.....	10
1.2.2.1 Directives de l'Association suisse des banquiers (ASB) de 1995	10
1.2.2.2 Le Comité Volcker (ICEP)	10
1.2.2.3 Les publications de 1997 et le Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (CRT).....	11
1.2.2.4 Les actions collectives aux Etats-Unis et le CRT 2	12
1.2.2.5 Directives de l'ASB de février 2000 et recommandations de la CFB	13
1.2.3 La Poste Suisse (Postfinance).....	15
1.2.4 Assurances	15
1.2.5 Prévoyance professionnelle	16
1.2.6 Fonds suisse en faveur des victimes de l'Holocauste/Shoah dans le besoin ...	17
1.2.7 Fondation Suisse Solidaire	17
1.2.8 Biens séquestrés des réfugiés civils	17
2 Interventions parlementaires et avant-projet de loi sur les avoirs en déshérence.....	18
2.1 Interventions et requêtes parlementaires	18
2.2 Avant-projet relatif à une loi fédérale sur les fonds en déshérence.....	19
2.3 Procédure de consultation.....	21
2.3.1 Appréciation générale	21
2.3.2 Remarques spécifiques	22
2.3.3 Assurance	23
3 Commission d'experts	24
3.1 Membres et secrétariat.....	24
3.2 Mandat	25
3.3 Méthode de travail	26
4 Les lacunes du droit suisse actuel	26
5 Droit comparé	29
6 Commentaires des dispositions du projet de loi	31

Condensé

Le débat public et international relatif au rôle de la Suisse à l'époque de la Seconde Guerre mondiale et à son attitude ultérieure à l'égard des biens déposés par les victimes de l'Holocauste a montré combien il est difficile et coûteux de restituer aux véritables ayants droit des fonds qui n'ont pas été réclamés depuis des années, voire des dizaines d'années. C'est pourquoi plusieurs interventions parlementaires ont demandé au Conseil fédéral de procéder à une analyse de toutes les dispositions du droit suisse qui règlent le traitement des avoirs non réclamés et de soumettre au Parlement, le cas échéant, les propositions jugées nécessaires pour améliorer la situation juridique (P Nabholz, 96.3574; P Rechsteiner, 97.3289; M Rechsteiner, 96.3606 et 97.3306; M Plattner, 96.3610; P Groupe radical-démocratique, 96.3611; P Baumann, 97.3369; M Grobet 97.3401).

Dans l'ensemble, le droit privé suisse garantit le maintien des droits de propriété sur des choses mobilières déposées auprès de tiers sans limite dans le temps. Cela s'applique également aux papiers-valeurs tels que les titres de participation (actions, bons de participation, etc.) et les titres de dettes (obligations). En revanche, s'agissant de créances, la situation est très différente pour les avoirs bancaires et pour les prétentions d'assurance. Le Tribunal fédéral a jugé que les dépôts d'épargne (et semble-t-il d'une manière générale tous les dépôts bancaires de sommes d'argent) ne se prescrivent que depuis le jour où l'une des parties a valablement déclaré la résiliation à l'autre partie (ATF 91 II 442 ss). La banque qui a perdu le contact avec son client ne peut ainsi plus résilier le contrat, de sorte que sa dette devient imprescriptible. Ce n'est pas le cas des prestations d'assurance sur la vie qui, comme toute autre prestation d'assurance, se prescrivent par deux ans depuis l'événement assuré, même si le bénéficiaire de la prestation ignore l'existence de la police ou le décès dont ses droits résultent (art. 46 de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance¹; ATF 126 III 278).

Les principales lacunes de notre ordre juridique tiennent cependant à l'absence d'une obligation claire des intermédiaires financiers d'essayer de rétablir le contact avec leurs clients lorsque ceux-ci n'ont plus donné de nouvelles depuis longtemps; à l'inexistence de procédures de centralisation des informations relatives aux avoirs en déshérence auprès de tous les intermédiaires financiers, ce qui interdit de facto aux ayants droit de rechercher des avoirs non réclamés lorsqu'ils ne connaissent pas l'identité de l'intermédiaire financier; et à l'impossibilité pour les banques de se libérer de leurs dettes lorsque le contact avec le client est rompu. La conséquence est que les fonds restent chez les intermédiaires financiers. L'expérience montre que, tôt ou tard, il leur sera reproché de vouloir s'enrichir avec les avoirs non réclamés. Un tel soupçon – même s'il est infondé dans la plupart des cas – nuit à la place financière suisse. Il est dès lors nécessaire de chercher des solutions qui définissent clairement comment les intermédiaires financiers doivent procéder lorsque le contact avec leurs clients est rompu et ce qu'il advient des avoirs s'il s'avère impossible de les restituer aux ayants droit.

Les procédures récemment mises en place dans le cadre de l'autoréglementation des banques remédient partiellement à ces lacunes et sont prises en considération par le pré-

¹ Loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1

sent avant-projet. Elles n'ont pas d'équivalent chez les autres intermédiaires financiers. En outre, il revient au législateur de régler le sort ultime des avoirs non réclamés lorsque l'écoulement d'une longue période ne permet plus d'espérer qu'ils seront restitués aux ayants droit.

1 Situation initiale

1.1 De 1945 à 1995

1.1.1 L'après-guerre

La question des avoirs non réclamés s'est posée pour la première fois à grande échelle à la fin de la Seconde Guerre mondiale. De nombreuses personnes menacées ou persécutées par le national-socialisme avaient en effet accordé dans les années trente déjà leur confiance aux établissements financiers suisses, alors en plein développement, et nombre d'entre elles furent déportées et assassinées durant la guerre².

Dans le cadre de l'accord de Washington du 25 mai 1946³, Walter Stucki, qui dirigeait la délégation suisse, a confirmé dans une lettre confidentielle aux délégations des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne et de la France que le gouvernement suisse examinerait avec bienveillance la question des mesures nécessaires pour mettre à la disposition des trois gouvernements alliés, à des fins d'assistance, le montant des biens déposés en Suisse par des victimes d'actions de violence perpétrées par l'ancien gouvernement allemand, qui sont morts sans héritiers⁴. Le gouvernement suisse de l'époque a cependant omis d'informer les banques et les commissions parlementaires de l'existence de cette lettre⁵.

A la signature de l'Accord de liquidation de 1952 qui a abrogé toutes les parties de l'Accord de Washington qui n'étaient pas réalisables, la Suisse s'est à nouveau engagée à examiner la question des biens des victimes du régime nazi déposés en Suisse dans une lettre confidentielle datée du 28 août 1952⁶.

La problématique des avoirs non réclamés a également fait l'objet de pourparlers avec la Hongrie et la Pologne après la guerre. Des accords bilatéraux, signés en 1949 avec la Pologne et en 1950 avec la Hongrie, prévoient ainsi une expropriation au profit des autorités politiques du domicile des fonds des clients polonais et hongrois qui n'avaient plus donné signe de vie depuis le 9 mai 1945 et à propos desquels la banque ne disposait d'aucun élément donnant à penser qu'ils n'auraient pas péri durant la guerre ou qu'ils auraient laissé des héritiers⁷.

1.1.2 L'arrêté fédéral de 1962

Après deux tentatives ayant échoué devant la résistance concertée des banques en 1947 puis en 1956⁸, le Conseil fédéral a soumis en date du 4 mai 1962 au Parlement un projet d'arrêté fédéral sur les avoirs en Suisse d'étrangers ou d'apatrides persécutés pour des

² Rapport final de la Commission indépendante d'Experts: Suisse – Seconde Guerre Mondiale, Zurich 2002, (ci-après, CIE 2002), p. 258

³ Accord de Washington, RS 0.982.1

⁴ CIE 2002, p. 426-427; www.dodis.ch, document 1730

⁵ CIE 2002, p. 427

⁶ Linus von Castelmur, Schweizerisch-alliierte Finanzbeziehungen im Übergang vom Zweiten Weltkrieg zum Kalten Krieg, Zurich 1992, p. 375, n. 400

⁷ CIE 2002, p. 431s

⁸ CIE 2002, p. 433

raisons raciales, religieuses ou politiques. L'arrêté fédéral du 20 décembre 1962⁹ avait pour buts:

- a. d'inventorier les avoirs dont il s'agit, d'assurer leur conservation en nommant des curateurs aux biens et de les remettre, si possible, aux propriétaires ou à leurs ayants cause;
- b. s'il y a lieu, de faire prononcer la déclaration d'absence du propriétaire et de soumettre ses avoirs à la procédure successorale;
- c. d'attribuer les biens en déshérence à un fonds dont l'Assemblée fédérale réglerait l'utilisation.

L'arrêté fédéral de 1962, entré en vigueur le 1^{er} septembre 1963 pour une période limitée de dix ans, prévoyait à son article premier l'obligation de déclarer à une autorité compétente désignée par le Conseil fédéral (Service des avoirs d'étrangers disparus de la Division de la justice du Département fédéral de justice et police [DFJP]) les avoirs en Suisse dont les derniers propriétaires connus étaient des étrangers ou des apatrides dont on était sans nouvelles sûres depuis le 9 mai 1945 et dont on savait ou présumait qu'ils avaient été victimes de persécutions raciales, religieuses ou politiques. L'arrêté fédéral de 1962 s'appliquait aux avoirs en monnaie suisse et étrangère, à tout autre moyen de paiement, aux titres et autres créances, aux métaux précieux et aux autres objets de valeurs (art. 2, let. a). Toutes les personnes physiques et morales administrant ou détenant des avoirs au sens de l'art. 2 étaient astreintes à déclaration (art. 3).

Le message relatif à l'arrêté fédéral de 1962¹⁰ relève que les banques et les institutions d'assurance étaient opposées à l'adoption de mesures législatives au motif que les avoirs non réclamés en Suisse seraient trop peu importants, alors que les organisations israélites étaient d'avis que ces avoirs atteindraient un grand nombre de millions de francs. Pour le Conseil fédéral, l'incertitude quant au montant des avoirs non réclamés justifiait des mesures législatives.

Le message souligne en outre que, contrairement à ce que soutenaient certains milieux consultés, le droit alors en vigueur n'était pas suffisant pour régler le sort des avoirs non réclamés. Il convenait d'introduire notamment l'obligation de déclarer, en levant ainsi partiellement le secret bancaire et professionnel, afin d'éviter que «la Suisse ne soit soupçonnée de vouloir s'enrichir des avoirs ayant appartenu aux victimes d'événements révoltants».

L'arrêté fédéral de 1962 a été appliqué de façon restrictive¹¹. Au total 9,4 millions de francs ont été annoncés dans les délais conformément à l'arrêté fédéral de 1962, des versements tardifs et les intérêts portant finalement ce montant à plus de 10 millions. 5,5 millions de francs ont finalement été restitués aux intermédiaires financiers qui les avaient annoncés au motif que, selon une interprétation stricte de l'arrêté fédéral de 1962, ils ne tombaient pas dans son champ d'application; une partie de cette somme a cepen-

⁹ RO 1963 423; FF 1962 I 969, 971

¹⁰ FF 1962 I 969, 971

¹¹ CIE 2002, p. 435

dant pu être versée aux ayants droit directement par les intermédiaires concernés. 1,3 millions fut versé par le service compétent du DFJP et par les autorités tutélaires cantonales. En outre, 3,1 millions ont été versés dans le fonds spécial «avoirs en déshérence», une partie de cette somme (789 000 francs) étant utilisée pour les versements à la Pologne et à la Hongrie prévus par les accords passés en 1949 et en 1950 avec ces deux pays. Le fonds a été liquidé le 20 août 1980 après versement pour deux tiers à la Fédération suisse des communautés israélites et pour un tiers à l'Office central suisse d'aide aux réfugiés¹².

Au début de l'année 1999, le Conseil fédéral a publié sur Internet et dans la Feuille fédérale une liste de tous les avoirs non réclamés annoncés sur la base de l'arrêté de 1962 et alloués au fonds spécial sans que les personnes concernées n'aient pu être cherchées ou trouvées. Le Conseil fédéral a consenti, dans un geste de solidarité, à indemniser les personnes dont il pouvait alors retrouver la trace¹³. La liste publiée contient 580 noms de titulaires de compte. A l'expiration des effets de l'arrêté du 18 novembre 1998, la Confédération avait versé des indemnités 1 010 000 de francs à 90 victimes du régime national-socialiste ou à leurs ayants-droits (cf. communiqué de presse du DFEA du 26 juin 2002).

1.2 De 1995 à nos jours

1.2.1 La Commission Bergier

La Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre mondiale (CIE ou Commission Bergier du nom de son président Jean-François Bergier) a été instituée par arrêté fédéral du 13 décembre 1996, adopté à l'unanimité par les deux chambres du Parlement¹⁴. L'article premier de cet arrêté dispose que les recherches historiques et juridiques de la Commission Bergier devaient porter «sur l'étendue et le sort de toute forme de valeurs patrimoniales qui ont été, soit confiées en dépôt ou placement, ou pour transmission à un tiers, à des banques, à des assurances, à des avocats, à des notaires, à des fiduciaires, à des gérants de fortune ou à d'autres personnes physiques ou morales ou associations de personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse, soit requises par ces personnes physiques ou morales ou associations de personnes, soit reçues par la Banque nationale suisse».

Pour faciliter le travail de la CIE, les art. 4 et 5 de l'arrêté fédéral du 13 décembre 1996 faisaient devoir aux entreprises et aux services concernés de conserver les pièces susceptibles de servir les recherches et «de laisser les membres de la Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre mondiale et leurs collaborateurs consulter tous les documents qui peuvent être utiles à leurs recherches», cette obligation primant toute obligation légale ou contractuelle de garder le secret. L'arrêté fédéral a sorti ses effets jusqu'au 31 décembre 2001.

¹² Peter Hug et Marc Perrenoud, Les avoirs déposés en Suisse par des victimes du nazisme et les accords d'indemnisation conclus avec les pays de l'Est (1997), pp. 77ss, en particulier p. 90; Urs Zulauf, Bankgeheimnis und Publikation nachrichtloser Vermögenswerte, in Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Berne 1998, no 6; FF 1974 II 801, 802; RO 1975 I 533

¹³ FF 1999 I 444; RO 1998 III 2990

¹⁴ FF 1996 IV 1171, 1190; RO 1996 III 3487

La Commission Bergier a publié 25 études, contributions à la recherche et expertises juridiques entre décembre 1997 et décembre 2000, dont une est spécifiquement consacrée aux avoirs bancaires¹⁵, et un rapport final le 22 mars 2002¹⁶.

1.2.2 Banques

1.2.2.1 Directives de l'Association suisse des banquiers (ASB) de 1995

Sur l'impulsion de la Commission fédérale des banques (CFB), l'ASB a adopté le 8 septembre 1995 des directives relatives au traitement des avoirs auprès des banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles du client (directives 1995). Ces directives s'appliquaient à tous les avoirs bancaires, y compris ceux qui ne datent pas de la Seconde Guerre mondiale, pour lesquels la banque était sans nouvelles du client depuis plus de dix ans. La première partie des directives 1995 exigeait des banques qu'elles renoncent à résilier le contrat, marquent les avoirs concernés et préservent les intérêts des ayants droit. La deuxième partie des directives 1995 instituait une Centrale pour la recherche d'avoirs sans nouvelles auprès de banques suisses (Centrale de recherche des banques suisses), dont la responsabilité a été confiée à l'Ombudsman des banques. Dans ses directives 1995, l'ASB a toutefois renoncé à obliger les banques à annoncer leurs avoirs non réclamés à la Centrale de recherche des banques suisses.

1.2.2.2 Le Comité Volcker (ICEP)

Le 2 mai 1996, l'ASB, l'Organisation mondiale de la restitution juive et le Congrès juif mondial, représentant en outre l'Agence juive et d'autres organisations, ont conclu un Protocole d'accord donnant mandat à un Comité indépendant de personnes éminentes placé sous la direction de Paul A. Volcker (Independent Committee of Eminent Persons, ICEP ou Comité Volcker) d'identifier les comptes des victimes des persécutions nazies qui sont restés dormants depuis la Seconde Guerre mondiale ou qui n'ont pas été mis à la disposition des victimes ou de leurs héritiers et de juger du traitement, par les banques suisses, des comptes des victimes des persécutions nazies¹⁷. La CFB a facilité le travail du Comité Volcker en qualifiant les audits qu'il effectuait de révisions extraordinaires obligatoires au sens de l'art. 23^{bis} de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne¹⁸.

Dans son rapport du 6 décembre 1999, le Comité Volcker constate qu'il n'a pas trouvé d'indices que les banques auraient systématiquement détruit des documents, organisé un traitement discriminatoire ou le pillage des comptes des victimes du national-socialisme¹⁹. Certaines banques recherchèrent activement les titulaires des comptes ou leurs héritiers

¹⁵ La place financière et les banques suisses à l'époque du national-socialisme, Les relations des grandes banques avec l'Allemagne (1931–1946), Publications de la CIE, volume 13, Lausanne 2002

¹⁶ La Suisse, le national-socialisme et la Seconde Guerre mondiale, Publications de la CIE, Rapport final Zurich 2002

¹⁷ Rapport du 6 décembre 1999 de l'ICEP sur les comptes dormants des victimes des persécutions nazies dans les banques suisses (rapport ICEP), p. 2

¹⁸ Loi sur les banques, LB, RS 952.0; Rapport de gestion de la CFB 1997, p. 118

¹⁹ Rapport ICEP, ch. 41

afin de leur verser les avoirs en dépôt²⁰. Le rapport relève cependant que d'autres banques firent preuve à l'époque d'un manque de diligence dans la recherche des comptes des victimes²¹. Le Comité Volcker reproche également à certains établissements d'avoir prélevé des frais et honoraires importants sur des comptes dont elles savaient ou auraient dû savoir que le détenteur était mort ou avait disparu, ce qui a entraîné leur clôture par épuisement de leur valeur; la pratique qui consistait à transférer les avoirs non réclamés sur des comptes sans intérêts sans garder une documentation facilement accessible est également critiquée²². Le Comité Volcker conclut toutefois, à la décharge des banques, que le problème des avoirs non réclamés semble être en partie la conséquence de l'absence d'une loi suisse générale réglant la question et salue dans ses recommandations l'engagement du Gouvernement suisse en vue de l'adoption d'une telle loi «qui pourrait aider à renforcer la discipline nécessaire au traitement de ces comptes»²³. Dans ce même rapport, le Comité Volcker a en outre identifié 53 886 comptes comme ayant un lien vraisemblable ou possible avec des victimes du nazisme. La publication de près de 25 000 de ces comptes ayant la plus forte probabilité d'avoir appartenu à des victimes du nazisme a été préconisée. Enfin, le Comité Volcker a recommandé de consolider les banques de données regroupant les comptes gérés dans les banques suisses pendant la période concernée²⁴.

1.2.2.3 Les publications de 1997 et le Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland (CRT)

À la demande des organisations avec lesquelles elle avait institué le Comité Volcker, l'ASB a fait procéder à un inventaire des avoirs dont les banques avaient perdu le contact avec leur client avant le 6 mai 1945 et a publié une première liste comprenant 1756 noms de clients domiciliés à l'étranger ou de nationalité étrangère en juin 1997. Une seconde liste de 10 758 noms de clients suisses et de 3687 noms de clients étrangers a été publiée en octobre 1997. La CFB a autorisé la publication de ses listes nominatives en considérant que, compte tenu de l'absence de nouvelles pendant une durée exceptionnellement longue et des traces profondes laissées par la Seconde Guerre mondiale et l'Holocauste, le secret bancaire ne s'opposait pas à une publication intervenue à des conditions restrictives et sous étroite surveillance, publication qui était dans l'intérêt présumable des ayants droit à ces avoirs²⁵.

Afin de permettre le traitement rapide et peu formaliste des prétentions qui seraient annoncées sur les 5 570 comptes de titulaires étrangers publiés en 1997, l'ASB et le Comité Volcker instituèrent un tribunal arbitral international au sens de la loi fédérale du 18 décembre 1987 de droit international privé²⁶, le CRT, dont le siège était à Zurich. Se fondant sur des règles de procédure garantissant la facilité et la gratuité de son accès, un

²⁰ Rapport ICEP, ch. 44

²¹ Rapport ICEP, ch. 42

²² Rapport ICEP, ch. 43

²³ Rapport ICEP, ch. 45 et 90

²⁴ Rapport ICEP, ch. 62ss; Rapport de gestion de la CFB 1999, p. 161 et pp. 178ss

²⁵ Rapport de gestion de la CFB 1997, pp. 118s

²⁶ Loi de droit international privé, LDIP; RS 291

degré de preuve compatible avec les bouleversements provoqués par la guerre et l'Holocauste, le tribunal acheva cette première phase de son travail en septembre 2001. Saisi de près de 10 000 requêtes, dont un tiers s'avéra fondé, il ordonna la remise d'avoirs bancaires à hauteur de 16 millions de francs en mains de victimes de l'Holocauste ou leurs ayants droit et à hauteur de 49 millions de francs en faveur d'ayants droit d'autres types de comptes en déshérence²⁷. Parmi les demandes qui furent jugées bien fondées, 21 % se rapportaient aux avoirs de victimes de l'Holocauste alors que 79 % concernaient des personnes étrangères ou domiciliées à l'étranger qui ne présentaient aucun rapport avec l'Holocauste²⁸.

1.2.2.4 Les actions collectives aux Etats-Unis et le CRT 2

Fin 1996, début 1997, plusieurs actions collectives (*class actions*) ont été introduites contre le Credit Suisse (CS), l'Union de Banques Suisses (UBS) et la Société de Banque Suisse (SBS) devant une juridiction fédérale états-unienne d'un district de New York. Les demandeurs alléguaient que ces banques avaient collaboré avec le régime nazi et l'avaient aidé en retenant et en dissimulant sciemment des avoirs de victimes de l'Holocauste et en acceptant et en blanchissant des biens spoliés par les nazis et des bénéfices provenant du travail forcé.

Le 26 janvier 1999, CS et UBS SA (résultant de la fusion entre UBS et SBS) se sont engagés à titre transactionnel et sans reconnaître de responsabilité à verser la somme de 1,25 milliards de dollars. Cet accord transactionnel et un plan de distribution furent homologués par le juge saisi. Sur la somme totale, 800 millions de dollars (sous imputation des sommes déjà distribuées par le CRT) sont destinés aux victimes de l'Holocauste et à leurs descendants qui rendent vraisemblables avoir été titulaires d'avoirs bancaires en Suisse. Cet accord global a éteint toutes prétentions des demandeurs envers toutes les banques suisses en relation avec les avoirs non réclamés et leurs activités durant la Seconde Guerre mondiale. Les demandeurs renonçaient également à toute action envers la Confédération, la Banque nationale suisse (BNS) et les entreprises suisses²⁹.

À la différence du tribunal arbitral CRT qui trancha les prétentions relatives aux comptes publiés en 1997, le CRT 2 n'est pas un tribunal arbitral mais une institution spéciale qui, dans le cadre général fixé par la procédure civile fédérale des Etats-Unis, examine les nouvelles demandes sur mandat du tribunal fédéral d'un district de New York. Les prétentions qui peuvent lui être soumises ne sont pas limitées aux 21 000 personnes titulaires de comptes identifiés dont la liste fut publiée le 5 février 2001 par l'ASB suite au rapport final du Comité Volcker et avec l'autorisation de la CFB³⁰. Les personnes dont le nom n'a pas été publié sur la liste mais qui sont ou pensent être titulaires d'avoirs en relation avec l'Holocauste peuvent également faire appel au CRT 2. Le juge saisi à New York a seule compétence pour approuver les décisions prises par le CRT 2. C'est pourquoi le DFJP accorda aux juges et aux secrétaires du CRT 2, ainsi qu'aux deux special masters (man-

²⁷ Rapport de gestion de la CFB 2001, p. 246

²⁸ Final Report on the Work of the CRT 1 du 5 octobre 2001, p. 3s

²⁹ Rapport de gestion de la CFB 1998, p. 137; Rapport de gestion de la CFB 2000, p. 177

³⁰ Rapport de gestion de la CFB 2001, p. 246

dataires du tribunal) qui supervisent leur activité, l'autorisation prévue par l'art. 271 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937³¹ et les a obligés à respecter l'ordre juridique suisse, en particulier les règles sur la protection des données personnelles.

Il n'est pas encore possible d'apprécier le résultat du travail du CRT 2 qui est toujours en cours.

1.2.2.5 Directives de l'ASB de février 2000 et recommandations de la CFB

En février 2000, l'ASB a adopté de nouvelles directives (directives 2000) qui diffèrent notamment de celles de 1995 en ceci qu'elles prescrivent des mesures visant à prévenir la rupture de contact, des dispositions sur la surveillance et la gestion des avoirs non réclamés, des règles sur la conservation des documents ainsi que des mesures destinées à faciliter la reprise de contact avec les clients. Les directives 2000 obligent également les banques à annoncer tous les avoirs non réclamés supérieurs à 100 francs en cas d'échec des recherches entreprises.

Selon les directives 2000, il y a avoirs sans nouvelles non seulement lorsque la banque n'a plus de nouvelles de son client (instruction, communication ou déclaration qui provoque un mouvement sur le compte ou une inscription au dossier), mais encore lorsqu'elle ne peut plus le contacter, c'est-à-dire lorsque le courrier adressé régulièrement au client est renvoyé par la poste, qu'il n'existe aucun contact avec lui ni aucune nouvelle de sa part et que les recherches entreprises par la banque sont restées sans succès. Dans le cas des livrets d'épargne, des compartiments de coffre-fort et des clients dont la correspondance est conservée à la banque («banque restante»), la règle des directives 1995 est reprise, les avoirs devant être annoncés à la Centrale de recherche des banques suisses lorsque la banque est sans nouvelles depuis plus de 10 ans.

Le rôle de la Centrale de recherche des banques suisses, confiée à l'Ombudsman des banques, a en outre été transformé. Tous les avoirs sans nouvelles sont désormais enregistrés dans une base de données centralisée, gérée par SAG SIS Registre des actions AG. A la réception d'une requête d'une personne rendant vraisemblable son droit, la Centrale de recherche consulte cette base de données. Si les indications fournies par le requérant correspondent suffisamment à un nom enregistré, elle transmet la requête à la banque concernée pour examen et décision. Si la banque estime que le requérant n'est pas l'ayant droit aux avoirs, elle le communique à la Centrale de recherche qui est habilitée à consulter les documents de la banque et, le cas échéant, à émettre une recommandation invitant la banque à prendre directement contact avec le requérant. L'art. 3 du Règlement de la Fondation «Ombudsman des banques suisses» s'applique alors, les parties n'étant pas liées par les propositions de règlement faites par la Centrale de recherche. Aucune voie de recours n'est ouverte au requérant si la banque refuse de suivre la recommandation de la Centrale de recherche.

Les directives 2000, n'ont pas le caractère contraignant d'une loi, ne lient pas les tribunaux et ne prévoient aucune peine conventionnelle pour sanctionner leur violation. Leur respect

³¹ Code pénale, CP; RS 311.0

est toutefois l'une des conditions posées par la CFB à l'exercice d'une activité bancaire irréprochable au sens de l'art. 3, al. 2, let. c, de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne³² et est par conséquent soumis au contrôle annuel de l'organe de révision bancaire³³. La CFB peut ordonner des mesures administratives en cas de défaillance.

Fin 2001, la CFB a mandaté la société de révision PricewaterhouseCoopers SA pour vérifier la mise œuvre des directives 2000 de l'ASB par la Centrale de recherche des banques suisses. Si le résultat de cet examen était dans l'ensemble favorable, quelques faiblesses ont été constatées, notamment quant à la qualité des données introduites dans la base de données. Par ailleurs, sur 554 recherches effectuées en 2001 dans la base de données, la Centrale de recherche a transmis 107 cas aux banques, qui ont estimé que le requérant n'était pas l'ayant droit des avoirs dans 79 cas. Dans un seul de ces cas, la Centrale de recherche a demandé des renseignements complémentaires à la banque concernée, en renonçant toutefois à voir les pièces justificatives. Au total, 2,3 millions de francs ont pu être versés à leurs ayants droit en 2001.

A la suite de cet examen, la CFB a chargé les organes de révision de 13 banques suisses, dont les trois plus importantes, de procéder, dans le cadre de leur révision ordinaire, à un examen approfondi portant sur le respect des directives. Il résulte de la synthèse de ces rapports que les banques révisées respectent dans l'ensemble les directives. Des défaillances ont toutefois amené la CFB à formuler les cinq recommandations suivantes à l'attention de la commission d'experts «Loi fédérale sur les avoirs non réclamés» instituée par le Département fédéral des finances (DFF):

- Recommandation no 1: examiner l'introduction de l'obligation de rapporter périodiquement à la direction le nombre des relations où le contact avec le client a été perdu et leur évolution. Une telle obligation permettrait de sensibiliser l'ensemble des collaborateurs au problème des avoirs non réclamés.
- Recommandation no 2: examiner l'introduction de l'obligation de former les collaborateurs concernés (mesure préventive). En matière d'identification, le service de la banque compétent pour les avoirs non réclamés dépend en effet du travail, respectivement des annonces effectués par les gérants.
- Recommandation no 3: examiner l'introduction de l'obligation d'une gestion centralisée des avoirs non réclamés au sein de la banque afin notamment de sauvegarder au mieux les intérêts de l'ayant droit. Une gestion centralisée serait également dans l'intérêt des banques qui pourraient ainsi optimiser leur système de contrôle et réduire leurs frais.
- Recommandation no 4: examiner l'introduction de l'obligation d'un transfert à la Centrale de recherche des banques suisses pour gestion collective des avoirs non réclamés, à tout le moins des petits montants. Cette obligation aurait pour avantage de décharger les banques de la gestion de comptes peu rentables et d'introduire une prati-

³² Loi sur les banques, LB; RS 952.0

³³ Annexe 1 à la circulaire CFB 96/3 du 21 octobre 1996 sur la forme et le contenu du rapport de révision

que commune à toute la branche en matière de frais de gestion. Si une telle solution n'est pas envisagée, il conviendrait alors d'examiner l'introduction d'un devoir de solder à l'interne et sans frais les comptes de petits montants (en dessous de 1000 francs) et de les transférer sur un compte commun. Une unification de la pratique des frais de gestion devrait à tout le moins être examinée si cette dernière solution n'est pas non plus retenue.

- Recommandation no 5: examiner l'introduction de l'obligation d'archiver de façon centralisée les documents concernant les avoirs non réclamés, afin principalement d'éviter leur destruction intempestive.

1.2.3 La Poste Suisse (Postfinance)

La Poste Suisse, par sa division financière Postfinance, est dépositaire de très nombreux comptes (comptes jaunes et comptes de dépôt), notamment de personnes physiques et d'associations.

Avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste³⁴ et de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la Poste³⁵, le droit public applicable aux prestations financières de La Poste Suisse prévoyait une dévolution après cinq ans à la Confédération des avoirs non réclamés. Depuis, les règles ordinaires de droit privé s'appliquent. En pratique, un compte postal est marqué comme étant inactif lorsque le client n'a effectué aucun mouvement depuis 6 mois. Les avoirs sont ensuite considérés comme étant non réclamés et le compte est bloqué si les envois d'avis réguliers concernant un compte postal inactif sont retournés non retirés à La Poste Suisse. Le blocage du compte implique que plus aucuns frais de gestion ou de boucllement annuel ni aucun intérêt n'est porté en compte, les avoirs étant alors conservés à leur valeur nominale. La Poste Suisse recherche ensuite les personnes pouvant justifier de droits sur les avoirs, en respectant le principe de la proportionnalité. Toute personne justifiant de ses droits peut obtenir le paiement des avoirs bloqués sans limite dans le temps.

1.2.4 Assurances

La Commission internationale pour les demandes d'indemnisation de l'époque de l'Holocauste (CIDIEH³⁶ ou Commission Eagleburger du nom de son président Lawrence Eagleburger) a été fondée en 1998 sur la base du Protocole d'Accord signé par des autorités européennes de réglementation du secteur des assurances, des représentants d'organisations juives, l'Etat d'Israël ainsi que des institutions d'assurance, dont la Winterthur Leben et la Zurich Financial Services. Par publication du 16 février 2000, la Commission Eagleburger a invité les ayants droit à des polices d'assurance non honorées liées

³⁴ Loi sur la poste, LPO; RS 783.0

³⁵ Loi sur l'organisation de la Poste, LOP; RS 783.1

³⁶ Commission internationale pour les demandes d'indemnisation de l'époque de l'Holocauste

aux événements de l'Holocauste à s'annoncer jusqu'au 31 mars 2002, délai ultérieurement prolongé au 31 décembre 2003³⁷.

En outre, en marge de l'accord conclu le 12 août 1998 par CS et UBS SA (Cf. ch. 1.2.2.4), les compagnies Swiss Re et Swiss Life se sont engagées à verser la somme de 50 millions de francs à titre transactionnel et sans reconnaissance de responsabilité afin de couvrir les éventuelles prétentions non honorées issues de polices d'assurance sur la vie conclues par des victimes de l'Holocauste. Quelques centaines de demandes ont été déposées, aucune n'ayant cependant pu être acceptée à ce jour.

1.2.5 Prévoyance professionnelle

C'est dans le domaine de la prévoyance professionnelle et en rapport avec les travailleurs étrangers en Suisse que le problème des avoirs non réclamés a été identifié et résolu pour la première fois par la Confédération. Une procédure spéciale en matière d'avoirs non réclamés a été introduite par la modification du 18 décembre 1998, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1999, de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³⁸. Cette modification introduit pour les institutions de prévoyance l'obligation de maintenir un contact périodique avec leurs assurés et d'annoncer à la Centrale du deuxième pilier les avoirs des assurés ayant atteint l'âge de la retraite mais pour lesquels aucun droit n'a été encore exercé. La Centrale du deuxième pilier, qui travaille en étroite collaboration avec la Centrale de compensation, reçoit les demandes d'assurés concernant leurs avoirs de prévoyance et leur fournit les informations nécessaires à l'exercice de leurs droits.

La révision du 3 octobre 2003 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité³⁹ a complété le système en vigueur afin d'assurer la pérennité des avoirs de prévoyance non réclamés. L'art. 41 nouveau LPP⁴⁰, qui s'applique par analogie en matière de libre passage (art. 24g nouveau LFLP), dispose ainsi que le droit aux prestations ne se prescrit pas pour autant que l'assuré n'a pas quitté l'institution de prévoyance lors de la survenance du cas d'assurance (al. 1), que les avoirs non réclamés doivent être transférés au fonds de garantie après un délai de dix ans à compter de l'âge ordinaire de la retraite (al. 3 et 4) et que l'assuré ou ses héritiers peuvent faire valoir leurs prétentions jusqu'à ce que l'assuré a eu ou aurait eu 100 ans.

Vu la législation spéciale ci-dessus, les polices d'assurance-vie entrant dans le champ d'application de la LPP ainsi que les autres formes admises de maintien de prévoyance au sens de la LFLP (compte de libre passage) ne seront pas soumises au projet de loi fédérale sur les avoirs non réclamés (voir art. 1, al. 2, du projet). En revanche, la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) ainsi que la prévoyance individuelle libre (pilier 3b) sont assujetties à la loi sur les avoirs non réclamés.

³⁷ www.icheic.org

³⁸ Loi sur le libre passage, LFLP; RS 831.42; RO 1999 II 1384 1387; FF 1998 V 4873

³⁹ Loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LPP; RS 831.40

⁴⁰ FF 2003 6095

1.2.6 Fonds suisse en faveur des victimes de l'Holocauste/Shoah dans le besoin

Par ordonnance du 26 février 1997⁴¹, le Conseil fédéral a institué un fonds spécial en faveur des victimes de l'Holocauste/Shoah dans le besoin doté d'un capital initial de 100 millions versé par les grandes banques suisses. Le fonds avait pour but de soutenir les personnes dans le besoin qui, pour des motifs raciaux, religieux, politiques ou pour d'autres raisons, ont été persécutées ou ont été victimes d'une autre manière de l'Holocauste/Shoah, de même qu'à leurs descendants dans le besoin. Ce fonds a été financé en outre par des dons des banques suisses, de l'industrie, des institutions d'assurance et de la BNS. Les capitaux du fonds ont été distribués le plus largement possible. Au total, 295 millions de francs ont été répartis dans le monde entier entre quelque 312 000 survivants de l'Holocauste/Shoah dans le besoin⁴². Le Conseil fédéral a décidé de dissoudre le fonds avec effet au 31 décembre 2002.

1.2.7 Fondation Suisse Solidaire

En date du 5 mars 1997, le Conseil fédéral a lancé le projet d'une fondation chargée de tâches humanitaires (projet d'une Fondation Suisse Solidaire), financée avec le produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS. L'article constitutionnel «L'or à l'AVS, aux cantons et à la fondation» proposé dans le cadre de ce projet constituait un contre-projet à l'initiative «Pour le versement au fonds AVS des réserves d'or excédentaires de la Banque nationale suisse (Initiative sur l'or)» déposée par l'Union Démocratique du Centre et qui entendait attribuer au fonds de compensation de l'AVS la totalité des réserves monétaires – actuelles et futures – de la BNS qui n'étaient plus requises au titre de la politique monétaire⁴³.

Par votation du 22 septembre 2002, le peuple et les cantons ont rejeté tant l'«initiative sur l'or» que le contre-projet du Conseil fédéral «L'or à l'AVS, aux cantons et à la fondation».

1.2.8 Biens séquestrés des réfugiés civils

Par communiqué de presse du 14 avril 1999, le Conseil fédéral a prévu une procédure simplifiée pour permettre aux réfugiés civils, internés en Suisse pendant la Seconde Guerre mondiale, de récupérer leurs biens qui avaient été mis sous séquestre à leur arrivée et qu'ils ont laissés lorsqu'ils ont quitté la Suisse. Il s'agissait essentiellement de petites sommes dont le total atteignait environ 85 000 francs⁴⁴. À ce jour, la Confédération a payé env. 600 francs à deux personnes.

⁴¹ RO 1997 I 811

⁴² Rapport final de la direction du Fonds suisse en faveur des victimes de l'Holocauste/Shoah dans le besoin, Berne 2002, p. 12

⁴³ FF 2000 IV 3664; FF 2002 III 2573

⁴⁴ Communiqué de presse du DFF du 14 avril 1999, publié sur le site internet www.efd.admin.ch

2 Interventions parlementaires et avant-projet de loi sur les avoirs en déshérence

2.1 Interventions et requêtes parlementaires

Le problème posé par les avoirs non réclamés, en particulier ceux issus de la Seconde Guerre mondiale, a fait l'objet de nombreuses interventions parlementaires (voir encadré ci-dessous). Les interventions transmises par les Chambres fédérales avant la session d'hiver 1999 ont toutefois d'ores et déjà été classées suite au rapport complémentaire des commissions de gestion du Conseil National et du Conseil des Etats du 23 mai 2003 à l'attention des Chambres fédérales⁴⁵. Ce classement est intervenu dans le cadre de la nouvelle loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale⁴⁶. En définitive, seules les motions des conseillers nationaux Rechsteiner et Grobet du 18 juin (M 97.3306) et du 22 septembre 1997 (M 97.3401), qui n'ont été adoptées par le Conseil des Etats qu'en date du 20 juin 2000, devront être classées par le projet de loi sur les avoirs non réclamés.

- Postulat déposé le 27 novembre 1996 par la conseillère nationale Nabholz⁴⁷

Ce postulat invite le Conseil fédéral à envisager des mesures législatives s'inspirant des solutions étrangères qui permettent d'empêcher que les avoirs non réclamés s'accumulent auprès des banques. Ces avoirs devront être transférés à la Confédération avec pour effet d'exempter les banques de toute responsabilité. Le Conseil fédéral a accepté le postulat Nabholz.

- Motion déposée le 9 décembre 1996 par le conseiller national Rechsteiner⁴⁸

Cette motion charge le Conseil fédéral de prendre les mesures nécessaires pour contraindre les instituts financiers à déclarer à une centrale les avoirs non réclamés. Le Conseil fédéral a accepté la motion Rechsteiner.

- Motion déposée le 9 décembre 1996 par le conseiller aux Etats Plattner⁴⁹

Cette motion charge le Conseil fédéral de déposer un projet de loi contraignant les banques, les assurances, les avocats, les notaires, les fiduciaires et toute autre personne gérant des valeurs patrimoniales à déclarer à une centrale les avoirs non réclamés qu'il détient. La centrale devra permettre de constater les rapports de propriété et assister les éventuels ayants droit dans leurs recherches. Le projet de loi règlera également l'utilisation dans l'intérêt commun des biens dont on n'a pas pu retrouver l'ayant droit. Le Conseil fédéral a proposé de transformer cette motion en postulat. Cette motion a été adoptée par le Conseil national le 19 mars 1997 et par le Conseil des Etats le 29 septembre 1997.

- Motion, transformée en postulat, déposée le 10 décembre 1996 par le groupe radical-démocratique⁵⁰

Cette motion charge le Conseil fédéral de soumettre aux chambres un projet d'arrêté fédéral de portée générale constituant un fonds spécial géré par la Confédération et alimenté par les avoirs non réclamés déposés en Suisse avant, pendant et immédiatement après la Seconde Guerre mondiale. Dans sa prise de position du 3 mars 1997, le Conseil fédéral a rappelé que la problématique des avoirs non réclamés issus de la Seconde Guerre mondiale faisait l'objet d'une enquête historique et juridique confiée à la CIE et que le Comité Volcker recherchait notamment les avoirs de victimes de persécutions religieuses, racistes ou politiques à l'époque du régime national-socialiste et tenterait de les restituer à leurs ayants droit. En outre, par ordonnance du 26 février 1997, le Conseil fédéral avait institué la création d'un fonds spécial en faveur des per-

⁴⁵ FF 2003 VI 6269

⁴⁶ Loi sur le Parlement, LParl; RS 171.10

⁴⁷ P 96.3574

⁴⁸ M 96.3606

⁴⁹ M 96.3610

⁵⁰ P 96.3611

sonnes nécessiteuses victimes de l'Holocauste/Shoah doté d'un capital initial de 100 millions versé par les milieux bancaires. Sur proposition du Conseil fédéral, le Conseil national a transformé la motion en postulat.

- Motion, transformée en postulat, déposée le 11 juin 1997 par le conseiller national Rechsteiner⁵¹

Cette motion charge le Conseil fédéral de mettre sur pied une procédure de recherche efficace et crédible des valeurs patrimoniales déposées en Suisse. Dans sa réponse du 3 septembre 1997, le Conseil fédéral constate que la réputation de la place financière suisse a souffert des affaires successives des fonds juifs non réclamés et des fonds Marcos et Mobutu; ces affaires ont démontré que la Suisse disposait déjà d'un large arsenal législatif qui pourrait toutefois être analysé et, cas échéant, optimisé. La motion Rechsteiner a été transmise au Conseil fédéral sous la forme de postulat.

- Motion déposée le 18 juin 1997 par le conseiller national Rechsteiner⁵²

Cette motion intitulée «Avoirs en déshérence datant de la Seconde Guerre mondiale. Implications juridiques» charge le Conseil fédéral de revoir les dispositions légales applicables aux avoirs non réclamés et de soumettre aux Chambres des propositions d'amendements ou des dispositions nouvelles qui pourraient servir à l'établissement de normes qui doivent correspondre à un standard international minimum. Le Conseil fédéral a accepté la motion Rechsteiner.

- Motion, transformée en postulat, déposée le 20 juin 1997 par le conseiller national Baumann⁵³

Cette motion charge le Conseil fédéral de déposer un projet de loi instituant une procédure civile spécifique adaptée aux réclamations d'ayants droit sur des avoirs non réclamés qui, notamment, allège les exigences en matière de preuve. Dans sa réponse du 10 septembre 1997, le Conseil fédéral distingue entre la problématique des fonds non réclamés issus de la Seconde Guerre mondiale, qui devrait trouver sa solution dans la procédure spéciale mise en place par l'ASB, et la problématique des autres fonds non réclamés; pour cette seconde catégorie, le Conseil fédéral se déclare prêt à examiner la nécessité de fixer sur le plan fédéral des règles de procédure bien que, selon la Constitution fédérale, cette compétence est en principe réservée aux cantons. La motion Baumann a finalement été transmise au Conseil fédéral sous la forme de postulat.

- Motion déposée le 22 septembre 1997 par le conseiller national Grobet⁵⁴

Cette motion charge le Conseil fédéral de proposer un projet de loi sur les valeurs patrimoniales non réclamées. Ce projet devra prévoir la publication des comptes concernés et régler les obligations des banques envers les ayants droit et les mesures de recherches que celles-ci devront entreprendre. La motion Grobet a été acceptée par le Conseil fédéral.

2.2 Avant-projet relatif à une loi fédérale sur les fonds en déshérence

En avril 1997, le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'examiner la situation juridique relative aux avoirs non réclamés et de lui soumettre, si nécessaire, des propositions pour l'améliorer. Cette tâche a été confiée à l'Office fédéral de la justice (OFJ).

L'OFJ prépara un avant-projet de loi fédérale sur les fonds en déshérence (LFFD) qui devait s'appliquer aux «acteurs financiers» déjà soumis à une surveillance de droit fédéral, soit aux banques, aux directions de fonds, aux négociants en valeurs mobilières et aux institutions d'assurances. Le contrôle du respect des obligations découlant de la LFFD

⁵¹ P 97.3289

⁵² M 97.3306

⁵³ P 97.3369

⁵⁴ M 97.3401

relevait ainsi exclusivement d'autorités existantes, c'est-à-dire de la CFB et de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP).

Tous les biens pouvant être confiés à des intermédiaires financiers (créances monétaires, papiers-valeurs, métaux précieux, bijoux ou oeuvres d'art, etc.) et toutes les polices d'assurance directe sur la vie devaient tomber dans le champ d'application de la loi, les prétentions en dommages-intérêts en étant cependant exclues (art. 41 et 97ss du Code des obligations du 30 mars 1911⁵⁵)⁵⁶.

L'intermédiaire financier était obligé de reprendre le contact rompu depuis plus de 8 ans avec son client (soit le partenaire contractuel, tout ayant droit ou héritier ou leur représentant), à moins que cela n'expose celui-ci à la confiscation ou à des traitements inhumains et à la condition que les démarches nécessaires soient proportionnées à la valeur des avoirs. Cette obligation faisait l'objet d'une exception lorsque le client avait expressément déclaré par écrit à l'intermédiaire financier qu'il y renonçait. L'intermédiaire financier avait également l'obligation d'informer son client sur l'obligation de chercher à reprendre contact et sur le principe du transfert à la Confédération, après leur publication, des avoirs qui ne pouvaient être restitués.

En sus d'une obligation de conserver les documents relatifs aux fonds en déshérence, l'avant-projet disposait que l'intermédiaire financier devait prendre des mesures organisationnelles afin d'éviter la perte de contact et enregistrer les fonds de manière centralisée en empêchant tout accès non autorisé en cas de perte de contact depuis plus de huit ans.

Les avoirs non réclamés depuis dix ans devaient être déclarés à un centre d'information à créer au sein du DFF. L'intermédiaire financier n'était toutefois plus tenu de déclarer les créances prescrites, à l'exception des prétentions résultant d'un contrat d'assurance sur la vie. Les avoirs non réclamés au moment de l'entrée en vigueur de la loi devaient également être déclarés au centre d'information dans un délai d'un an, l'intermédiaire financier étant alors libéré de son obligation de chercher à reprendre contact avec son client. La violation de l'obligation de déclarer était sanctionnée par une peine d'amende d'un montant de 200 000 francs au plus et de 50 000 francs au moins en cas de récidive.

Le centre d'information aurait pour tâche de maintenir une liste des avoirs non réclamés déclarés et de communiquer les données correspondantes aux personnes établissant de manière crédible leurs droits sur ces avoirs, aux autorités de surveillance et de poursuite pénale, ainsi qu'aux Archives fédérales. Le financement du centre devait être assuré par la perception d'émoluments au dépôt d'une demande de recherche et, subsidiairement, par une taxe prélevée sur les avoirs non réclamés annoncés.

A l'expiration d'un délai de 50 ans depuis le dernier contact avec le client, les droits sur les avoirs devaient être transférés à la Confédération et l'intermédiaire financier était libéré de ses obligations contractuelles envers le client. Les avoirs non réclamés au moment de l'entrée en vigueur de la loi devaient également être transférés à la Confédération au plus

⁵⁵ Droit des obligations, CO; RS 220

⁵⁶ Rapport explicatif de l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur les fonds en déshérence (LFFD) de juillet 2000, n. 21, p. 23 (projet mis en consultation)

tôt cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi. L'avant-projet prévoyait cependant la publication systématique des avoirs en déshérence avant leur transfert à la Confédération.

Le DFF était compétent pour trancher par voie de décision tout litige relatif au transfert des fonds à la Confédération. Au surplus, les voies de droit étaient régies par les lois spéciales des autorités de surveillance concernées et par les dispositions générales sur la procédure fédérale pour les recours contre les décisions du centre d'information.

Enfin, le Conseil fédéral était chargé de régler par voie d'ordonnance le détail des mesures d'organisation que l'intermédiaire financier devait prendre, les conditions auxquelles il était délié de son obligation de reprendre contact avec les clients, la forme et le contenu de sa déclaration au centre d'information, les détails concernant la perception d'une taxe sur les fonds annoncés et les modalités de la publication de la liste des avoirs en déshérence.

2.3 Procédure de consultation

L'avant-projet a été mis en consultation du 5 juillet au 30 septembre 2000 auprès du Tribunal fédéral suisse, de l'ensemble des cantons, des partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale ainsi que de 31 organisations⁵⁷.

2.3.1 Appréciation générale

L'élaboration d'un avant-projet de loi a été saluée par l'ensemble des organisations ayant répondu à la consultation, la nécessité d'une législation fédérale en la matière étant reconnue par tous.

La plupart des cantons et la conférence des directeurs cantonaux des finances ont contesté l'attribution exclusive à la Confédération des avoirs dont on n'a pas pu retrouver les bénéficiaires, aucun motif pertinent n'étant avancé pour justifier la modification du système légal de dévolution finale aux cantons selon le droit privé suisse applicable aux avoirs sans héritiers.

L'Union Démocratique du Centre, le Parti Radical-Démocratique suisse, le Parti Démocrate-Chrétien et le Parti Libéral Suisse ont regretté que l'avant-projet ne laisse pas davantage de place à l'autoréglementation en reprenant les structures existantes (notamment la Centrale de recherche des banques suisses). Le Parti Socialiste et le Parti écologique suisses, en revanche, se sont félicités que l'avant-projet règle précisément les devoirs des intermédiaires financiers assujettis.

L'ASB, la Swiss Funds Association (SFA), ainsi que d'autres organisations consultées ont regretté que l'avant-projet ne tienne pas compte des directives 2000 de l'ASB et ne laisse aucune place à l'autoréglementation. Pour ces organisations, la place laissée à l'autoréglementation aurait dû être d'autant plus grande que le champ d'application de l'avant-projet se limitait à des catégories d'intermédiaires financiers déjà assujetties à une

⁵⁷ Les participants à la consultation ont été informés de son résultat par lettre du DFF du 23 mai 2002 à laquelle était annexé un classement des réponses datant de février 2002.

surveillance prudentielle. L'avant-projet aurait ainsi notamment dû renoncer à instaurer une centrale d'information interne à l'administration, l'Ombudsman des banques remplissant cette fonction à satisfaction depuis 1995 déjà.

L'Association Suisse d'Assurance (ASA), qui regrettait de ne pas avoir été consultée à un stade préliminaire, a préconisé une refonte complète de l'avant-projet afin de tenir compte des spécificités du domaine de l'assurance, une partie spéciale de la loi devant lui être consacré. L'ASA désirait également que l'avant-projet laisse une plus grande place à l'autoréglementation. L'ASA craignait enfin que l'avant-projet ne porte préjudice à la révision générale en cours de la législation sur la surveillance des institutions d'assurance et aurait préféré que l'on procède aux adaptations nécessaires des lois de surveillance existantes de chaque catégorie d'intermédiaires concernée plutôt que d'édicter une nouvelle loi.

2.3.2 Remarques spécifiques

Certaines organisations, notamment l'ASB, ont regretté que l'avant-projet ne s'applique pas aux intermédiaires financiers non encore assujettis à une surveillance spécifique. L'avant-projet aurait ainsi dû mentionner les fiduciaires et les gérants de fortune indépendants, ainsi que La Poste suisse. Quant à la SFA, elle souhaitait que le champ d'application de la loi se limite aux directions de fonds de placement gérant des comptes de parts.

Pour l'ASB notamment, l'intermédiaire financier ne devait pas avoir à répondre seul de l'obligation de maintenir le contact qui devait être remplacée par un devoir de recherche en cas de perte de contact.

Certaines organisations consultées souhaitaient que la loi définisse les avoirs protégés (qui devaient également inclure les dépôts sans valeur marchande), les documents qui devaient être conservés, ainsi que ce qui devait être considéré comme un contact.

Des organisations consultées estimaient que le terme d'«intermédiaire financier» devait être préféré à celui d'«acteur financier» dont l'emploi n'était pas justifié par le risque de confusion avec la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier⁵⁸. En outre, en français, le terme de «fonds» devait être remplacé par celui plus général d'«avoirs» s'appliquant aussi bien à des actifs en espèces qu'à des papiers-valeurs ou à des objets précieux.

Si l'ASB et la SFA considéraient la publication de listes de comptes comme étant une atteinte disproportionnée et injustifiée au secret bancaire, d'autres organisations souhaitaient au contraire qu'une telle publication ait lieu plus tôt après la perte de contact.

Le CRT recommandait que la loi contienne des dispositions sur les frais de recherche et d'autres organisations préconisaient qu'il soit fait de même pour les intérêts minima devant être portés en compte.

⁵⁸ Loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0

Les délais prévus dans la loi étaient jugés trop longs ou trop courts selon les organisations consultées. Le délai d'annonce d'un mois de l'art. 4 était considéré comme étant trop court par les praticiens.

Afin de mieux tenir compte de la garantie de la propriété, l'ASB proposait que le transfert des avoirs non réclamés à la Confédération soit provisoire et conditionnel après 30 ans déjà, une dévolution définitive n'intervenant qu'après 100 ans.

Une autre organisation souhaitait que l'affectation finale des fonds dont on n'a pas trouvé les bénéficiaires soit discutée et prévue dans la loi.

Au surplus, certaines organisations estimaient que l'avant-projet s'immisçait trop dans les rapports contractuels de droit privé entre l'intermédiaire financier et son client.

La nature juridique du centre d'information ainsi que son financement ont également été remis en question et une participation financière des intermédiaires financiers concernés a été proposée, par exemple lors de l'annonce des montants comme les directives de l'ASB le prévoient.

La sanction des obligations a fait l'objet de nombreuses remarques, une distinction entre délits intentionnels et délits commis par négligence étant souhaitée. Une organisation consultée a en outre proposé de fixer le montant de l'amende proportionnellement au montant des avoirs non réclamés concernés.

Enfin, le Tribunal fédéral a préconisé l'instauration d'une commission de recours statuant en première instance de recours contre les décisions du DFF.

2.3.3 Assurance

Pour l'ASA, l'avant-projet de LFFD ne tenait notamment pas compte de la spécificité de l'assurance sur la vie qui ne permet pas à l'assureur de connaître la personne ayant droit à la prestation d'assurance avant la survenance de l'événement assuré. De plus, il serait inutile de contraindre une institution d'assurance à maintenir le contact avec le preneur d'assurance, celui-ci n'étant le plus souvent pas le créancier de l'institution d'assurance à la survenance de l'événement assuré. En outre, la prescription de 2 ans de l'art. 46, al. 1, de la LCA serait acquise avant que le délai de 8 ans de l'avant-projet pour chercher à reprendre contact ne soit échu, de sorte que la Confédération ne saurait obtenir les prestations d'assurance non réclamées depuis 50 ans. L'annonce de prétentions prescrites résultant d'un contrat d'assurance sur la vie serait également inutile.

Pour l'ASA, seule l'assurance sur la vie comprenant un élément de capitalisation devrait être assujettie à la loi, tandis que la prévoyance professionnelle devrait être exclue dans son ensemble du champ d'application. De plus, la compétence territoriale des autorités suisses de surveillance concernées devrait définir le champ d'application *ratione loci* de l'avant-projet. Le régime transitoire, qui serait impraticable, devrait être abrogé, la future loi ne devant trouver application que pour les avoirs non réclamés après l'entrée en vigueur de la loi.

3 Commission d'experts

Etant donné la diversité des points de vue ressortant de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a chargé, par décision du 15 mai 2002, le DFF d'instituer une petite commission d'experts en la matière. Celle-ci devait notamment se pencher sur les possibilités de mieux prendre en compte dans la loi l'autorégulation mise en place par les milieux bancaires en se fondant sur les résultats de l'évaluation de cette autorégulation par l'ASB. La loi devait en outre fixer les conditions de mise en place de l'autorégulation, notamment la création par les intermédiaires financiers d'un centre d'information concernant les avoirs non réclamés. Le DFF s'est exécuté par décision du 1^{er} juillet 2002.

3.1 Membres et secrétariat

Les personnes suivantes ont été nommées membres de la commission d'experts:

- Luc Thévenoz, docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Genève, membre de la CFB (président);
- Victor Füglistner, licencié en droit, avocat, vice-président du Comité exécutif de l'ASB;
- Stephan Fuhrer, docteur en droit, privat-docent, membre de la direction de la Bâloise assurances, président de la commission juridique assurance-vie de l'ASA;
- Beat Kaufman, docteur en droit, chef de division suppléant, Division des affaires économiques et financières, Département fédéral des affaires étrangères (DFAE);
- Felix Schöbi, docteur en droit, Division des projets de législation, OFJ;
- Andrea Kiefer, docteure en droit, avocate, Service des questions spéciales, OFAP;
- Simona Bustini, docteure en droit, Service juridique, Secrétariat de la CFB.
- Jacqueline Cortesi-Künzi, avocate, cheffe de section, Service juridique de l'Administration fédérale des finances (AFF);

Les changements suivants dans la composition de la commission sont survenus ultérieurement:

- Olivier Salamin, licencié en droit et en sciences économiques, Service des questions spéciales, OFAP, a remplacé Andrea Kiefer à compter du mois de novembre 2002;
- Alexandra Salib, avocate, fondée de pouvoir de l'ASB, a remplacé Victor Füglistner dès le mois de février 2003;
- Christoph Burgener, chef de division suppléant, Division des affaires économiques et financières, DFAE, a remplacé Beat Kaufmann depuis juin 2003.

Les membres de la commission ont exercé leur mandat en qualité d'experts indépendants.

Le secrétariat de la commission a été confié à Nicolas Vuilliomenet, avocat, Service juridique de l'AFF.

3.2 Mandat

La commission d'experts fut chargée de remettre au DFF son rapport et un projet de loi à fin 2003 au plus tard. Le projet de loi devait fixer des conditions-cadres à l'autoréglementation, ainsi que tenir compte des avis exprimés durant la procédure de consultation terminée en septembre 2000 et des résultats de l'expertise menée par la CFB sur le système d'autorégulation mis en place dans le domaine bancaire.

Le mandat comprenait notamment les points ci-dessous:

- examiner la possibilité d'étendre le champ d'application de la loi au-delà de celui de l'avant-projet de LFFD, la loi devant toutefois rester exécutable sans rendre nécessaire la mise sur pied d'un appareil administratif disproportionné;
- examiner la demande formulée par les assureurs de limiter le champ d'application de la loi aux assurances-vie à composante de capital;
- proposer des dispositions contraignant les intermédiaires financiers à prendre, dans le cadre d'une autorégulation supervisée par l'Etat, les mesures nécessaires afin d'éviter que des avoirs ne deviennent non réclamés et afin de conserver le contact avec les ayants droit;
- proposer la création d'une ou de plusieurs centrales de recherche privées auxquelles les intermédiaires financiers devront annoncer les avoirs non réclamés. Les centrales de recherche adopteront des normes autorégulatrices sous la haute surveillance de la Confédération. La loi devra en outre fixer le degré de vraisemblance à apporter par les ayants droit potentiels et à quelles autres conditions (par exemple les frais) ils pourront obtenir des renseignements sur un avoir non réclamé.
- examiner qui, de l'intermédiaire financier ou éventuellement de la centrale de recherche ou d'un fonds, doit être chargé de la gestion des avoirs depuis l'instant où ils sont non réclamés et jusqu'à leur dévolution, si la loi doit régler les modalités de cette gestion et quand l'intermédiaire financier doit être libéré.
- examiner le bien-fondé des dispositions de la LCA en matière de prescription au regard de la problématique posée par les avoirs non réclamés.
- examiner au terme de quel délai les ayants droit doivent être déchus de leurs prétentions sur des avoirs non réclamés et si cette déchéance doit être définitive ou, au besoin, ne se produire qu'à des conditions précises.
- proposer le principe de la dévolution des avoirs non réclamés à la Confédération avec participation des cantons et examiner la variante de la création d'un fonds, en présentant les avantages et les inconvénients de chaque solution.
- régler la question des avoirs non réclamés déposés à ce jour auprès d'intermédiaires financiers (droit transitoire), les prescriptions ordinaires devant être respectées dans leurs principes.

Afin de répondre à des questions ponctuelles, la commission d'experts a également reçu le pouvoir de former des groupes de travail, de faire appel à d'autres expertes ou experts

et de procéder à des auditions. La commission pouvait en particulier faire appel à l'Ombudsman des banques et au Préposé fédéral à la protection des données.

3.3 Méthode de travail

La commission d'experts s'est réunie à 12 reprises, dont deux séances de deux jours. Une délégation de la commission a procédé à des auditions préalables de représentants de gérants indépendants, de banques de gestion, de La Poste Suisse et du Département des transports, de l'énergie et des communications (DETEC). Certains de ces représentants ont été entendus par la commission en plénum durant le premier semestre 2003. Enfin, une première version du projet de loi a été remise en août 2003 avec un questionnaire, ad personam et en rappelant les devoirs de confidentialité, à des représentants des banques, des institutions d'assurance, de La Poste Suisse, de la SFA ainsi qu'à l'Ombudsman des banques. Ces personnes ont ensuite été entendues par la commission, lors d'une séance spéciale le 15 septembre 2003, ou ont eu l'occasion de se déterminer par écrit.

Les particularités de l'assurance ont été présentées à la commission sous la forme de deux exposés successifs.

Les travaux et les analyses nécessaires ayant pris plus de temps qu'initialement prévu, le mandat de la commission d'experts a été prolongé jusqu'à mi 2004 pour la remise de son rapport au DFF.

4 Les lacunes du droit suisse actuel

Le sort juridique des avoirs non réclamé n'est pas réglé de manière systématique et cohérente par le droit suisse actuel. Les possibilités existantes sont mal connues. En outre, la protection des prétentions des ayants droit varie suivant la qualification juridique des biens et des rapports avec l'intermédiaire financier.

La propriété foncière est imprescriptible et l'inscription des immeubles au registre foncier identifie le propriétaire et les titulaires d'autres droits réels. En cas de décès du propriétaire inscrit, l'inscription reste inchangée tant que l'identité du ou des nouveaux propriétaires n'a pas été démontrée au conservateur du registre. Ces règles garantissent que les droits fonciers subsistent, peuvent être aisément recherchés et, en cas de décès, transmis aux ayants droit.

Les droits réels sur les choses mobilières sont également imprescriptibles. À lui tout seul, l'écoulement du temps ne fait pas perdre au propriétaire ses droits réels. Lorsqu'une chose mobilière est déposée en mains d'un tiers agissant en cette qualité, qu'il s'agisse ou non d'un intermédiaire financier, celui-ci n'en devient jamais propriétaire. Lors du décès du propriétaire, la propriété passe à ses héritiers ou légataires, même si le dépositaire l'ignore. Ceux-ci peuvent faire valoir leur droit en tout temps. Sont réservés les cas

d'acquisition ou de prescription acquisitive par un tiers de bonne foi (art. 933 et 728 du Code civil du 10 décembre 1907⁵⁹).

Les droits de créance sont en revanche très inégalement protégés dans l'hypothèse d'une perte de contact durable entre créancier et débiteur. Les créances résultant d'un contrat se prescrivent en principe par dix ans depuis leur exigibilité (art. 127 CO). La prescription n'éteint pas la créance. Elle permet cependant au débiteur de refuser sa prestation et de s'opposer au prononcé d'un jugement ou à l'exécution forcée à son encontre.

Les effets stricts de la prescription pour les avoirs non réclamés sont cependant corrigés par la jurisprudence relative aux contrats de dépôt portant sur des sommes d'argent. Cela vaut notamment pour les contrats d'épargne⁶⁰ et probablement pour l'ensemble des dépôts bancaires⁶¹. Le Tribunal fédéral admet que le délai de prescription ne commence pas de courir avec le dépôt des fonds, mais seulement avec la résiliation déclarée par une partie et reçue par l'autre⁶². Lorsque le contact est rompu, le dépositaire ne peut pas communiquer avec le déposant et donc il ne peut lui notifier la résiliation du dépôt, de sorte que la prescription ne peut pas commencer de courir. *De facto*, cette jurisprudence rend imprescriptibles les créances résultant d'un dépôt.

Dans les développements qui précèdent, la problématique des avoirs non réclamés est principalement présentée dans le contexte des débats relatifs au rôle de la Suisse pendant la Deuxième guerre mondiale et des réponses ultérieurement apportées en rapport avec les valeurs patrimoniales déposées par des victimes des persécutions nazies. En dehors de ce contexte, il apparaît que la perte de contact avec la banque pourrait souvent être évitée par le client, par exemple en informant un proche de l'existence du compte ou en communiquant à la banque les informations nécessaires à maintenir le contact. C'est notamment en rapport avec des avoirs de valeur modeste que les clients montrent parfois peu d'intérêt, de sorte qu'il n'est pas rare que le client finisse par en oublier l'existence, qui reste ignorée de ses successeurs, ou que ces avoirs deviennent d'une autre manière non réclamés. Dans le cas normal, il est fréquent que les motifs de la perte de contact se trouvent dans la sphère du client. Des mesures préventives permettent de diminuer le risque d'une perte de contact, mais jamais de l'exclure.

Cette jurisprudence ne concerne cependant que les contrats de dépôt, qu'ils portent ou non sur une somme d'argent. Elle ne s'applique notamment pas aux contrats d'assurance, alors que ceux-ci connaissent une prescription, bien plus courte, de deux ans à compter de l'expiration de la police ou du jour du sinistre (art. 46 LCA). La jurisprudence admet en outre que la prescription court même si l'assuré ou le bénéficiaire ignore l'existence de son droit ou la survenance du sinistre⁶³.

Que les droits soient ou non adéquatement protégés en cas de perte de contact, l'une des principales lacunes de notre ordre juridique tient à l'inexistence de procédures qui permet-

⁵⁹ Code civil, CC; RS 210.

⁶⁰ ATF 100 II 153

⁶¹ Conformément aux directives de l'ASB, les banques ont désormais renoncé à faire valoir la prescription en matière d'avoirs non réclamés.

⁶² ATF 91 II 442

⁶³ ATF 126 III 278

tent facilement aux ayants droit de rechercher les avoirs quand ils ignorent l'identité du dépositaire. La difficulté est particulièrement notable pour les avoirs bancaires en raison de la protection du secret bancaire dans notre pays et des silences, volontaires ou involontaires, des déposants suisses et étrangers à l'égard de leurs proches et de leurs successibles quant à l'existence, l'étendue et la localisation d'avoirs bancaires. Jusqu'en 1995, l'héritier qui pensait avoir acquis par succession des avoirs bancaires insuffisamment identifiés était réduit à interroger chacun des établissements entrant en considération. En 1995, en réponse notamment aux débats publics relatifs aux avoirs en déshérence (voir ch. 1.2), l'ASB a adopté des règles par voie d'autoréglementation qui ont facilité la tâche des ayants droit (voir ch. 1.2.2.1). La révision adoptée en 2000 a amélioré significativement le dispositif en centralisant les données relatives aux comptes et dépôts non réclamés, en rendant l'annonce d'avoirs non réclamés obligatoire et en permettant à l'Ombudsman des banques suisses de procéder lui-même aux recherches dans la liste des avoirs non réclamés qui lui sont annoncés par les banques (voir ch. 1.2.2.5).

Si le problème a été davantage remarqué (et largement résolu) pour les avoirs bancaires, il se présente aussi (et n'est pas résolu) pour les autres intermédiaires financiers, que ce soit la division financière de la Poste Suisse (Postfinance), les assureurs-vie, les directions des fonds de placement qui tiennent des comptes de part ou encore les personnes qui gèrent la fortune d'autrui, à titre professionnel ou non (gérants de fortune, fiduciaires, notaires, avocats, etc.).

Enfin, la dernière lacune est de celles qu'aucune initiative privée ne peut résoudre^[LT1]. Dans la mesure où certaines prétentions sont imprescriptibles en l'état du droit actuel, les intermédiaires financiers concernés sont tenus de les conserver indéfiniment à leur bilan. Cette situation n'est pas raisonnable. Il appartient au législateur fédéral de prévoir une libération définitive après un délai supérieur à la prescription ordinaire, sous condition que les avoirs ne soient pas acquis à l'intermédiaire financier, mais reviennent à la collectivité publique.

5 Droit comparé⁶⁴

La plupart des pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Italie, Luxembourg, Royaume-Uni, Danemark, Suède, pays de l'Est) ne connaît pas de réglementation légale spécifique concernant les avoirs non réclamés. Ceux-ci deviennent le plus souvent propriété de l'intermédiaire financier concerné au terme du délai de prescription civil ordinaire. Dans certains pays (Norvège, Pays-Bas, Espagne, France), quelques dispositions spécifiques instituent notamment des délais de prescription particuliers et une dévolution à l'Etat. Enfin, l'Irlande et la majorité des Etats fédérés états-unis ont adopté une législation spéciale exhaustive se caractérisant en général par des devoirs de diligence à la charge des intermédiaires financiers, une procédure de traitement spécifique des avoirs et de leurs ayants droit présumés et la dévolution des avoirs à l'Etat.

Les paragraphes suivants détaillent la situation juridique existant en Allemagne, en Autriche, en Belgique, en Espagne, en France, en Irlande, en Italie, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

En *Allemagne*, les avoirs non réclamés sont soumis aux règles ordinaires du droit civil. En matière bancaire, cela a pour conséquence que les créances non réclamées résultant de dépôts sont imprescriptibles; comme en droit suisse, le délai de prescription ne commence en effet de courir qu'avec la résiliation déclarée par une partie et reçue par l'autre. Dans la pratique, l'association des banquiers allemands a toutefois mis sur pied une procédure gratuite de recherche et recommande à ses membres de rechercher les détenteurs d'avoirs non réclamés, de protéger ces avoirs contre des accès non autorisés et, en fonction de leur valeur, de les solder (jusqu'à 50 Euros), de les verser sur un compte commun en garantissant l'identification des prétentions d'un éventuel ayant droit (entre 50 et 2500 Euros) ou de les gérer de telle sorte qu'ils puissent être remis à leur ayant droit à brève échéance (plus de 2500 Euros). Dans le domaine des assurances sur la vie, le délai ordinaire de prescription est de cinq ans. Si une prestation doit être versée en cas de vie, ce délai commence à courir au terme de l'année durant laquelle l'assurance est échue. Si une prestation doit être versée en cas de décès, il ne commence à courir qu'au terme de l'année durant laquelle les recherches visant à constater le cas d'assurance et le montant de l'indemnité sont terminées; dans l'hypothèse d'avoirs non réclamés ce délai ne pourra en général pas commencer à courir. A noter enfin que certains assureurs font usage d'une institution de droit allemand permettant de déposer des créances en mains du juge avec effet libératoire pour le créancier; au terme de 30 ans, les avoirs ainsi déposés échoient à l'Etat ou, sur sa requête, reviennent à l'assureur.

L'Autriche ne connaît pas non plus de législation spéciale en matière d'avoirs non réclamés et les avoirs bancaires se prescrivent par un délai ordinaire de 30 ou de 40 ans. En matière d'assurances sur la vie, les prétentions envers l'assureur se prescrivent en général par 3 ans. Si un tiers peut faire valoir un droit, la prescription ne commence à courir qu'à compter du jour où il a connaissance de son droit et au plus tard par dix ans.

⁶⁴ Le présent chapitre est le résultat d'une étude effectuée par l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) comprenant deux avis sur le statut des fonds en déshérence 97-060 et 97-060c des 30 juillet 1997 et 23 octobre 2003.

En *Belgique*, les dépôts de fonds sont acquis à la banque après l'écoulement d'un délai de 30 ans à compter de la résiliation écrite du compte. En revanche, les titres au porteur dont les ayants droit ne peuvent être retrouvés ne sauraient être acquis à la banque qui peut les remettre à une caisse de dépôts étatique. Dans le domaine des assurances, le délai de prescription est de 30 ans à compter de l'événement assuré; le point de départ de ce délai peut être retardé de cinq ans par celui qui prouve n'avoir eu qu'ultérieurement connaissance de l'événement assuré. La prescription ne commence pas à courir si l'assuré, le bénéficiaire ou la personne lésée se trouve par force majeure dans l'impossibilité d'agir dans les délais prescrits.

En *Espagne*, la loi oblige les entités dépositaires de dépôts et d'avoirs abandonnés à les remettre à l'Etat à l'échéance d'un délai de 20 ans. Une loi en projet reprendrait cette obligation et contraindrait en outre les dépositaires à communiquer au ministère compétent l'existence de tels avoirs. Il n'est pas encore sûr que ce projet s'appliquera aussi aux prétentions issues d'assurances sur la vie qui se prescrivent par un délai ordinaire de cinq ans.

En *France*, la législation autorise les établissements dépositaires de sommes et valeurs à clôturer les comptes qu'ils tiennent lorsque les dépôts et avoirs inscrits à ces comptes n'ont fait l'objet, de la part des ayants droit, d'aucune opération ou réclamation depuis dix ans. Ces avoirs peuvent alors être déposés auprès d'une caisse de consignation et sont définitivement acquis à l'Etat après 30 ans. Les assurances sur la vie sont soumises au même régime.

La République d'Irlande a récemment adopté une législation qui règle de manière complète la problématique posée par les avoirs non réclamés. Les instituts de crédits doivent ainsi prendre un certain nombre de mesures lorsqu'ils détiennent des avoirs bancaires n'ayant pas fait l'objet d'opérations depuis plus de 15 ans. Si les recherches du client auxquelles ils doivent procéder sont infructueuses après 6 mois, les instituts doivent faire connaître au public qu'ils détiennent des comptes non réclamés. A l'écoulement d'un second délai de 6 mois, les avoirs doivent être versés par les instituts à un fonds public. L'ayant droit peut demander remboursement de ses avoirs avec intérêts sans limite dans le temps. Toutefois, si l'ensemble des avoirs non réclamés doit être versé au fonds, seuls les avoirs d'un montant supérieur à 100 Euros doivent l'être de manière à permettre à un éventuel ayant droit de les récupérer. Les avoirs non réclamés remis au fonds sont utilisés dans un but social. Les institutions d'assurance sur la vie sont soumises à une législation similaire. En fonction du montant de la prestation d'assurance en cause, elles doivent rechercher leurs clients individuellement (supérieur à 500 Euros) ou par la voie de publications (inférieur à 500 Euros).

En *Italie*, le législateur n'a pas prévu de disposition spécifique s'agissant des avoirs non réclamés. En matière de banque postale, les avoirs non réclamés se prescrivent en faveur de l'Etat dans un délai de 10 ans à compter du 1^{er} janvier suivant l'année dans laquelle la dernière écriture ou tout autre acte interruptif a eu lieu. En matière bancaire, la doctrine et la jurisprudence majoritaires s'accordent à dire que le délai de prescription ordinaire de 10 ans doit partir à compter du jour de la dernière opération de crédit ou de prélèvement

portée en compte. Dans la pratique, les banques n'opposent toutefois pas l'exception de la prescription aux ayants droit de dépôts qui peuvent se légitimer. Dans le domaine des assurances sur la vie, le délai de prescription est de 1 an à compter du jour où les faits fondant la prétention ont été vérifiés.

Le Royaume-Uni ne connaît pas de disposition législative traitant des avoirs non réclamés. Certaines questions sont réglées dans le cadre de l'autoréglementation, notamment par le biais de la procédure ouverte aux détenteurs d'avoirs non réclamés. L'autoréglementation se fonde sur la loi sur les services financiers qui s'applique aux banques et s'appliquera aux assureurs à partir de fin 2004. En général, l'autoréglementation, complexe et détaillée, n'est que peu contraignante pour les intermédiaires financiers. Des plaintes peuvent être adressées à l'ombudsman dont les décisions ne lient toutefois en principe pas l'institut concerné. L'association des banquiers anglais a en outre établi une centrale chargée d'aider les ayants droit d'avoirs non réclamés dans leurs recherches.

La question des avoirs non réclamés aux *Etats-Unis* est traitée à l'échelon des Etats fédérés qui ont pour la majorité adopté une loi commune (*Uniform Unclaimed Property Act* de 1981 ou de 1995, ci-après UUPA) tandis qu'une minorité a édicté des dispositions propres similaires au UUPA. L'Etat de New-York a fait office de pionnier en adoptant en 1943 déjà une loi spéciale dont les principes sont semblables à ceux de l'UUPA. Selon l'UUPA, en fonction du type d'avoirs concerné et des délais retenus par chaque Etat, les avoirs sont présumés abandonnés après l'écoulement d'une durée allant de 2 à 7 ans. Le détenteur de tels avoirs dont la valeur est supérieure à un certain montant (en général 50 USD) doit alors les annoncer à un service de l'Etat après s'être adressé par écrit à leur titulaire dans les 120 jours précédant l'annonce. Ce service publie ensuite le nom des titulaires concernés auxquels il adresse également une notification écrite. Les avoirs doivent alors être versés à l'Etat dans les six mois suivant l'annonce. En tant que dépositaire final, l'Etat doit remettre sans limite dans le temps à leur bénéficiaire les avoirs sur lesquels une personne justifie de ses droits. L'UUPA fixe également le montant des charges pouvant être prélevé sur les avoirs non réclamés. A noter enfin que l'UUPA s'applique non seulement aux prestations de polices d'assurance sur la vie, mais encore à de nombreuses autres catégories d'avoirs comme par exemple les gains de loterie.

6 Commentaires des dispositions du projet de loi

Article 1 Champ d'application

L'art. 1 traite du champ d'application personnel et matériel de la loi.

La loi s'applique aux intermédiaires financiers déjà soumis à une surveillance prudentielle de droit fédéral, soit les banques au sens de la loi sur les banques (al. 1 let. a), les négociants en valeurs mobilières au sens de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières⁶⁵ (al. 1 let. b) et les directions de fonds de placement au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement⁶⁶, dans la mesure

⁶⁵ Loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1

⁶⁶ Loi sur les fonds de placement, LFP; RS 951.31

où elles tiennent elles-mêmes des comptes de parts (al. 1, let. c). Elle s'applique également aux les institutions d'assurance selon la loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées⁶⁷ qui exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie, mais seulement en ce qui concerne les polices d'assurance-vie constituant un capital (al. 1 let. d).

Le champ d'application de la loi est en outre étendu à la Poste Suisse (al. 1, let. e) et, partiellement, aux gérants de fortune indépendants (al. 1, let. f, et al. 2).

Enfin, la loi permet aux détenteurs non assujettis d'avoirs appartenant à des tiers de les transférer avec effet libératoire à un intermédiaire financier au sens de l'al. 1, avec l'accord de ce dernier (al. 3).

Alinéa 1

Lettre c

En matière de fonds de placement, le projet de loi ne s'applique qu'aux entités connaissant leurs clients et ayant eu un contact direct avec ceux-ci, à tout le moins à l'ouverture de la relation. Seules les directions de fonds de placement tenant elles-mêmes des comptes de parts pour des investisseurs remplissent ces conditions et sont donc assujetties à la loi.

En mars 2003, la commission d'experts préposée à la révision de la LFP (commission Forstmoser) a rendu un projet de loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (P-LPCC) portant sur la révision totale de la LFP. Le P-LPCC a été mis en consultation par le Conseil fédéral du 14 janvier au 14 avril 2004. Si elle est adoptée par le Parlement, cette révision aura pour conséquence d'élargir, sous certaines conditions, le champ d'application de la loi à de nouvelles formes juridiques de placements collectifs, comme les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), les fondations de placement, les sociétés en commandite de placements collectifs et les sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF). La loi sur les avoirs non réclamés ne devra toutefois s'appliquer qu'aux entités connaissant leurs clients et ayant eu un contact avec ceux-ci, à tout le moins à l'ouverture de la relation, soit:

- Les directions de fonds qui tiennent des comptes de part pour des investisseurs ont un contact direct avec ces derniers et doivent ainsi être assujetties.
- Les sociétés d'investissement à capital fixe ou à capital variable n'ont en revanche en principe aucun contact avec l'investisseur qu'elles ne connaissent pas. Les parts sociales ou actions sont ainsi placées sous la forme d'un dépôt bancaire par l'investisseur. En outre, lorsque ces parts ou actions sont remises physiquement, elles le sont par l'intermédiaire d'une banque. Enfin, les titres incorporant les droits à une part de l'entité juridique concernée sont le plus souvent au porteur, ce qui rend naturellement l'identification du client impossible. Les SICAV et SICAF doivent en revanche être assujetties si elles tiennent elles-mêmes des comptes de parts ou d'actionnaires.

⁶⁷ Loi sur la surveillance des assurances, LSA; RS 961.01

- Les sociétés en commandite de placements collectifs tiennent en principe une liste nominative des commanditaires avec lesquels elles sont en contact; à ce titre, elles tombent dans le champ d'application du projet de loi.

Lettre d

Suivant en cela le mandat donné le 1^{er} juillet 2002 par le DFF, la commission a examiné la proposition formulée par l'ASA de limiter le champ d'application de la loi aux assurances sur la vie à composante de capitalisation ou comprenant la formation d'un capital.

La commission a décidé d'adhérer à cette proposition pour les motifs qui suivent.

La loi a pour but de protéger les valeurs patrimoniales placées sous forme d'épargne ou confiées pour être conservées. Son champ d'application ne s'étend ainsi pas à des créances aux gains de loterie non réclamés ou aux prestations en garantie non réclamées issues d'un contrat de vente. De même, les prestations de polices d'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, comme l'assurance dommage, ne doivent pas tomber pas dans le champ d'application de la loi. En définitive, seules les assurances sur la vie comprenant une part de capitalisation répondent à l'idée d'épargne ou de dépôt qui caractérise les valeurs patrimoniales protégées par la loi. Ce n'est pas le cas des polices d'assurance-vie risque pur, qui ne se différencient des assurances-dommages qu'en ce qui concerne l'objet assuré. Les produits mixtes risque et capitalisation doivent en revanche aussi être inclus dans le champ d'application de la loi. Dans ce cas, les primes versées ne couvrent pas uniquement le risque actuariel d'un décès mais constituent également une épargne confiée à l'institution d'assurance.

Lettre e

La Poste Suisse est un établissement autonome de droit public institué par la LOP. La Poste Suisse, par sa division financière Postfinance, est dépositaire de nombreux comptes (comptes jaunes et comptes de parts de fonds de placement) notamment de personnes physiques et d'associations. La Poste Suisse propose également des fonds de placement en partenariat avec des institutions d'assurance (polices d'assurance sur la vie liée à des fonds de placement) ou bancaires (placements dans des fonds). La présente énumération des prestations de services financiers offerts par La Poste Suisse n'est pas exhaustive; elle n'exclut pas que d'autres produits, caractérisés par l'idée d'épargne ou de dépôt, soient assujettis à la loi.

En acceptant en masse des dépôts du public, la Poste Suisse exerce une activité de type bancaire et détient, au même titre qu'une banque, des avoirs non réclamés. L'assujettissement de la Poste Suisse n'avait pas été prévu dans l'avant-projet de 2000 pour la raison qu'elle n'est pas assujettie à une surveillance prudentielle de type bancaire. La surveillance de la Poste Suisse rendue nécessaire par le projet peut être assurée en utilisant la structure existante de l'organisme d'autorégulation (OAR) de la Poste Suisse (voir commentaire de l'art. 26, let. c).

Le projet ne s'applique en revanche pas aux mandats de paiement en espèces qui n'ont pas pu être acheminés à leur destinataire. L'argent de mandats de paiement n'est en effet pas confié pour une conservation durable; en outre, si cet argent ne peut pas être remis à son destinataire, la Poste Suisse en avise immédiatement son mandant et le lui restitue.

Lettre f

Cette disposition et l'art. 1, al. 3, du projet prévoient l'assujettissement partiel à la loi des gérants de fortune indépendants (gérants indépendants) qui gèrent sur la base d'une procuration les avoirs de leurs clients déposés au nom de ceux-ci auprès d'un autre intermédiaire financier (banque dépositaire ou négociant en valeurs mobilières) au sens de l'art. 2, al. 3, let. e, LBA.

On estime qu'entre 8 % et 10 % des avoirs gérés en Suisse, soit environ 300 milliards de francs, le sont par l'intermédiaire de gérants indépendants dont le nombre se situe entre 2 200 et 2 500. Les gérants indépendants maintiennent avec leurs clients un contact plus étroit et régulier que les banques auprès desquelles les avoirs de ces clients sont déposés. Il peut arriver que les banques dépositaires ne rencontrent jamais certains de leurs clients dont les avoirs sont gérés par des gérants indépendants. À l'inverse, certains gérants indépendants connaissent l'ensemble des relations bancaires de leurs clients en Suisse.

La surveillance des gérants indépendants prévue actuellement par le droit suisse se limite au domaine spécifique de la lutte contre le blanchiment d'argent. La commission Zimmerli examinera toutefois l'éventuelle création d'une surveillance de type prudentiel pour ces intermédiaires⁶⁸.

Les gérants indépendants doivent entrer dans le champ d'application d'une législation sur les avoirs non réclamés au vu de l'importance des avoirs sous leur gestion et, surtout, des contacts étroits et parfois exclusifs qu'ils entretiennent avec leur clientèle.

Un assujettissement intégral des gérants indépendants à la loi sur les avoirs non réclamés ne serait toutefois possible qu'avec la mise sur pied d'un appareil de surveillance ad hoc, ce qui serait une mesure disproportionnée. Les structures existantes dans le domaine spécifique de la lutte contre le blanchiment d'argent ne sont en effet pas adaptées à la problématique posée par les avoirs non réclamés, la pluralité d'OAR ne se conciliant notamment pas avec l'exigence d'une centrale de recherche unique et d'une autoréglementation identique pour chaque branche d'intermédiaires financiers concernée. En outre, la surveillance spécifique en matière de LBA est assurée pour partie indirectement par les OAR et pour partie directement par l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (Autorité de contrôle). La création d'un système de surveillance ad hoc relève enfin du mandat de la commission Zimmerli. Si un tel système devait être créé

⁶⁸ Il n'existe jusqu'à présent aucune définition reconnue du terme de «surveillance prudentielle» ("prudential supervision" en anglais). Ce terme générique englobe l'éventail d'instruments qui, dans un système de surveillance, doit permettre de garantir la solvabilité des institutions surveillées, la protection des investisseurs ainsi que l'intégrité du système financier.

pour les gérants indépendants, ceux-ci devraient alors être intégralement assujettis à la loi sur les avoirs non réclamés qui devrait être amendée.

L'absence d'une surveillance prudentielle rend inapplicables aux gérants indépendants les règles du présent projet relatives à l'autorégulation soumises à l'approbation d'une autorité de surveillance et à la vérification de leur mise en œuvre. Les obligations propres imposées aux dépositaires par le projet permettent toutefois de régler le problème spécifique des avoirs non réclamés sous gestion indépendante. A l'exception des sections 3, 5 et 8, le projet s'applique aux gérants indépendants à moins d'une disposition contraire de la section 6 (voir ci-après la liste détaillée des dispositions applicables dans le commentaire concernant la section 6). Ainsi, le gérant doit entreprendre seul ou en collaboration avec le dépositaire (si celui-ci le veut bien) les recherches prescrites par les art. 8 et 9 dès que le contact est rompu avec le client (art. 21). Dès que ses recherches ont échoué et au plus tard deux ans après la perte de contact, l'art. 22, al. 1, let. c, du projet fait devoir, sanctionné pénalement (art. 36), au gérant indépendant d'informer le dépositaire que les avoirs sont des avoirs non réclamés. Le dépositaire peut alors renoncer à procéder lui-même à des recherches selon les art. 8 et 9 et choisir de prendre directement les mesures prévues à l'art. 10, al. 1 (art. 22, al. 2). Le dépositaire devra ainsi notamment annoncer les avoirs à sa centrale de recherche, ce que le gérant indépendant ne peut pas faire puisqu'il ne lui est pas affilié. Le dépositaire, qui peut directement exécuter des transactions sur les avoirs concernés au contraire du gérant indépendant, se chargera également de la réalisation des avoirs non réclamés et de la remise de leur produit net à la Confédération après prélèvement des coûts non couverts au sens de l'art. 19, al. 1 et 2 du projet. Le gérant indépendant n'est pas libéré des autres obligations de la section 2 du projet et doit notamment prendre les mesures prévues à l'art. 10, let. a, b, c et e (art. 22, al. 1, let. a, sanctionné pénalement à l'art. 36) et gérer les avoirs dans l'intérêt présumable des ayants droit (art. 12, al. 1, première phrase en relation avec l'art. 22, al. 1, let. b). Le gérant indépendant doit également prendre les mesures préventives de l'art. 5 du projet. Enfin, le gérant indépendant et le dépositaire doivent s'informer réciproquement du rétablissement du contact et lorsqu'un ayant droit présumé fait valoir des prétentions sur des avoirs non réclamés (art. 22, al. 3).

Alinéa 2

Vu la législation spéciale en matière de prévoyance professionnelle (voir ch. 1.2.5), les polices d'assurance-vie entrant dans le champ d'application de la LPP ainsi que les autres formes admises de maintien de prévoyance au sens de la LFLP (compte de libre passage) ne seront pas soumises au projet de loi fédérale sur les avoirs non réclamés (voir art. 1, al. 2, du projet). En revanche, la prévoyance individuelle liée (pilier 3a) ainsi que la prévoyance individuelle libre (pilier 3b) sont assujetties à la loi sur les avoirs non réclamés.

Alinéa 4

Outre les dépositaires professionnels d'avoirs de tiers au sens de l'al. 1^{er}, il peut arriver que d'autres personnes physiques ou morales établies en Suisse détiennent des avoirs

confiés par des tiers avec lesquels elles ont perdu le contact. Pour être compris dans le champ d'application du projet de loi, ces détenteurs d'avoirs de tiers doivent être établis en Suisse, c'est-à-dire y avoir leur domicile professionnel (avocats ou notaires notamment) pour les personnes physiques ou alors y avoir leur siège, une succursale ou une agence pour les personnes morales. La section 7 de la loi a pour but de leur permettre, sous certaines conditions, de se libérer de leurs obligations en remettant les avoirs concernés à un intermédiaire financier au sens de l'al. 1^{er}, let. a à e, avec l'accord de ce dernier.

Article 2 Avoir non réclamé

Cet article définit à quelles conditions des valeurs patrimoniales doivent être considérées comme étant des «avoirs non réclamés» au sens du projet⁶⁹. Des valeurs patrimoniales sont réputées non réclamées au plus tard deux ans après la perte de contact.

Tous les biens relevant de la notion de patrimoine et confiés en dépôt ou en gestion à un intermédiaire financier assujéti à la loi sont en principe des valeurs patrimoniales au sens de l'art. 2. C'est notamment le cas des espèces, des métaux précieux, des titres, des créances détenues fiduciairement, des bijoux et des œuvres d'art. Il n'est pas déterminant que le client ait envers l'intermédiaire financier une créance personnelle (obligation) en restitution (compte bancaire ou prestation d'assurance-vie par exemple) ou un droit (réel) de propriété permettant de revendiquer le bien à l'égard de quiconque (contrat de coffre-fort par exemple). En outre, une valeur patrimoniale au sens du projet ne doit pas nécessairement avoir de valeur marchande: tel est le cas par exemple des lettres de correspondance, d'une urne funéraire ou de photographies conservées dans un safe qui n'ont qu'une valeur idéale.

⁶⁹ Dans sa version française, le projet traduit le mot «Vermögenswert» par «valeur patrimoniale» ou, pour des raisons de simplification, «avoir», qui est également utilisé dans les directives 1995 et 2000 de l'ASB. Le terme «fond» n'a pas été retenu car il paraît limiter le champ d'application matériel aux sommes d'argent. A noter qu'il existe différents termes en français, en allemand et en anglais pour qualifier l'état des avoirs objets de la loi. Ainsi, l'expression «dormant account» est traduite par «nachrichtenlose Vermögenswerte» en allemand et par «comptes dormants» en français dans le rapport de l'ICEP. Si l'expression utilisée reste celle de «nachrichtenlose Vermögenswerte» dans le rapport final de la CIE, l'avant-projet de 2000 et les directives 1995 et 2000 de la CFB, elle est traduite soit par «fonds en déshérence», soit par «avoirs sans nouvelles» en français. En définitive, l'expression «nachrichtenlose Vermögenswerte» semble s'être imposée en allemand et doit être conservée. Quant à l'expression française, qui ne s'est jamais imposée, on ne saurait parler ni d'«avoirs sans nouvelles», puisque c'est l'intermédiaire financier et non les avoirs qu'il détient qui sont «sans nouvelles» de l'ayant droit, ni d'«avoirs en déshérence», qui ne porte que sur des choses pour lesquelles il n'y a plus d'héritiers pour recueillir une succession, ni non plus de «comptes dormants», tournure trop figurée et imprécise. L'expression «avoirs non réclamés» traduit au mieux que les valeurs patrimoniales confiées à un intermédiaire financier n'ont pas été revendiquées par leur ayant droit et doit être retenue. Cette expression rejoint le tour anglais «unclaimed properties». Le fait que des ayants droit puissent «réclamer» les avoirs objets de la loi ne signifie naturellement pas que les banques doivent les restituer immédiatement sans que le bien-fondé des droits invoqués ne soit examiné. C'est pourquoi la commission d'experts a retenu les termes d'«avoirs non réclamés» proposés par Colette Lassère dans sa thèse *Les avoirs bancaires non réclamés*, Etudes suisses de droit bancaire, volume 69, Schulthess 2003.

Article 3 Autres définitions

Lettre b

La notion de bénéficiaire concerne surtout la branche de l'assurance. Certains comptes d'épargne bancaires peuvent toutefois prévoir un bénéficiaire par le biais d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112, al. 2, CO). Le bénéficiaire ne doit cependant pas être confondu avec la notion d'ayant droit économique au sens de la LBA ou de la Convention de l'ASB relative à l'obligation de diligence des banques. Le bénéficiaire peut faire valoir une créance contre le dépositaire alors que l'ayant droit économique n'en a en principe pas la possibilité. Le bénéficiaire est une notion de droit civil; l'ayant droit économique relève du droit administratif et pénal de la lutte contre le blanchiment d'argent.

L'identité du bénéficiaire peut avoir été indiquée à l'intermédiaire financier au moment de la conclusion du contrat. L'intermédiaire financier peut également n'apprendre l'existence d'un bénéficiaire et son identité qu'ultérieurement. En matière d'assurance-vie, l'institution d'assurance ne peut avoir la certitude de l'identité du bénéficiaire ou de l'ayant droit qu'à la réalisation de l'événement assuré ou au terme du contrat: les indications volontaires que le client aurait pu faire antérieurement ne permettent pas d'exclure un acte juridique ultérieur non communiqué à l'institution d'assurance et désignant un nouveau bénéficiaire (voir également commentaire ad art. 7 ci-dessous).

Lettre d

La notion d'ayant droit (Rechtsinhaber) regroupe l'ensemble des personnes pouvant faire valoir des prétentions. Au sens de cette définition, le successeur peut tenir ses droits tant des règles successorales que du droit des obligations (cession d'une créance, cession d'une entreprise ou fusion). L'ayant droit au sens de ce projet ne saurait être confondu avec la notion d'ayant droit économique de la LBA pour les raisons indiquées ci-dessus en rapport avec la let. b.

Article 4 Application dans l'espace

En principe, la loi s'applique lorsqu'un intermédiaire financier au sens de l'art. 1, al. 1, let. a à e, avec lequel le client a conclu un contrat portant sur ses avoirs est établi en Suisse, indépendamment du lieu de conservation des avoirs, du droit applicable selon les règles du droit international privé ou du droit choisi par les parties. Les valeurs déposées ou gérées en Suisse dans le cadre de contrats conclus avec la succursale ou la filiale à l'étranger d'un intermédiaire financier suisse sont ainsi exclues du champ d'application de la loi.

S'agissant des intermédiaires financiers au sens de l'art. 1, al. 1, let. f (gérants indépendants), la loi ne s'applique que lorsque les avoirs font l'objet d'un contrat avec un intermédiaire financier au sens de l'art. 1, al. 1, let. a à e. Ainsi, par exemple, les avoirs déposés auprès d'un intermédiaire financier étranger qui sont gérés, sur la base d'une procuration, par un gérant indépendant établi en Suisse ne tombent pas dans le champ d'application de la loi. La solution contraire entraînerait un conflit positif de compétences entre la loi

étrangère de la banque dépositaire et la loi suisse. Les gérants indépendants établis en Suisse sont donc assujettis à la loi pour tous les avoirs déposés auprès d'une banque suisse ou d'un négociant en valeurs mobilières suisse.

Le critère de rattachement du lieu de situation de l'intermédiaire financier avec lequel le client traite ne se recoupe pas entièrement avec celui de la compétence de l'autorité de surveillance. En effet, en vertu du principe de la surveillance consolidée, les succursales à l'étranger de banques ou d'assurances suisses sont à la fois assujetties à la surveillance des autorités administratives nationales («home regulator») et du lieu de l'établissement à l'étranger («host country regulator»). Cette superposition de compétences est incompatible avec le but du présent projet, qui exige qu'une seule loi nationale règle le sort des avoirs non réclamés. Il n'est pas exclu que, dans des situations exceptionnelles, une loi étrangère sur les avoirs non réclamés prétende s'appliquer à des avoirs soumis à la présente loi. De tels conflits de compétence (effets extraterritoriaux) ne peuvent jamais être complètement exclus d'avance. Ils doivent être résolus conformément aux principes généraux applicables en la matière.

Article 5 Mesures préventives

Alinéa 1

Les mesures préventives doivent d'abord permettre de diminuer le nombre de cas dans lesquels le contact entre l'intermédiaire financier et son client est perdu. Il s'agira notamment d'informer la clientèle de la nécessité de communiquer un changement d'adresse ou d'état civil, de donner des instructions claires en cas d'absence prolongée, de désigner un fondé de procuration ou d'informer une personne de confiance sur ses relations d'affaires. De plus, l'intermédiaire financier devra, dans une mesure raisonnable, entretenir un contact régulier avec son client. Enfin, l'intermédiaire financier examinera la palette de ses produits sous l'angle du risque de perte de contact. Des frais de clôture de compte élevés peuvent notamment inciter un client à maintenir un montant minime sur un compte qu'il ne souhaite plus utiliser. Il appartiendra à l'autoréglementation de préciser et de circonscrire ces mesures préventives; les directives 2000 de l'ASB sont l'exemple d'une telle réglementation.

Alinéa 2

L'al. 2 précise l'al. 1^{er}, let. b. Cette disposition va au-delà des règles sur la comptabilité commerciale (art. 962 CO et l'ordonnance du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes⁷⁰). Le CO ne prescrit que la conservation des livres, des pièces comptables et de la correspondance et ce pendant un délai limité à dix ans à compter de la fin de l'exercice annuel au cours duquel les dernières inscriptions ont été faites, les pièces comptables établies et la correspondance reçue ou expédiée. Afin de faciliter la recherche par les ayants droit de leurs avoirs, le projet de loi prévoit que les contrats, les documents d'identification et les procurations doivent aussi être conservés.

⁷⁰ Ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de compte, Olico; RS 221.431

Ces documents sont indispensables pour examiner la légitimation d'un requérant dans le cadre de la procédure de recherche de l'art. 16 du projet. De plus, pour des raisons de preuve, la conservation des documents doit se faire jusqu'à l'extinction de tous droits sur les avoirs et leur dévolution à l'Etat, 30 ans après la perte de contact (art. 19, al. 4, du projet). Enfin, la conservation des documents permet de répondre à d'éventuelles allégations de destruction systématique de documents par des intermédiaires financiers établis en Suisse qui pourraient à nouveau être formulées, comme cela a été le cas lors de la crise des avoirs en déshérence.

Alinéa 3

Cette disposition s'inspire de la teneur de l'art. 957 CO, qui ne s'applique toutefois ni aux contrats ou procurations, ni aux documents relatifs à l'identification du client et du bénéficiaire. L'autoréglementation pourra s'inspirer de l'ordonnance concernant la tenue et la conservation des livres de compte pour régler les détails si cela paraît nécessaire.

Article 6 Perte de contact

Cette disposition s'applique à tous les intermédiaires financiers assujettis à l'exception des institutions d'assurance, pour lesquelles une disposition spéciale est prévue (art. 7).

A partir de la perte de contact, l'intermédiaire financier doit entreprendre les recherches prescrites aux art. 8 et 9 dont l'échec a pour effet de transformer les avoirs en sa possession en avoirs non réclamés (art. 2). Le délai de deux ans au cours duquel les mesures de l'art. 10 doivent être prises commence à courir à partir de la perte de contact (art. 10, al. 1). Cette date est aussi le point de départ du délai trentenaire de l'art. 19 au terme duquel l'intermédiaire financier doit remettre le produit de la liquidation des avoirs non réclamés à la Confédération. A noter que dans un cas où l'art. 6, al. 1, let. b s'applique, la durée de la perte de contact effective entre l'intermédiaire financier et son client jusqu'au transfert du produit de la liquidation selon l'art. 19 est de trente-cinq ans. Dans les rapports d'assurance (voir art. 7, al. 3, ci-dessous), la durée de la perte de contact effective peut être encore plus longue.

Alinéa 1

Lettre a

La communication concernée doit avoir un rapport direct avec des valeurs patrimoniales du client détenues par l'intermédiaire financier, ce qui exclut en particulier les envois à caractère exclusivement publicitaire. Si une communication relative aux avoirs sur un compte déterminé d'un client est retournée à l'intermédiaire financier, le contact est réputé perdu avec le client et cela aussi pour d'éventuels autres comptes que celui-ci pourrait avoir ouvert auprès de cet intermédiaire financier.

Lettre b

Le contact est également réputé perdu lorsque le client ne donne plus de nouvelles à l'intermédiaire financier pendant cinq ans. En vertu de cette disposition, l'absence de nouvelles est réputée perte de contact alors même que des communications régulièrement adressées par la poste n'ont pas été retournées à l'intermédiaire financier; il se peut en effet que ces communications n'atteignent plus le client (par exemple suite à une interception par un tiers ou en raison des règles postales applicables dans le pays de réception).

La convention de "banque restante" par laquelle le client charge la banque de tenir à sa disposition le courrier qu'elle lui aurait autrement adressé par la poste ne libère pas la banque de prendre des mesures préventives pour éviter la perte de contact (art. 5). Si ces mesures échouent et si la banque reste sans nouvelle de son client pendant cinq ans, il y a perte de contact au sens de l'art. 6 al. 1 let. b.

Cette disposition s'applique aussi lorsque le client, en plus d'une convention de "banque restante", a interdit à la banque de prendre contact avec lui. La portée d'une telle renonciation est limitée à 10 ans (voir art. 9, renonciation aux recherches). Cette solution diffère de celle retenue par les directives 2000 de l'ASB (voir ch. 1.2.2.5).

Alinéa 2

Un accusé de réception d'un envoi recommandé, un message électronique qui émane effectivement d'une adresse électronique précédemment utilisée par le client, la quittance de retrait, un ordre de virement ou une opération de retrait par carte bancaire utilisant un code d'identification choisi par le client ou communiqué au client constituent notamment des communications permettant de conclure que le contact n'est pas rompu.

Article 7 Perte de contact dans les rapports d'assurance

Cette disposition fait la distinction entre la durée de la police d'assurance et la période qui commence à l'expiration de la police ou à la survenance de l'événement assuré. Pendant la durée du contrat, le contact ne doit être maintenu que dans la mesure prévue par les al. 1 et 2. A l'expiration du contrat ou à la survenance de l'événement assuré, l'assurance doit entreprendre les recherches appropriées de l'art. 8 pour identifier le bénéficiaire ou l'ayant droit à la prestation d'assurance.

Alinéa 1

Dans le domaine des assurances sur la vie mixte, la perte de contact avec le client co-contractant n'a pas les mêmes conséquences que dans les autres domaines couverts par la loi. La personne physique ou morale pouvant prétendre à des droits sur une prestation d'assurance-vie à la survenance du sinistre ou à l'échéance de la police n'est en effet souvent ni le preneur d'assurance (soit la personne qui conclut le contrat d'assurance et s'engage en principe à payer les primes), ni le payeur de la prime (si celui-ci est une autre personne que le preneur d'assurance), ni encore l'assuré lui-même (la personne sur la

tête de laquelle le contrat d'assurance-vie a été conclu). L'identité du bénéficiaire ou de l'ayant droit à la prestation ne peut en règle générale être connue avec certitude qu'à la survenance de l'événement assuré ou à l'expiration de la police.

Le maintien du contact pendant la durée du contrat d'assurance, avant la réalisation de l'événement assuré ou l'expiration de la police, avec les personnes que l'assureur sait être impliquées dans la relation d'assurance-vie (payeur de la prime, preneur d'assurance ou assuré) pourrait certes parfois faciliter les recherches subséquentes du bénéficiaire ou de l'ayant droit. Il serait cependant disproportionné d'exiger des institutions d'assurance qu'elles doivent maintenir ces contacts pendant la durée de la police au-delà de ce qui est nécessaire à l'exécution du contrat, soit notamment à l'encaissement des primes ou à l'envoi d'attestations devant être jointes à la déclaration d'impôt.

Alinéa 2

Pour les raisons indiquées dans le commentaire de l'al. 1^{er}, une communication retournée sans avoir atteint le client pendant la durée de la police d'assurance ne doit pas contraindre l'institution d'assurance à effectuer des recherches au-delà de ce qui est nécessaire à l'exécution du contrat. Les mesures appropriées prévues à l'al. 2 se distinguent de celles prévues par l'al. 3 et par l'art. 8 par leur intensité (manière et étendue) et leur but. En cas d'échec des mesures appropriées durant la durée de la police d'assurance, l'art. 10 n'est en outre pas applicable et les avoirs concernés ne doivent pas être qualifiés d'avoirs non réclamés au sens de la loi. La police est libérée du paiement des primes et le capital constitué ne croît plus.

Alinéa 3

Lorsque l'événement assuré s'est réalisé ou à l'expiration de la police d'assurance-vie, le capital constitué de l'assurance-vie est exigible et l'institution d'assurance doit chercher à identifier le bénéficiaire ou l'ayant droit à la prestation d'assurance qui ne lui est pas forcément encore connu. L'institution d'assurance doit entreprendre les recherches appropriées prescrites par l'art. 8 si elle ne parvient pas à identifier le bénéficiaire ou l'ayant droit et à prendre contact avec lui. Le client ne peut pas renoncer à de telles recherches (art. 9, al. 1). La loi présume irréfragablement que, dès l'expiration de la police, l'intérêt du client au rétablissement du contact l'emporte sur une éventuelle renonciation à des recherches. Cela se justifie d'autant plus que le bénéficiaire de la police n'est pas nécessairement le preneur d'assurance. En cas de péril pour l'existence de l'ayant droit ou de risque de confiscation, une renonciation aux recherches peut être prise en considération dans le cadre de l'intérêt présumable de l'ayant droit (art. 8 al. 1).

Lorsque les recherches ont échoué, la prestation d'assurance doit être traitée comme un avoir non réclamé (art. 10 et 11) et marquée comme tels, ce qui entraîne aussi l'obligation de verser un intérêt conformément à l'art. 12, al. 2.

Article 8 Recherches par l'intermédiaire financier

Alinéa 1

Les avoirs non réclamés ne doivent pas être réduits à néant par des recherches excessives. Cela découle du principe de proportionnalité précisé à l'al. 1. L'autoréglementation peut par exemple fixer les seuils en dessous desquels l'intermédiaire financier peut renoncer à toute recherche ou se limiter à des recherches sommaires peu coûteuses.

Dans ses recherches, l'intermédiaire financier tiendra compte des intérêts présumables du client ou de ses ayants droit. Certains clients peuvent être exposés à un risque de confiscation par leur Etat de domicile, ce qui influe fortement sur les recherches pouvant être entreprises par la banque. L'art. 9 permet même aux clients de renoncer à toute recherche sous certaines conditions. Le fait que des recherches ne sont pas entreprises en raison de l'intérêt présumable du client ne dispense pas l'intermédiaire de prendre les mesures prescrites à l'art. 10, mesures qui garantissent la conservation des avoirs non réclamés et facilitent leur recherche par les ayants droit.

Alinéa 2

Le client avec lequel l'intermédiaire financier n'a plus contact doit supporter les coûts des recherches visant à rétablir ce contact, dès lors que les recherches sont effectuées dans son intérêt. Les recherches doivent toutefois être conformes à l'alinéa précédent (proportionnalité).

Article 9 Renonciation aux recherches

L'art. 9 concrétise l'art. 8, al. 1, deuxième phrase qui commande à l'intermédiaire financier de tenir compte des intérêts présumables des ayants droit. Cette disposition ne s'applique pas dans les rapports d'assurance, l'institution d'assurance ayant toujours l'obligation d'entreprendre des recherches conformes à l'art. 8 lorsqu'elle apprend que l'événement assuré s'est réalisé ou lorsque la police expire et qu'il est impossible d'identifier ou de contacter l'ayant droit.

Alinéas 1 et 2

L'instruction spéciale est une expression unilatérale de la volonté du client, soumise à réception, dont la validité ne dépend d'aucune acceptation par l'intermédiaire financier auquel elle s'adresse. Elle peut donc être révoquée en tout temps par la seule volonté du client. L'instruction n'est valable que si le client a été informé des risques inhérents à une telle renonciation. Le client ne garde en effet souvent pas à l'esprit que la maladie ou un grave accident pourrait soudainement lui ôter la capacité de s'adresser à l'intermédiaire financier auquel ses avoirs sont confiés ou d'informer ses proches de leur existence. La convention de «banque restante» ne vaut pas à elle toute seule renonciation aux recherches.

Alinéa 3

La possibilité de renoncer aux recherches est limitée à une période de dix ans. Cette durée commence au jour de la déclaration. La loi comporte ici une présomption irréfutable que la renonciation ne correspond plus à l'intérêt du client après dix ans. La chance que le contact soit rétabli diminue avec l'écoulement du temps. Lorsque le contact a été perdu, les recherches doivent commencer dix ans après la date de la renonciation. Dans des circonstances exceptionnelles, l'intermédiaire financier peut cependant y renoncer lorsqu'elles ne répondent pas aux intérêts présumables des ayants droits (art. 8 al. 1), par exemple lorsque ceux-ci sont menacés dans leur vie ou qu'ils risquent la confiscation. L'intermédiaire financier doit prendre les mesures prescrites à l'art. 10 aussitôt que les recherches ont été infructueuses, et en tous les cas deux ans après le moment où la renonciation du client a cessé de déployer ses effets.

Au sens de l'art. 6, al. 1, let. b, le contact est réputé perdu en cas d'absence de nouvelle depuis 5 ans. Dans un tel cas, il est possible de supposer qu'il faille entreprendre des recherches, ceci dans l'intérêt présumable du client, même si ce dernier y avait préalablement renoncé selon l'al. 1. Ces présomptions sont toutefois réfragables. Ainsi, l'intermédiaire financier depuis 5 ans sans nouvelle de son client peut savoir par d'autres sources que celui-ci a toujours un intérêt à ce qu'aucunes recherches ne soient entreprises. Ce serait notamment le cas si le client réside dans un pays totalitaire de sorte que l'intermédiaire financier ne peut entrer en contact avec lui sans le compromettre gravement. Dans cette hypothèse, l'intermédiaire financier n'en prend pas moins les mesures prévues à l'art. 10.

Article 10 Devoirs de l'intermédiaire financier en cas de recherches infructueuses

Les mesures prescrites par l'art. 10 visent à assurer la conservation des avoirs non réclamés dans l'intérêt des ayants droit et à faciliter leur recherche par ces derniers. Elles doivent être prises au plus tard dans un délai de deux ans depuis la perte de contact ou l'expiration de la déclaration de renonciation du client (art. 9, al. 3), soit que les recherches aient été infructueuses, soit encore qu'elles n'aient pas eu lieu en raison de la faible valeur des avoirs (art. 8, al. 1, 1^{ère} phrase) ou de l'intérêt présumable du client à renoncer à de telles recherches (art. 8, al. 1, 2^{ème} phrase et art. 9).

Alinéa 1

Seules les let. a, b, c et e s'appliquent aux gérants indépendants (art. 22, al. 1, let. a).

Lettre a

Cette mesure permet notamment de mieux suivre l'évolution des opérations effectuées ou des frais prélevés sur un compte et contribue à assurer une protection contre une mainmise illégitime (let. c ci-dessous). La désignation des avoirs non réclamés facilite en outre le traitement ultérieur des avoirs jusqu'à leur dévolution à la Confédération (art. 19). Enfin, la date à laquelle l'intermédiaire financier a désigné des avoirs ne devant pas être annon-

cés (let. d ci-dessous) comme étant non réclamés dans ses livres détermine la date à partir de laquelle ces avoirs sont soustraits aux règles ordinaires sur la prescription (art. 13, al. 2).

Lettre b

La date à laquelle le contact avec le client est réputé perdu se détermine par l'art. 6, à l'exception des institutions d'assurance, pour lesquelles cette date est toujours celle de l'expiration de la police ou de la survenance de l'événement assuré (art. 7, al. 3).

Les informations sur le type de perte de contact (retour de courrier, absence de nouvelles depuis cinq ans, survenance de l'événement assuré ou expiration de la police pour les institutions d'assurance) et sur les mesures de recherche entreprises sont nécessaires à la preuve que l'intermédiaire financier a respecté ses obligations légales (art. 5, al. 1, let. c), ce qu'il appartient aux autorités de surveillance de vérifier (art. 28).

Lettre d et alinéa 2

L'annonce, dont le contenu est réglé à l'art. 11, doit s'effectuer sans délai.

Les avoirs inférieurs à 100 francs n'ont pas à être annoncés, dès lors qu'ils ne permettraient probablement pas de couvrir les émoluments que la centrale de recherche est en droit de prélever. L'audition de praticiens fait en outre craindre que l'annonce en masse d'avoirs modestes augmenterait le risque de résultats de recherche erronés. A cela s'ajoute le risque d'une charge administrative disproportionnée de la centrale de recherche. L'autoréglementation pourra toutefois prévoir que tous les avoirs devront être annoncés, indépendamment de leur valeur (al. 2).

L'autoréglementation pourra prévoir une gestion collective des montants modestes, cette solution pouvant être plus avantageuse économiquement pour la branche concernée (art. 27, al. 1, let. e).

Quelle que soit leur valeur, le produit net de tous les avoirs non réclamés devra être remis à la Confédération après l'écoulement d'un délai de trente ans à compter de la perte de contact (art. 19).

Lettre e

L'obligation de conserver les documents cités va au-delà du droit de la comptabilité commerciale tant quant à son objet qu'à sa durée (voir art. 5, al. 2). Ainsi, s'il ne parvient pas à contacter le client ou l'ayant droit, l'intermédiaire financier devra conserver ces documents pendant une durée de trente ans à compter de la perte de contact (art. 13 et 19). Outre les documents dont il devait déjà assurer la conservation avant que les avoirs ne soient qualifiés d'avoirs non réclamés (art. 5, al. 2), l'intermédiaire financier est ici tenu de conserver les relevés des avoirs et les extraits de compte. Ces documents permettent au client ou à l'ayant droit de retracer l'évolution de ses avoirs. Ils offrent à l'intermédiaire financier la preuve du montant des avoirs dont on réclame la restitution et lui permettent de justifier les

frais prélevés. Enfin, dans l'hypothèse d'une gestion collective des avoirs non réclamés (art. 27, al. 1, let. e), l'intermédiaire financier conservera la quittance de virement sur le compte collectif.

Article 11 Annonces à la centrale de recherche

Alinéa 1, lettre a

Une partie de cette information peut parfois ne pas être en possession de l'intermédiaire financier (par exemple dans le cas de carnets d'épargne au porteur ou d'assurances-vie dont l'assureur n'est pas parvenu à déterminer le bénéficiaire).

Alinéa 2

L'annonce à la centrale qui doit être faite par l'intermédiaire se limite à une information indiquant que le client, le bénéficiaire ou l'ayant droit des avoirs a été retrouvé. Dans un tel cas, les avoirs ne sont plus soustraits aux règles ordinaires sur la prescription (art. 13) et l'intermédiaire peut traiter le dossier en appliquant les règles ordinaires du droit privé.

Article 12 Gestion des avoirs non réclamés

Alinéa 1

L'autoréglementation concrétisera dans les détails ce principe afin d'assurer une pratique uniforme dans chaque branche. On pourra ici s'inspirer des directives 2000 de l'ASB. Les chiffres marginaux 18 et suivants des directives 2000 de l'ASB retiennent ainsi les principes suivants lorsque la banque est sans nouvelles d'un client:

- maintien des avoirs d'épargne en l'état et leur rémunération au taux d'intérêt actuel pratiqué par la banque;
- placement des comptes courants et avoirs analogues dans le but de produire un revenu, par exemple sous la forme de fonds d'épargne, d'obligations ou dans un fonds de placement au profil de risque conservateur;
- poursuite de l'administration de dépôts de titres en réinvestissant leurs revenus dans des valeurs analogues ou appropriées, la situation devant être reconsidérée au moment d'un réinvestissement, à moins que la banque n'estime plus appropriée une autre forme de placement;
- poursuite des mandats de gestion de fortune sans changement ; si cependant les objectifs de placement fixés par le client ou ses instructions ne correspondent plus, de façon évidente, à ses intérêts, l'intermédiaire financier peut modifier la politique d'investissement en conséquence;
- possibilité d'ouvrir les compartiments de coffre-fort, en particulier lorsque le loyer n'est plus couvert, dans le respect des directives internes de la banque. Le contenu des compartiments de coffre-fort peut être conservé de manière centralisée. Si le compartiment contient des avoirs gérables en banque et que des mesures administratives ou

un placement paraissent requis dans l'intérêt du client, la banque prend les dispositions nécessaires. S'agissant des autres avoirs, la banque se limite à en assurer la conservation.

Alinéa 2

L'institution d'assurance verse sur les avoirs non réclamés un intérêt au taux garanti pour les nouvelles polices. L'intérêt versé est adapté en fonction des fluctuations du taux garanti pour les nouvelles polices.

Article 13 Prescription

Cette disposition est une partie nécessaire de toute législation accordant une protection particulière à des avoirs dont les ayants droit ne se sont plus manifestés et ayant pour but de tenir ces avoirs à la disposition des ayants droit. Dès que l'on se trouve dans une situation de perte de contact au sens des art. 6 et 7, l'écoulement du temps ne doit plus permettre aux débiteurs de refuser leur prestation, sans quoi la loi deviendrait sans effet.

Il s'impose de soustraire les avoirs non réclamés aux règles ordinaires sur la prescription avant tout dans le domaine des assurances sur la vie où les droits sur les indemnités se prescrivent dans un délai bref de deux ans à compter de l'exigibilité de la prestation d'assurance (art. 46 LCA). L'art. 13 ne se limite pas à suspendre la prescription (voir art. 134 CO); il soustrait les avoirs non réclamés aux règles ordinaires sur la prescription. En particulier, la négligence d'un collaborateur de l'intermédiaire financier ou une surcharge temporaire peut exceptionnellement faire qu'un avoir soit annoncé à la centrale un peu plus de deux ans après la perte de contact (art. 10, phrase introductive). S'il s'agissait d'une prestation d'assurance-vie, ce retard provoquerait la prescription des droits du bénéficiaire avant même toute annonce à la centrale. C'est pour éviter cet effet indésirable que le projet soustrait complètement des situations semblables aux règles sur la prescription.

L'art. 13 ne se limite pas aux prestations d'assurance. Malgré la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'imprescriptibilité de fait des dépôts (voir ch. 4)⁷¹, qui s'applique à de nombreux rapports bancaires, les valeurs patrimoniales visées par cette loi peuvent ressortir à un autre contrat (placement à terme, contrat de placement collectif, etc.) et se prescrire selon les règles ordinaires.

Il importe de relever qu'un intermédiaire financier qui s'abstiendrait délibérément d'annoncer un avoir non réclamé conformément à l'art 10 pour éviter l'application de l'art. 13, al. 1, commettrait un abus de droit au sens de l'art. 2, al. 2, du CC et ne saurait ainsi se prévaloir de prescription pour se soustraire à ses obligations.

La durée maximale de la «soustraction» aux règles ordinaires de la prescription est de trente ans depuis la perte de contact. En effet, si, malgré l'annonce à la centrale de recherche effectuée conformément à l'art. 10, al. 1, let. d et à l'art. 11, le contact n'a pas pu être rétabli après l'échéance d'un délai de trente ans, l'intermédiaire doit remettre à la Confédération le produit net de la liquidation des avoirs non réclamés (art. 19) et ce trans-

⁷¹ ATF 91 II 442, JdT 1966 I 338

fert entraîne l'extinction définitive des droits du client et de tous les ayants droit sur les avoirs en question.

Alinéa 3

Les al. 1 et 2 soustraient les avoirs non réclamés aux règles ordinaires sur la prescription. Le délai de prescription ne doit pas reprendre son cours lorsque le contact avec le client est rétabli comme cela serait le cas dans une suspension au sens de l'art. 134 CO. Il peut en effet arriver que l'intermédiaire financier, par un retard excusable ou non, laisse s'écouler un certain temps, parfois jusqu'à ce que la prescription soit acquise, avant d'annoncer des avoirs à la centrale (al. 1) ou de les désigner dans son système informatique (al. 2). Ainsi, si le délai de prescription n'était que suspendu, les ayants droit risqueraient de ne bénéficier que d'un délai extrêmement bref pour faire valoir leur créance, voire même d'être forclos, lorsque le contact est rétabli. C'est pourquoi l'al. 3 prévoit que la reprise du contact fait courir un nouveau délai. En outre, la solution proposée à l'al. 3 a les mêmes effets que celle existant actuellement en matière bancaire où les rapports ne peuvent pas être résiliés et la prescription ne peut pas commencer à courir (suspension de fait) lorsque le contact est rompu entre la banque et son client (ATF 91 II 442ss; voir ch. 4). Lorsque le contact est rétabli, la remise d'un extrait de compte ou d'un inventaire des avoirs constitue une reconnaissance de dette qui interrompt la prescription et fait donc partir un délai ordinaire de prescription (art. 135, ch. 1, et 137, al. 1, CO). Cela est également valable dans le contexte d'une résiliation.

Article 14 Centrales de recherche

Alinéa 1

Les centrales ont pour fonction de recevoir les annonces des intermédiaires financiers et de recevoir les demandes de ceux qui prétendent avoir des droits.

Les auditions des intermédiaires financiers consultés ont révélé qu'il n'était pas souhaitable d'imposer à tous les intermédiaires financiers assujettis à cette loi de créer ou de s'affilier à une seule centrale. Une telle obligation n'existe donc que pour chacune des catégories d'intermédiaires financiers au sens de l'art. 1, al. 1, let. a-e. Il est cependant vraisemblable que certaines catégories verront leur intérêt à utiliser les services d'une centrale commune de sorte que l'on peut espérer que moins de cinq centrales seront créées. Afin de remédier partiellement aux inconvénients qui résultent pour les ayants droit de cette multiplicité, l'al. 4 statue une obligation de coopération.

Les entreprises d'assurance confient souvent la gestion de tâches communes à des institutions dotées de la personnalité juridique (sous la forme d'une association) ou dépourvues de la personnalité (pools, c'est-à-dire sociétés simples) et chargent un assureur de la gestion opérationnelle. C'est le cas du Pool suisse d'assurances des risques nucléaires, du Pool suisse d'assurances contre les risques d'accidents d'aviation, du Bureau national d'assurance (art. 74 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière⁷²) et

⁷² Loi sur la circulation routière, LCR; RS 741.01

du Fonds national de garantie (art. 76 LCR). Si elles choisissent de créer leur propre centrale de recherche, les institutions d'assurance pourront donner à celle-ci la forme d'une institution avec personnalité juridique et en confier la gestion à un assureur gérant. Dans un tel cas, il faudrait prévoir des règles contractuelles spéciales pour éviter les cas de conflits d'intérêts.

Les centrales peuvent également être chargées de la gestion collective des avoirs non réclamés (art. 27, al. 1, let. e), l'intermédiaire financier restant toutefois le débiteur de l'ayant droit.

Alinéa 3

La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données⁷³ fixe des conditions au traitement par des personnes privées de données personnelles pouvant porter atteinte à la personnalité des personnes concernées. Une base légale formelle est exigée, en particulier en matière de traitement de données sensibles ou de constitution de profils de la personnalité (art. 17, al. 2, LPD). Cette base légale formelle est notamment nécessaire pour traiter les actes relatifs à une assurance-vie qui contiennent souvent des informations sur l'état de santé de la personne assurée. La formulation de l'al. 3 s'inspire de celle de l'art. 84 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie⁷⁴. Elle correspond aussi à la pratique du Bureau national d'assurance et du Fonds national de garantie.

Alinéa 4

Les centrales de recherche pourront s'inspirer de la coopération existant actuellement entre l'Office de recherche des banques suisses, la Centrale du 2^e pilier ainsi que la Centrale de compensation. L'Office de recherche des banques suisses renvoie ainsi les requérants à s'adresser à ce deux centrales et leur remet une feuille d'information à ce sujet, à moins que l'existence d'avoirs de prévoyance ne puisse d'emblée être exclue.

Lorsqu'elles coopèrent entre elles, les centrales de recherches doivent respecter le régime de secret professionnel unique prévu à l'art. 33 du projet.

Article 15 Droit aux renseignements

Sur la base des annonces faites par les intermédiaires financiers, les centrales de recherche ont pour tâche de renseigner les ayants droit dûment légitimés sur l'existence d'avoirs susceptibles de leur appartenir et sur l'identité du ou des intermédiaires financiers auprès de qui ceux-ci peuvent faire valoir leurs prétentions. Les modalités du droit aux renseignements tel que réglé aux art. 15 et 16 du projet constitueront une *lex specialis* par rapport aux art. 8 et 9 LPD. Un ayant droit ne saurait donc se prévaloir de la LPD pour se soustraire aux conditions et procédures applicables aux avoirs non réclamés.

⁷³ Loi sur la protection des données, LPD; RS 235.1

⁷⁴ Loi sur l'assurance-maladie, LAMal; RS 832.10

Article 16 Procédure

Pour des raisons tenant à la protection des données personnelles et au secret professionnel des intermédiaires financiers – le secret des banques et des négociants jouissant notamment d'une protection renforcée – la loi établit les conditions auxquelles ces renseignements doivent être donnés et la procédure à suivre. Dans la conception de la procédure, la commission d'experts s'est appuyée sur les expériences faites par l'Ombudsman des banques suisses depuis 2000 ainsi que sur celles faites par le Tribunal arbitral pour les fonds en déshérence en Suisse entre 1997 et 2001.

L'art. 16 reste muet sur la possibilité d'un recours contre une décision de la centrale de recherche concernant l'acceptation ou le refus de renseigner le requérant sur l'identité d'un intermédiaire financier. Les règles ordinaires de la procédure civile sont donc applicables. Celles-ci ne s'opposent pas à une action de l'intermédiaire financier dont la centrale de recherche souhaite révéler le nom, respectivement à une action du requérant qui prétend avoir le droit à obtenir le nom d'un intermédiaire financier. Dans les deux hypothèses, la partie actionnée est la centrale de recherche. Des mesures provisionnelles pourraient également être ordonnées suivant les circonstances.

Alinéa 1

Le requérant qui cherche à localiser des avoirs non réclamés doit établir sa qualité d'ayant droit au sens de l'art. 3, let. d. Par exemple, s'il cherche à retrouver un compte d'épargne dont il serait le client (art. 3, let. a) ou une police d'assurance-vie dont il serait le bénéficiaire (art. 3, let. b), il lui suffit de prouver son identité à l'égard de la centrale de recherche compétente. Le plus souvent, les requérants sont à la recherche d'avoirs non réclamés sur lesquels ils auraient des droits en leur qualité d'héritiers d'une personne identifiée («successeur à titre universel», art. 3, let. d). Le requérant doit alors apporter la preuve – en principe par un certificat d'hérédité ou une autre attestation officielle – qu'il est l'héritier de la personne dont il déduit ses prétentions. Il n'a en revanche pas besoin d'établir qu'il est le seul héritier car, conformément à la jurisprudence constante⁷⁵, tout héritier peut se faire renseigner sur les biens de la succession. L'étendue des droits du requérant n'est pas vérifiée par la centrale, mais par l'intermédiaire financier dépositaire des avoirs non réclamés; le cas échéant, le juge civil examine les prétentions du requérant (al. 4 ci-dessous).

Alinéa 2 et 3

Lorsque la centrale de recherche a vérifié la légitimation du requérant, elle recherche des concordances entre le requérant ou la personne dont il déduit sa prétention et les noms des clients, des bénéficiaires, voire des représentants qui lui ont été communiqués par les intermédiaires financiers. Pour chaque concordance identifiée, la centrale consulte l'intermédiaire financier concerné; dans la mesure où c'est nécessaire, elle se fait communiquer les pièces du dossier indispensables à son examen. L'échange d'informations et de pièces entre la centrale de recherche et l'intermédiaire financier concerné ne pose pas

⁷⁵ ATF 89 II 87 cons. 6

problème puisque la centrale de recherche et son personnel sont tenus par un secret professionnel au moins aussi strict que les intermédiaires financiers qui lui sont affiliés (art. 33).

Si son examen est concluant, la centrale de recherche communique au requérant l'existence d'avoirs non réclamés et l'identité des intermédiaires financiers concernés. Sans cette communication, un requérant n'est pas en mesure de faire valoir ses droits. Pour cette raison, la décision de communiquer ces informations appartient à la centrale de recherche. Le cas échéant, une centrale peut être amenée à communiquer une telle information contre la volonté de l'intermédiaire financier concerné.

Alinéa 4

Cette décision, sans laquelle le requérant ne peut faire valoir ses prétentions contre l'intermédiaire financier concerné, ne signifie cependant pas que ces prétentions sont effectivement fondées ou, si elles le sont, que le requérant a seul droit aux avoirs déposés. Il appartient à l'intermédiaire financier de vérifier l'existence et l'étendue des droits du requérant. En cas de désaccord persistant entre l'ayant droit présumé et l'intermédiaire financier, chaque partie pourra saisir le juge civil compétent. La décision de la centrale de recherche révélant au requérant l'existence d'avoirs non réclamés et l'identité de l'intermédiaire financier ne préjuge pas du sort de la procédure civile entre le requérant et l'intermédiaire financier.

Alinéa 5

La centrale de recherche peut soumettre l'examen de la requête au paiement préalable d'un émolument couvrant les frais de son traitement. Le montant de cet émolument devrait être fixé par voie d'autoréglementation. L'autoréglementation peut également prévoir les cas où la centrale de recherche peut ou doit renoncer au prélèvement d'un émolument.

Article 17 Cessation d'activité d'un intermédiaire financier

Alinéa 1

L'art. 17, al. 1 s'applique dans l'hypothèse d'une cessation volontaire d'activité d'un intermédiaire financier au sens de l'art. 1, al. 1, let. a à e.

Alinéa 2

L'intermédiaire financier qui reprend les avoirs non réclamés d'un autre intermédiaire financier en exécution d'une décision de l'autorité de surveillance a droit à une rémunération équitable. Cette disposition confère à l'autorité de surveillance compétente le droit d'ordonner le transfert des avoirs concernés à un autre intermédiaire financier. Le droit à une rémunération équitable n'est pas énoncé lorsque la reprise des avoirs non réclamés est exécutée sur une base purement contractuelle, c'est-à-dire sans intervention de

l'autorité de surveillance, puisque les deux intermédiaires financiers auront alors librement réglé entre eux les conséquences financières du transfert.

Le 1^{er} juillet 2004, les art. 33 ss LB et 36a LBVM sont entrés en vigueur et règlent désormais la liquidation forcée des banques et des négociants en valeurs mobilières⁷⁶. La CFB est l'autorité qui ordonne la liquidation. Elle prend toutes les dispositions nécessaires à la clôture de la liquidation. Cela comprend les décisions relatives à la transmission des avoirs non réclamés à une autre banque moyennant une rémunération équitable.

Article 18 Cessation d'activité d'une institution d'assurance; transfert de portefeuille

Alinéa 1

Cette disposition se fonde sur l'art. 39 LSA (ou art. 60 P-LSA⁷⁷) qui prescrit l'approbation de l'autorité de surveillance lors d'un transfert volontaire de tout ou partie du portefeuille suisse d'une institution d'assurance à une autre institution d'assurance soumise à surveillance. L'autorité de surveillance doit ainsi notamment s'assurer que les intérêts des assurés, y compris les bénéficiaires dont on a perdu la trace, sont sauvegardés dans leur ensemble (art. 39, al. 3, LSA ou art. 60, al. 1, P-LSA).

Alinéa 2

Cette disposition règle le cas du transfert des avoirs non réclamés suite à une cessation non volontaire d'activité.

La liquidation d'une institution d'assurance sur la vie suit une procédure sui generis. Les détenteurs de polices sont désintéressés par un fonds spécial (fonds de sûreté selon la loi fédérale du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurances sur la vie⁷⁸ ou fortune liée selon l'art. 17 P-LSA⁷⁹) avant que la procédure de liquidation forcée n'ait débuté. Les détenteurs de polices sont ainsi désintéressés avant même les créanciers privilégiés de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite⁸⁰ et leurs créances n'entrent pas dans la masse en faillite. A l'ouverture de la faillite, il ne reste donc plus dans le portefeuille de l'institution d'assurance liquidée que les prétentions non réclamées issues de polices d'assurance sur la vie.

Alinéa 3

Voir le commentaire de l'art. 17, al. 2, à propos de la rémunération équitable revenant à l'institution reprenante désignée par l'autorité de surveillance.

⁷⁶ FF 2002 7535 ; RO 2004 2767

⁷⁷ Projet de la loi sur la surveillance des assurances, P-LSA; FF 2003 3457

⁷⁸ Loi sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurances sur la vie, LGOAss; RS 961.03

⁷⁹ Projet de la loi sur la surveillance des assurances, P-LSA; FF 2003 3443

⁸⁰ Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, LP; RS 281.1

*Article 19 Transfert des avoirs non réclamés et libération de l'intermédiaire financier**Alinéa 1*

Cette disposition porte atteinte à la garantie de la propriété des ayants droit qui perdent leurs droits sans pouvoir prétendre à une indemnisation. La protection de la propriété n'est toutefois pas absolue et la situation incertaine d'avoirs non réclamés ne peut subsister sans limite dans le temps. Il faut également rappeler que, selon le droit suisse, les créances, qui constituent l'une des principales catégories d'avoirs visée par le projet, se prescrivent par l'écoulement du temps. En outre, dans sa révision du 3 octobre 2003 de la LPP, le législateur a également prévu une péremption des droits sur les avoirs de prévoyance non réclamés lorsque l'assuré a eu ou aurait eu 100 ans (voir ch. 1.2.5). De plus, à titre de comparaison, d'autres dispositions du droit civil suisse instaurent une perte définitive de la propriété mobilière ou immobilière après un délai de 30 ans. Ainsi, l'action en pétition d'hérédité contre un possesseur de mauvaise foi se prescrit par 30 ans (art. 600, al. 2, CC). En outre, un immeuble non immatriculé au registre foncier peut être acquis par prescription extraordinaire après 30 ans (art. 662 CC). La nouvelle loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels⁸¹ prévoit également un délai trentenaire.

Un délai de péremption trentenaire paraît donc adéquat dans le cas d'espèce. En outre, il convient de rappeler que la péremption ne survient qu'au terme d'une procédure complète (mesures préventives visant à empêcher la perte de contact, recherches en cas de perte de contact, annonce à la centrale de recherche des avoirs non réclamés). Un régime d'exceptions pour certains types d'avoirs n'est pas souhaitable: s'il est jugé trop court par l'autorité politique, la commission d'experts est d'avis que le délai de péremption devrait être prolongé pour l'ensemble des avoirs non réclamés.

Enfin, on notera que la solution permettant une libération de l'intermédiaire financier et une remise des avoirs à l'Etat au terme d'un délai très bref, ainsi que l'ont prévu l'Irlande et les Etats-Unis (voir ch. 5), a pour conséquence que l'ayant droit peut faire valoir ses droits à l'encontre de l'Etat sans limite dans le temps. Cette solution ne fait que reporter le problème et n'est pas souhaitable en droit suisse.

Le point de départ du délai trentenaire de l'art. 19 est la perte de contact au sens de l'art. 6 du projet et non le dernier contact effectif avec le client.

L'intermédiaire financier ne remet à la Confédération que le produit en argent de la liquidation des avoirs non réclamés. Les frais de liquidation peuvent être imputés sur le produit de réalisation. Il serait concevable que cette remise intervienne périodiquement. Les modalités pourront être fixées par voie d'autoréglementation en accord avec la Confédération.

L'intermédiaire financier a le droit de détruire les objets qui ne peuvent être réalisés parce qu'ils n'ont pas de valeur marchande (correspondance, photographies, etc.). Cette destruction à l'expiration du délai trentenaire entraîne l'extinction définitive des prétentions des ayants droit et l'intermédiaire financier ne peut être actionné en responsabilité pour les

⁸¹ Loi sur le transfert de biens culturels, LTBC; RS 444.1, qui entrera en vigueur en 2004 (FF 2004 4019, FF 2002 505)

avoirs détruits. Certaines règles de droit public peuvent limiter la possibilité de réaliser ou de détruire certains biens, notamment des biens culturels.

Alinéa 2

Les représentants des milieux concernés ont fait valoir que les émoluments de recherches prélevés par les intermédiaires financiers (art. 8, al. 2), les émoluments perçus par les centrales de recherche (art. 16, al. 5) ainsi que la rémunération procurée par la gestion des avoirs non réclamés dans l'intérêt présumable des ayants droit (art. 12) ne suffiraient pas à couvrir l'ensemble des coûts générés par le traitement, la conservation ainsi que la dévolution des avoirs non réclamés. Les contributions fournies par les intermédiaires financiers pour le fonctionnement de leur centrale de recherche, les frais de réalisation des avoirs ou de clôture de compte font par exemple partie de ces coûts. Il paraît légitime que de tels coûts soient indemnisés sur le produit de liquidation des avoirs non réclamés avant leur attribution à la Confédération. C'est ce que permet l'art. 19, al. 2. Le calcul et sa justification relèvent de l'autoréglementation (art. 27, al. 1, let. d) sous le contrôle de l'autorité de surveillance (art. 27, al. 2). Sur la question des frais des centrales et de leur financement, voir également le commentaire de l'art. 27 ci-dessous.

Alinéa 4

Le transfert des avoirs à la Confédération entraîne l'extinction définitive des prétentions de leurs ayants droit au sens de l'art. 19, al. 3. Dès lors, il n'est plus nécessaire de conserver les documents relatifs à ces avoirs pour les remettre à la Confédération. L'intermédiaire financier a donc le droit de les détruire. La destruction de ces documents à l'expiration du délai trentenaire entraîne l'extinction définitive des prétentions de tous les ayants droit sur ceux-ci et l'intermédiaire financier ne peut être actionné en responsabilité pour les avoir détruits.

Article 20 Répartition

Alinéa 1

La question de la répartition du produit net des avoirs remis à la Confédération au sens de l'art. 19 est politique. Elle est marquée par le résultat de la votation populaire du 22 septembre 2002 rejetant les propositions faites par le gouvernement sur l'attribution du produit de la vente des réserves d'or excédentaires de la BNS à la Fondation Suisse Solidaire (voir ch. 1.2.7). Suite à cette votation populaire, il semble que la solution du transfert à une fondation ou à une œuvre caritative risque de ne pas être acceptée sur le plan politique.

La commission d'experts propose de répartir le produit net des avoirs entre la Confédération et les cantons par moitié. En vertu de l'art. 466 CC, ceux-ci peuvent en effet prétendre à la part de ces avoirs qui leur reviendrait en leur qualité de successeur universel de successions sans héritier dont le de cujus était domicilié en Suisse. Aucune statistique ne permet toutefois de déterminer la part que représente ces avoirs.

Alinéa 2

S'agissant du mode de répartition entre cantons, la solution adoptée pour la participation des cantons au bénéfice net de la BNS a fait ses preuves et est jugée équitable (ordonnance du 7 décembre 1992 sur la répartition des parts des cantons au bénéfice net de la Banque nationale suisse⁸²).

Section 6 Gérants indépendants

Du fait qu'ils ne sont pas soumis à une surveillance prudentielle, les gérants indépendants ne sont que partiellement assujettis à la loi (voir art. 1, let. f). Sont ainsi directement applicables aux gérants indépendants l'art. 1, al. 2, les art. 2 à 6, les art. 8 et 9, l'art. 10, al. 1, let. a, b, c et e, l'art. 12, al. 1, 1^{ère} phrase, l'art. 17, al. 1, let. a, l'art. 21, l'art. 22, al. 1 et 3, l'art. 23, l'art. 32, l'art. 34 et les art. 36 à 39. En outre, les art. 13 à 16 et les art. 19 et 20 s'appliquent aux avoirs gérés par des gérants indépendants. Les obligations résultant de l'art. 19 incombent au dépositaire. Celui-ci, qui peut directement exécuter des transactions sur les avoirs concernés au contraire du gérant indépendant, est le mieux disposé pour se charger de la liquidation des avoirs non réclamés, de la remise de leur produit net à la Confédération et du prélèvement des coûts non couverts.

Ne pouvant constituer de centrale de recherche surveillée à laquelle s'affilier et lui annoncer leurs avoirs non réclamés, les gérants indépendants sont libérés de l'obligation de les annoncer (art. 22, al. 1, let. a, *e contrario*). Afin d'éviter que les avoirs sous leur gestion n'échappent au mécanisme prévu par la loi, les gérants indépendants doivent toutefois informer les dépositaires de l'existence d'avoirs non réclamés, dès que les recherches qu'ils ont dû entreprendre (art. 21) ont échoué et au plus tard deux ans après la perte de contact (art. 22, al. 1, let. c sanctionné pénalement à l'art. 36). Le dépositaire (qui est obligatoirement une banque ou un négociant assujetti à la présente loi) n'a pas l'obligation mais la possibilité de collaborer aux recherches incombant exclusivement gérant indépendant (art. 21, deuxième phrase). Une fois qu'il a été informé par le gérant indépendant de l'existence d'avoirs non réclamés, le dépositaire peut renoncer à procéder lui-même à des recherches selon les art. 8 et 9 et prendre directement les mesures prévues à l'art. 10, al. 1 (art. 22, al. 2). Le dépositaire devra ainsi notamment annoncer les avoirs à sa centrale de recherche. Le gérant indépendant n'est pas libéré des autres obligations de la section 2 du projet et doit en particulier prendre les mesures prévues à l'art. 10, let. a, b, c et e (art. 22, al. 1, let. a sanctionné pénalement à l'art. 36) et gérer les avoirs dans l'intérêt présumable des ayants droit (art. 12, al. 1, première phrase par renvoi de l'art. 22, al. 1, let. b, également sanctionné pénalement à l'art. 36). Le gérant indépendant et le dépositaire devront en outre s'informer réciproquement du rétablissement du contact ou lorsqu'un ayant droit présumé fait valoir des prétentions sur les avoirs non réclamés, par exemple sous la forme d'une demande de renseignements au sens des art. 15 et 16 du projet (art. 22, al. 3).

⁸² Ordonnance sur la répartition des parts des cantons au bénéfice net de la Banque nationale suisse, RS 951.181

Art. 23 Cessation d'activité

L'art. 23 est rédigé sur le modèle de l'art. 17. En cas de liquidation de son activité, le gérant indépendant doit veiller à ce que le dépositaire ou un autre gérant reprenne le mandat de gestion. S'il ne le fait pas, il s'expose à une action en responsabilité du client. Une sanction de droit pénal administratif n'est pas prévue à l'art. 36, mais pourrait entrer en considération, d'autant plus que les gérants indépendant ne sont pas, à la différence des autres intermédiaires financiers (cf. art. 17), assujettis à une surveillance prudentielle. Il faut en effet présumer que le client a un intérêt à la poursuite du mandat de gestion et ne souhaiterait pas que son portefeuille reste déposé sans gestion. Puisque les gérants indépendants ne sont pas soumis à une surveillance spécifique, l'art. 23 exige que celui qui reprend le mandat de gestion soit «qualifié» à cet effet. Le choix doit être diligent et le nouveau gérant doit offrir la garantie que le mandat sera poursuivi dans l'intérêt du client.

Section 7 Prescriptions pour les détenteurs d'avoirs appartenant à des tiers

La justification du mécanisme optionnel des art. 24 et 25 est exposée au commentaire de l'art. 1, al. 3, du projet. Ce mécanisme optionnel est laissé à l'initiative du détenteur d'avoirs et dépend d'une acceptation par un intermédiaire financier au sens de l'art. 1, al. 1. Ce mécanisme pourrait notamment répondre au besoin d'un avocat, d'un notaire ou de toute autre personne de confiance qui, sans tomber dans la catégorie des intermédiaires financiers de l'art. 1, al. 1, s'est vu confier des avoirs qu'il ne peut plus remettre à leurs légitimes ayants droit. La pratique établira ou non l'existence d'un tel besoin et l'intérêt économique d'intermédiaires financiers d'accepter de tels avoirs. Les conditions posées au transfert des avoirs et, partant, à la libération du détenteur (art. 25, al. 2) garantissent que ce mécanisme ne soit pas utilisé pour contourner les obligations ordinaires d'un débiteur.

Article 26 Autorités de surveillance

Les catégories d'intermédiaires financiers des let. a et b et leur centrale de recherche sont soumises à la surveillance prudentielle de la CFB, respectivement de l'OFAP.

Le cas de la Poste Suisse et de sa division Postfinance (let. c) est différent. En matière de lutte contre le blanchiment d'argent, l'OAR de la Poste Suisse (OAR Poste) surveille celle-ci sous la haute surveillance de l'Autorité de contrôle, le DETEC n'exerçant lui-même aucune surveillance. En dehors du champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent, les activités de la division Postfinance ne sont pas soumises à une surveillance prudentielle comparable à celle exercée par la CFB ou l'OFAP. La surveillance exercée par le DETEC, sur délégation du Conseil fédéral, se limite en effet à une surveillance globale sans examen de cas individuels qui laisse une grande autonomie à la Poste Suisse. Cette surveillance se fonde sur la LPO et sur la LOP. A moyen terme cependant, il n'est pas impossible que la division financière Postfinance de la Poste Suisse soit assujettie à la surveillance prudentielle de la nouvelle autorité intégrée de surveillance des marchés financiers FINMA. Dans cette optique, il est opportun d'utiliser la structure existante de l'OAR

de la Poste Suisse plutôt que d'en créer une pour assurer la surveillance directe en matière d'avoirs non réclamés. Vu la spécificité de la Poste Suisse, il convient de remettre la haute surveillance sur la Poste Suisse en matière d'avoirs non réclamés au Conseil fédéral qui en règlera les détails.

Article 27 Autoréglementation

Le DFF a notamment donné comme mandat à la commission d'experts de préparer un projet de loi qui fixe des conditions-cadres à une autoréglementation supervisée par l'Etat, tenant compte ainsi des remarques formulées durant la procédure de consultation.

De nombreuses lois prévoient un régime d'autoréglementation moyennant l'approbation de l'autorité de surveillance. C'est le cas, selon des modalités variables, de la garantie des dépôts bancaires selon les nouvelles dispositions de la loi sur les banques⁸³, de l'admission des valeurs mobilières (cotation) et de la réglementation du marché boursier selon la LBVM, ainsi que de la concrétisation des obligations des intermédiaires financiers selon la LBA.

L'art. 27 prévoit que, pour chaque catégorie d'intermédiaires financiers, le projet de règlement est élaboré par les organisations professionnelles représentatives de cette catégorie et soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance compétente pour cette catégorie.

L'art. 27 mentionne les points principaux sur lesquels le projet de règlement doit notamment statuer. Il s'agit pour l'essentiel de concrétiser les obligations des intermédiaires financiers énoncées par la loi et d'organiser la centrale de recherche, son financement et ses procédures de travail. Sans déroger aux exigences minimales prévues par la présente loi, l'autoréglementation peut être amenée à en concrétiser la plupart des règles. Par exemple, l'autoréglementation pourrait concrétiser l'obligation de conserver les documents (art. 5 al. 2 et art. 10 al. 1 let. e) ou la gestion des avoirs non réclamés (art. 12).

L'autoréglementation devra en particulier régler le financement de chaque centrale de recherche. Les coûts seront couverts en partie par les émoluments prélevés auprès des requérants pour le traitement de leur requête (voir art. 16, al. 5). Le reste doit être pris en charge par les intermédiaires financiers affiliés à la centrale, selon les modalités fixées par l'autoréglementation. Les émoluments et contributions versés par les intermédiaires aux centrales de recherche sont deux éléments à prendre en considération dans la fixation des coûts d'administration des avoirs non réclamés qui, parce qu'ils n'ont pas été couverts par les frais et émoluments déjà débités à ces avoirs, peuvent être imputés sur le produit de liquidation qui doit être remis à la Confédération à l'expiration du délai de 30 ans (voir art. 19, al. 2).

Le délai dans lequel le projet de règlement doit être soumis à l'autorité de surveillance est réglé dans les dispositions transitoires (art. 38, al. 1).

⁸³ Art. 37h de la loi sur les banques telle que modifiée le 3 octobre 2003, FF 2003 6227

Article 28 Surveillance des intermédiaires financiers

La surveillance des diverses catégories d'intermédiaires financiers est assurée par leurs autorités de surveillance respectives prévues dans les lois spéciales. Cette surveillance s'exerce selon les règles spéciales auxquelles l'art. 28 renvoie.

S'agissant de La Poste Suisse, la surveillance prudentielle assurée par les autorités compétentes devra encore être réglementée (art. 26, let. c).

Article 29 Surveillance des centrales de recherche

Les frais occasionnés par la surveillance des centrales de recherche font partie des frais de l'autorité de surveillance compétente et sont financés conformément à la législation qui les régit.

Article 32 Responsabilité civile

En statuant que l'intermédiaire financier répond envers les ayants droit du dommage qu'il pourrait leur causer en n'exécutant pas, ou en exécutant mal, les obligations qui résultent de la présente loi, l'art. 32 confirme que la loi sur les avoirs non réclamés a pour but de protéger les intérêts des clients et des ayants droit. L'art. 32 n'est cependant pas une norme de responsabilité autonome mais renvoie simplement aux règles générales du CO.

Article 33 Secret professionnel des centrales de recherche

En créant un régime unique de secret professionnel pour toutes les centrales, l'art. 33 vise à faciliter leur regroupement. La formulation de l'art. 33 reprend celle des art. 47 LB et 43 LBVM, l'instigation à la commission de l'infraction n'étant toutefois pas sanctionnée.

Article 34 Communications

Sur le plan pénal, le droit accordé par la présente disposition ne se veut pas une autorisation générale de divulguer des informations confidentielles, mais seulement le fait justificatif écartant l'illicéité d'un comportement qui constituerait autrement la violation du secret bancaire (art. 47 LB), du secret professionnel des centrales de recherche (art. 33), du secret de fonction (art. 320 CP) ou du secret professionnel des avocats, défenseurs en justice, notaires et contrôleurs astreints au secret en vertu du code des obligations ainsi que leurs auxiliaires (art. 321 CP). Si la communication prévue par la loi est faite ou traitée sans la diligence requise par les circonstances, seules les violations du secret de fonction ou du secret professionnel punissables pour négligence pourront être réprimées. Les dispositions générales relatives à l'erreur sur les faits (art. 19 CP) sont également applicables. L'annonce faite par le gérant indépendant au sens de l'art. 22, al. 1, let. c est également une communication au sens de l'art. 34.

Article 35 Autres sanctions pénales

Ces sanctions de droit pénal administratif doivent assurer le respect des principales obligations sur lesquelles repose le système mis en place par la loi. Ainsi, il est impératif que les bases de données administrées par les centrales de recherche soient alimentées par les annonces des intermédiaires financiers. Ceux-ci doivent également enregistrer la date de perte de contact qui est le point de départ de nombreux délais de la loi (voir art. 6), ainsi que des informations sur le type de perte de contact et les mesures de recherche entreprises qui permettent de contrôler le respect des obligations légales des intermédiaires financiers. En outre, la recherche par les ayants droit serait rendue impossible sans la conservation des documents de l'art. 10, al. 1, let. e. Enfin, la désignation comme tels des avoirs non réclamés a l'importance de l'annonce lorsque celle-ci n'est pas requise.

Le montant d'amende de 200 000 francs est repris de l'art. 36 LBA.

Article 36 Sanctions pénales pour les gérants de fortune indépendants

Les obligations des gérants indépendants prévues dans ce projet diffèrent des celles des autres intermédiaires financiers. C'est pourquoi il faut prévoir des dispositions spécifiques, qui visent l'obligation cardinale d'annoncer au dépositaire les avoirs non réclamés dès que les recherches ont échoué et au plus tard deux ans après la perte de contact (art. 22, al. 1, let. c), ainsi que l'obligation de prendre les mesures de l'art. 10, let. a, b, c et e, et de gérer les avoirs conformément à l'art. 12, al. 1, 1^{ère} phrase (art. 22, al. 1, let. a et b).

Article 38 Droit transitoire: organisation

Le projet prévoit une longue période de transition qui devrait laisser suffisamment de temps aux organisations professionnelles pour mettre sur pied les structures et règlements nécessaires puis aux intermédiaires financiers pour s'affilier à la centrale de recherche. Ceux-ci doivent alors annoncer les avoirs non réclamés qui sont soumis à l'annonce obligatoire (art. 10, al. 1, let. d) conformément à l'art. 39.

Article 39 Droit transitoire: avoirs non réclamés

En principe, l'ensemble des avoirs non réclamés existant à l'entrée en vigueur de la loi et qui ne sont pas encore prescrits tombe dans le champ d'application de la loi. En fonction de la durée de la perte de contact depuis l'entrée en vigueur de la loi (moins de dix ans ou de dix à trente ans), les intermédiaires financiers doivent procéder aux recherches ou peuvent y renoncer. Dans les deux cas, les art. 10 ss s'appliquent si les avoirs doivent être qualifiés d'avoirs non réclamés, ceux-ci étant annoncés à la centrale de recherche compétente puis leur produit net remis à la Confédération trente ans après la date à laquelle le contact est réputé perdu (art. 19). Si la perte de contact a duré plus de trente ans, le produit des avoirs non réclamés qui doivent être annoncés au sens de l'art. 10, al. 1, let. d, est remis à la Confédération dans les cinq ans dès l'entrée en vigueur de la loi. Les avoirs qui ne doivent pas être annoncés seront remis dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de

la loi. La date de perte de contact déterminante se fixe à l'année près sur la base des dossiers à disposition ou s'estime en fonction de tout autre élément connu de l'intermédiaire financier.

Il est possible de représenter par le tableau suivant le régime des avoirs non réclamés existant lors de l'entrée en vigueur de la loi selon l'art. 39 de l'avant-projet:

	Avoirs dont la valeur est supérieure à 100 francs ou ne peut être estimée (art. 10, al. 1, let. d)	Avoirs dont la valeur est inférieure ou égale à 100 francs (art.10, al. 1, let. d)
Avoirs prescrits lors de l'entrée en vigueur de la loi (art. 39, al. 1)	La loi n'est pas applicable.	
Avoirs dont la perte de contact est inférieure à 10 ans (art. 39, al. 2)	Recherches dans une mesure proportionnée selon art. 8 et 9, sauf si déjà effectuées. Annonce à la centrale de recherche et autres mesures selon art. 10.	Recherches dans une mesure proportionnée selon art. 8 et 9, sauf si déjà effectuées. Pas d'annonce à la centrale, mais toutes les autres mesures de l'art. 10.
Avoirs dont la perte de contact est supérieure à 10 ans mais inférieure à 30 ans (art. 39, al. 3).	Pas de recherches. Annonce à la centrale de recherche et autres mesures selon art. 10.	Pas de recherches. Pas d'annonce à la centrale, mais toutes les autres mesures de l'art. 10.
Avoirs dont la perte de contact est supérieure à 30 ans (art. 39, al. 4).	Pas de recherches. Annonce à la centrale de recherche et autres mesures selon art. 10. Liquidation cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi et dévolution à la Confédération.	Pas de recherches. Pas d'annonce à la centrale de recherche ni d'autres mesures selon l'art. 10. Liquidation dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la loi et dévolution à la Confédération.

S'agissant des prestations de services financiers de La Poste Suisse, anciennement l'entreprise des PTT, il convient de préciser que les envois et montants «tombés au rebut» (terminologie surannée par laquelle il faut entendre les envois et montants dont on ne parvient plus à trouver l'ayant droit) dans le cadre du d'encaissement ou de paiement selon

les art. 29 et 37 de l'ancienne loi sur le service des postes du 2 octobre 1924⁸⁴ doivent être traités comme des créances prescrites n'entrant pas dans le champ d'application du projet de loi sur les avoirs non réclamés. Font notamment partie de cette catégorie les comptes de chèques supprimés d'office parce que leur titulaire ou ses ayants droit ne peuvent plus être découverts ou les avoirs sans nouvelles échus aux PTT, respectivement à la Poste Suisse (son ayant cause), après un délai de 5 ans. La LSP a été abrogée fin 1997. Depuis lors, les relations juridiques entre la Poste Suisse et ses clients se fondent sur le droit civil.

Alinéa 7

Les comptes bancaires et les autres avoirs qui font l'objet de l'accord transactionnel global conclu par les grandes banques suisses aux États-Unis en 1999 (Settlement Agreement, voir ch. 1.2.2.4) ont été payés au Settlement Fund et sont donc soustraits à la loi sur les avoirs non réclamés. Ils ne sont pas des «avoirs non réclamés existants au jour de l'entrée en vigueur» au sens de l'art. 39 al. 1. À la date du présent rapport, le sort définitif des avoirs bancaires datant de la Seconde Guerre mondiale publiés le 5 février 2001 (voir ch. 1.2.2.4) sur lesquels le Claims Resolution Tribunal (CRT2) ou la banque dépositaire concernée n'ont pas encore statué n'est pas encore établi. Ne sont pas «non réclamés» les comptes et autres avoirs des victimes des persécutions nazies au sens de l'accord transactionnel du 26 janvier 1999 du fait que les prétentions des ayants droits sont désormais à la charge du Settlement Fund. Ne sont pas davantage «non réclamés» les comptes clôturés (publiés ou non) qui n'appartiennent pas à une victime des persécutions nazies. En revanche, les comptes encore ouverts qui n'appartiennent pas de manière reconnaissable à des victimes des persécutions nazies entrent dans le champ d'application de la présente loi. Au cas où la délibération parlementaire de la loi serait achevée avant que le CRT2 ait fini son travail, les effets de la loi pour tous les comptes qui ont été publiés ou qui ont été annoncés devraient être différés jusqu'au moment où une décision judiciaire finale ou une transaction finale ait été obtenue ou encore que la procédure soit achevée de toute autre manière. C'est pourquoi l'art. 39 doit être complété par cet al. 7, qui diffère les effets de la loi jusqu'à l'achèvement des procédures correspondantes. Comme il serait actuellement question de la publication d'une quatrième liste, l'al. 7 est rédigé de telle manière qu'il s'étende à toute procédure judiciaire en rapport avec l'accord transactionnel. Cet alinéa ne serait pas nécessaire si le processus de distribution du Settlement Fund était achevé avant l'adoption de cette loi.

La solution ici proposée repose sur la conception juridique que, une fois les procédures pendantes à New York terminées, les avoirs des victimes des persécutions nazies auront été intégralement réglés de sorte que la loi ne s'y applique pas. En conséquence, les banques ne seront pas tenues d'en remettre le produit de réalisation à la Confédération et échappent donc au risque de double paiement. En suivant cette approche, le législateur suisse reconnaît les effets en Suisse de l'accord global signé à New York.

Une autre approche consisterait à soustraire à l'application de la présente loi tous les avoirs pour lesquels la perte de contact remonte à plus de cinquante ans avant l'entrée en

⁸⁴ Loi sur le Service des postes, LSP; RS 7 752

vigueur. Ces avoirs ne devraient alors pas être remis à la Confédération. Cette deuxième approche se distingue de la première par le fait que les comptes visés par l'accord transactionnel global sont exclus du champ d'application de la loi en raison d'un critère temporel. Le législateur suisse n'aurait ainsi pas à se prononcer sur les effets en Suisse des procédures étatsuniennes. Cette solution s'appliquerait cependant aussi aux avoirs qui n'ont aucun rapport avec les persécutions nazies pour lesquels le contact est perdu depuis plus de cinquante ans. Les intermédiaires financiers ne pourraient alors pas les liquider ni se libérer en transmettant le produit à la Confédération.

La décision entre ces deux conceptions est essentiellement de nature politique, ce pourquoi la commission d'experts a décidé d'indiquer au législateur les deux possibilités.

Modification d'autres lois

Article 46, alinéa 1, 3^e phrase, LCA

Dans les assurances-vie avec capitalisation qui sont soumises au projet de loi, le décès de l'assuré avant l'expiration de la police a pour effet, selon l'art. 46, al. 1, LCA actuel, de faire courir le délai de prescription de deux ans. Il peut donc se produire que l'assureur entreprendra des recherches à l'expiration ordinaire de la police (art. 7, al. 3, et art. 8) alors que la prestation d'assurance est déjà prescrite. S'il n'était pas modifié, l'art. 46, al. 1, LCA priverait la loi sur les avoirs non réclamés de tout effet dans de telles situations. C'est pourquoi la commission d'experts propose, sans modifier le délai de prescription des prestations d'assurance, de compléter l'art. 46, al. 1, LCA sur ce point. Il s'agit en l'occurrence d'ajouter que pour les assurances-vie avec capitalisation, le capital dû en cas de décès comme en cas de survie qui n'a pas encore été payé ne commence de se prescrire qu'à partir de la date d'expiration du contrat.

Article 60, alinéa 2, 2^e phrase, P-LSA

L'article est complété en fonction du projet de révision de la loi sur la surveillance des assurances (cf. art. 60, al. 2, P-LSA selon la version de la FF 2003, 3457).

ANNEXE

AFF	Administration fédérale des finances
ASA	Association suisse d'assurances
ASB	Association suisse des banquiers
Autorité de contrôle	Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent
BNS	Banque nationale suisse
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CFB	Commission fédérale des banques
CIDIEH	Commission internationale pour les demandes d'indemnisation de l'époque de l'Holocauste ou Commission Eagleburger (ICHEIC)
CIE	Commission Indépendante d'Experts Suisse – Seconde Guerre Mondiale ou Commission Bergier
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Droit des obligations)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
CRT	Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland
CS	Credit Suisse
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFF	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974
Directives 1995	Directives du 8 septembre 1995 de l'Association suisse des banquiers relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) auprès de banques suisses
Directives 2000	Directives de février 2000 de l'Association suisse des banquiers relatives au traitement des avoirs (comptes, dépôts et compartiments de coffre-fort) auprès de banques suisses

ICEP	Independent Committee of Eminent Persons ou Comité Volcker
ISDC	Institut suisse de droit comparé
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques)
LBA	Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent)
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 de droit international privé
LFFD	Loi fédérale sur les fonds en déshérence
LFLP	Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Loi sur le libre passage)
LFP	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur les fonds de placement
LGOAss	Loi fédérale du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations assumées par les sociétés suisses d'assurances sur la vie
LOP	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de la Poste (Loi sur l'organisation de la Poste)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite
LParl	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (Loi sur la protection des données)
LPO	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

LSA	Loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées (Loi sur la surveillance des assurances)
LSP	Loi sur le Service des postes du 2 octobre 1924
LTBC	Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international de biens culturels (Loi sur le transfert de biens culturels)
OAP-LBA	Ordonnance de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent du 20 août 2002 concernant l'activité d'intermédiaire financier dans le secteur non bancaire exercée à titre professionnel
OAR	Organisme d'autorégulation
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OFJ	Office fédéral de la justice
Olico	Ordonnance du 24 avril 2002 concernant la tenue et la conservation des livres de comptes
P-LPCC	Projet de loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux de la commission Forstmoser
SBS	Société de Banque Suisse
SFA	Swiss Funds Association
SICAV	Société d'investissement à capital variable
SICAF	Société d'investissement à capital fixe
UBS	Union de Banques Suisses